

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse I Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

M. Julien MARGUIN

le 29 novembre 2021 à 15 heures

Titre :

La justiciabilité : essai critique sur un critère de la démocratie constitutionnelle

Discipline : *Sciences juridiques et politiques*

Spécialité : *Droit public*

Unité de recherche : *Institut Maurice Hauriou (IMH - EA 4657)*

Directeur de thèse :

M. Stéphane MOUTON

Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole

JURY

Mme Aurore GAILLET

Professeure de droit public à l'Université de Toulouse 1 Capitole (Présidente)

M. Fabrice HOURQUEBIE

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux (Rapporteur)

M. Thomas HOCHMANN

Professeur de droit public à l'Université de Paris X Nanterre (Rapporteur)

Mme Catherine COLLIOT-THELENE

Professeure émérite de philosophie à l'Université de Rennes I

Tome 1

**L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières du candidat.**

REMERCIEMENTS

Je tiens à adresser mes plus sincères remerciements et ma gratitude à Monsieur le Professeur Stéphane Mouton, qui a dirigé cette thèse. Son regard vigilant, sa patience, ses conseils et critiques ont favorisé à tout instant le développement du travail ainsi que la motivation de son auteur. Pour sa disponibilité, ses encouragements et la constance de son soutien, qu'il trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

J'exprime également ma très grande gratitude envers l'Institut Maurice Hauriou, ainsi que sa direction, actuelle et passée, pour la confiance qu'ils témoignent à ses jeunes chercheurs, pour le cadre de travail privilégié qu'ils s'évertuent à leur garantir, ainsi que pour toutes les opportunités qu'ils leur offrent tout au long de leurs années de thèse. Que ses membres, enseignants-chercheurs, docteurs et doctorants, trouvent également en ces mots mes remerciements pour leurs conseils, leur soutien, et leur accompagnement dans ce parcours aussi passionnant qu'éprouvant.

Ces années de recherches n'auraient également pas pu être aussi enrichissantes et stimulantes sans le concours amical et sans faille de ceux qui m'ont accompagné au quotidien. Merci à Camille, Pierre, Hussein, Anthony, Florent, Quentin et Valentin qui ont partagé avec moi mes rires et mes inquiétudes. Il est ainsi de certaines personnes qui rendent ce genre d'expérience inoubliable.

Une mention toute particulière doit être attribuée à Thomas pour son savoir, son expertise et sa présence à un moment décisif de ce travail.

Merci à Marie-Françoise et Jean pour leur bienveillance, leurs encouragements, et leurs relectures attentives.

Il me sera ardu, enfin, de rendre raison en peu de mots de ce que cette thèse doit aux personnes qui me sont chères. À Julie, par sa présence même et sa force. À mes parents, pour leur soutien inestimable, à toutes ces choses auxquelles les mots ne sauraient suffire, et à qui je dédie ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AIJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique des collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique de droit pénal</i>
<i>A.P.</i>	<i>Archives parlementaires</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de la philosophie du droit</i>
<i>CRDF</i>	<i>Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Droits : Droits.</i>	<i>Revue française de théorie juridique</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents – Conseil d’État</i>
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>GACEDH</i>	<i>Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme</i>
<i>Gaz. pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCP A</i>	<i>La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>La semaine juridique, édition générale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux de droit européen</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>PUAM</i>	<i>Presses Universitaires d’Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses Universitaires de France</i>
<i>PULIM</i>	<i>Presses Universitaires de Limoges</i>
<i>Rec. Leb.</i>	<i>Recueil Lebon</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger</i>
<i>RFAP</i>	<i>Revue française d’administration publique</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFSP</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d’études juridiques</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l’homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue universelle des droits de l’homme</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>

AUTRES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
al.	Alinéa
Art.	Article
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile
Cass. com.	Chambre commerciale
Cass. crim.	Chambre criminelle
Cass. plén.	Assemblée plénière
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CE ass.	Arrêt de l'Assemblée générale
CE sect.	Arrêt de la Section du contentieux
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cf.	<i>Confer</i>
Chap.	Chapitre
chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
comm.	Commentaire
coll.	Collection
Concl.	Conclusions
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
dactyl.	Dactylographiée
déc.	Décision
(dir.)	Sous la direction de
<i>Dpt.</i>	Département
Éd.	Édition
Fasc.	Fascicule, jurisclasseur
h-s	Hors-série
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (même ouvrage)
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (ouvrage précité)
Ord.	Ordonnance
PIDCP	Pacte international sur les droits civils et politiques,
p., pp.	Page, pages

préc.	Précité
rééd.	Réédition
req.	Requête
et svt.	Et suivants
Sect.	Section
spéc.	Voir spécialement
<i>Sté</i>	Société
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPIUE	Tribunal de première justice de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

UN PROJET DE DEPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA TRANSFORMATION JURIDIQUE DU CITOYEN EN JUSTICIABLE

TITRE PREMIER - Une dépolitisation du *demos* fondée sur le principe d'universalité des droits

Chapitre 1 - De l'universalisation à la catégorisation : l'identification des sujets de droit justiciables

Chapitre 2 - Une diversification du *demos* : le bouleversement des repères de la citoyenneté

TITRE SECOND - Une dépolitisation affirmée par l'obligation de garantie des droits en justice

Chapitre 1 - Une « démocratisation de la démocratie » par la promotion d'un État de justice

Chapitre 2 - Une fonction juridique de standard d'évaluation des garanties d'accès au juge

SECONDE PARTIE

UNE AMBITION DE REPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA REFONDATION POLITIQUE DE L'AUTONOMIE AUTOUR DE LA REVENDICATION DES DROITS

TITRE PREMIER - La refondation du consentement au pouvoir par la contestation juridictionnelle des droits

Chapitre 1 - Un principe d'autonomie reformulé : la participation à la correction du droit

Chapitre 2 - Un principe d'autonomie réévalué : une contribution à l'évolution du droit

TITRE SECOND - Une repolitisation limitée : la figure du juge comme tiers intermédiaire

Chapitre 1 - Le modèle tiers impartial : un impératif légitimité par et pour la démocratie

Chapitre 2 - La surévaluation d'une appropriation de la Constitution : une représentativité confuse des intérêts revendiqués par les justiciables

*« J'ai élevé pour vous un troupeau de démystificateurs.
Ils vous démystifieront. Mais il faut mystifier pour démystifier.
Il nous faut une mystification nouvelle ».*

Eugène IONESCO¹

¹ IONESCO (E.), *Tueur sans gages*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Théâtre, 2003, p. 130.

INTRODUCTION GENERALE

1. Le récit de la démocratie est un palimpseste. Sans cesse réécrit au gré de l'histoire, des crises et des révolutions politiques, mais aussi de celles de la pensée, il raconte une « grande aventure »², impliquant à la fois ses narrateurs et ses protagonistes. Aussi y est-il narré la progression toujours inachevée d'un régime pourchassant l'idéal d'un « gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple »³, aujourd'hui scellé dans la Constitution comme un des principes cardinaux de la République. Si la formule porte en elle une éminente charge symbolique, une propension à l'intemporalité, elle n'en est pas moins exempte d'équivoques. Le mot y est défini plus que la chose⁴. L'enjeu véritable, et perpétuel, réside dans une légitimation des moyens propices à tenir les promesses d'une forme de gouvernement fondée sur l'autonomie, « la reconnaissance explicite de ce que l'institution est auto-institution »⁵, c'est-à-dire autodétermination de ses propres lois par la société⁶. Il s'agit, autrement dit, de répondre à deux groupes de questions : « par qui suis-je gouverné ? », « jusqu'où suis-je gouverné ? » et

² GOYARD-FABRE (S.), *Qu'est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1998, 237 p.

³ Il s'agit là des célèbres mots d'Abraham LINCOLN, accolés à la devise de la République à l'article 2 de la Constitution 4 octobre 1958 : « [...] La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité". Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ».

⁴ VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, p. 131. Pour une analyse générale de cette disposition, voir par exemple : CONAC (G.), LUCHAIRE (F.), PRETOT (X.) (dir.), *La constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 3^e éd., 2009, pp. 176-177 ; CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Paris, Seuil, coll. Essais, 14^e éd., 2017, pp. 51-52.

⁵ CASTORIADIS (C.), « Institution de la société et religion », in *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1999, p. 479.

⁶ Il s'agit là d'un thème emblématique qui, depuis l'Antiquité, mobilise notamment la pensée des philosophes, des sociologues ou des juristes. Face à l'immensité de cette littérature, nous nous contenterons de citer quelques ouvrages généraux et relativement récents ayant guidés notre réflexion. Voir, par exemple, BURDEAU (G.), *La démocratie*, Paris, Seuil, 1966, 191 p. ; Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Trad. Ch. Eisenmann, Paris, Economica, coll. Classiques, 1988, 98 p. ; ROSANVALLON (P.), *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. L'univers historique, 1990, 384 p. ; SARTORI (G.), *Théorie de la démocratie*, Paris, Dalloz, Sirey, coll. Analyse politique, 1997, 416 p. ; PINON (S.), « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politèia*, 2006, n° 10, pp. 407-468 ; CASTORIADIS (C.), *Démocratie et relativisme*, éd. Mille et une nuit, 2010, 142 p. ; MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. Champs/essais, 2014, 347 p. ; GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2017, 749 p.

« qui est le maître ? », « de quoi suis-je maître ? »⁷ Les réponses apportées par la pensée de l'État moderne, prenant racine dans le tournant nominaliste⁸, puis médiatisées par la pensée des Lumières⁹ et révolutionnaire libérale¹⁰, se sont données la lourde tâche d'assurer l'autonomie d'une communauté politique par la coïncidence la plus fidèle possible des intérêts entre l'*un* et le *multiple*¹¹. Afin de parvenir à une forme d'exercice du pouvoir en commun, elle se doterait, pour ce faire, d'un ordre juridique prescrivant un nombre de garanties suffisantes de sorte que chacun puisse jouir de droits subjectifs auxquels il peut prétendre au sein d'une communauté d'individus égaux. En d'autres termes, par cette conception d'une égale liberté véhiculée par la doctrine de l'État libéral¹², est visée une réciprocité entre autonomie individuelle et collective. Les premières entreprises allant dans ce sens sont bien connues. Les doctrines contractualistes se sont saisies de préceptes jusnaturalistes pour prescrire un état social fondé sur l'autonomie politique¹³. Compilées et interprétées dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁴, faisant du peuple le détenteur du pouvoir souverain, elles tracent le passage d'un « État des sujets » à un « État des citoyens »¹⁵. Le compromis ainsi posé entre l'inhérence des droits naturels en chaque homme et l'exclusivité de la volonté générale à énoncer la loi

⁷ BERLIN (I.), *Éloge de la liberté*, trad. J. Carnaud et J. Lahana, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1988, p. 41.

⁸ Voir à ce propos, VILLEY (M.), « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD*, 1964, n° 9, pp. 97-127.

⁹ KANT, *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. J.-F. Poirier et Fr. Proust, Paris, Flammarion, 1991, 6 p.

¹⁰ Sur ce point, Marcel GAUCHET explique, par exemple, que le mouvement s'est effectué par une volonté progressive d'extirpation des structures hétéronomes du passé, avec en premier chef la religion. De là naît une nouvelle « *grammaire de l'autonomie* » prenant pour référentiel l'individu. Autrement dit, c'est par l'individu que s'effectue l'autonomisation de la société ; tel est le point d'ancrage de ce que l'auteur appelle la « *révolution moderne* ». Voir, GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie I. La révolution des modernes*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2007, spéc. pp. 64-76 et pp. 199-264.

¹¹ Les italiques sont utilisées pour marquer une emphase.

¹² Cette idée se trouve formalisée aux articles 5 et 6 de la DDHC de 1789, énonçant respectivement que « *la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* » et que « *la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Pour une synthèse sur la question, voir par exemple : BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris, Cerf, 1996, 123 p.

¹³ Il s'agit en ce sens de théories spéculatives, ne se basant pas sur l'expérience. On retrouve ici une critique très classique du contractualisme. De manière non-exhaustive, voir par exemple : ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Les Introuvables, 2001, spéc. pp. 272-280 ; JAUME (L.), *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1986, 244 p.

¹⁴ À ce propos, le professeur RIALS pointe une « *convergence ultime des contradictions* » ou encore un « *compromis sans compromis* ». RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1988, p. 383. En ce sens, voir également : THOMANN (T.), « Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 58-70 ; BOUDON (J.), *Les jacobins : une traduction idéologique et institutionnelles des principes de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2006, 784 p.

¹⁵ Nous renvoyons ici à la démonstration proposée par le Professeur BEAUD dans sa thèse. Voir, BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 25.

positive¹⁶ entend insérer l'exercice du pouvoir dans une forme d'éternité, autant qu'il en confie le destin aux aléas des volontés constituantes. Car si la démocratie entend en effet agir sur le réel, elle y est aussi immanquablement insérée¹⁷. Elle oscille entre permanence et changement ; au gré de la contingence, les concepts demeurent (État, souveraineté, nation, représentation, libertés, droits de l'homme, etc.), en même temps que leurs usages changent¹⁸. Cette précarité ontologique est à la fois sa force et sa faiblesse, et le recours à des formules performatives sert, en effet, un objectif primordial de légitimation. « La question n'est évidemment pas de savoir si une telle construction rend compte du réel, mais si elle atteint le seuil de crédibilité nécessaire pour permettre aux gouvernants de se convaincre et de convaincre les gouvernés de la légitimité de leur pouvoir, tout en offrant à ceux-ci des raisons d'obéir qui leur permettent de sauver la face »¹⁹.

2. Crises. Cette forme de précarité est génératrice de confusions. Depuis plusieurs décennies, la démocratie se voit « abondamment adjectivée »²⁰ ou requalifiée (démocratie environnementale²¹, d'opinion²², participative²³, administrative²⁴, procédurale,²⁵ etc.). Au mieux, cette tendance tend à montrer une certaine progression des procédés dits « démocratiques » dans tous les domaines de la vie publique ; au pire, elle rend ses repères d'autant plus flous²⁶. Sur le plan épistémologique, d'ailleurs, cette polysémie est symptomatique

¹⁶ WACHSMANN (P.), « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, 1985, n° 2, p. 13.

¹⁷ « L'histoire — fût-elle dite constitutionnelle — est en effet le lieu où s'éprouve la contradiction irrésolue entre la prétention constitutive à une œuvre impérissable et le démenti que lui oppose obstinément le réel ». HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, éd. Michel Houdiard, coll. Essais, 2010, p. 16.

¹⁸ BOUDREAU (F.), « Temps, démocratie et constitution : la dialectique de la stabilité et du changement », *REIJ*, 1999, n° 43, pp. 23-71.

¹⁹ DENQUIN (J.-M.), « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », in DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. Droit politique, 2019, p. 103.

²⁰ LE POURHIET (A.-M.), « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, n° 87, p. 453.

²¹ MOLINER-DUBOST (M.), « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA*, 2011, n° 5, p. 259.

²² ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2006, pp. 46-57 ; MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., pp. 215-264.

²³ BLONDIAUX (L.), « La démocratie participative, sous condition et malgré tout. Un plaidoyer en faveur de l'innovation de la démocratie », *Mouvements*, 2007, n° 50, p. 118-129 ; BOUVIER (A.), « Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, XLV, pp. 5-34.

²⁴ MESTRE (A.), « La démocratie administrative », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université de sciences sociales, 1974, pp. 561-575 ; LE GARREC (J.), « Effectivité et démocratie administrative », *RFAP*, 1988, n° 45, pp. 69-74 ; AUBY (J.-B.), « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, pp. 13-19.

²⁵ GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n° 1, pp. 91-130.

²⁶ Voir, par exemple : DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours*

d'une « tentative de faire prévaloir les jugements de valeur sur la description »²⁷. Cette instabilité se rapporte principalement à un manque de consensus sur l'objet à critiquer²⁸. Sujet de critiques privilégié de la philosophie politique, elle s'est vue progressivement appropriée par tous les pans des sciences sociales. Comme le remarquait Norberto BOBBIO, dans une réflexion toujours d'actualité, « une grande partie de ce qui s'écrit aujourd'hui sur la démocratie s'inscrit dans la dénonciation, tantôt désolée, tantôt triomphale, de ces échecs »²⁹. D'une « démocratie contre elle-même », d'une « crise à l'autre »³⁰, cette récurrence permet néanmoins de constater l'actualisation des mêmes problèmes, comme une réaction perpétuelle à un « idéal trahi et défiguré »³¹, prônant un rapprochement plus tangible entre l'État et la société, et une implication accrue du peuple dans le processus démocratique³². Un point de vue relativiste permet de constater un décalage progressif entre la façon dont la démocratie est conçue ou pensée et celle dont elle est vécue par ses acteurs. De là vient la difficulté théorique de définir conjoncturellement la démocratie³³. Pour y parvenir, il convient en effet de donner une valeur juridique à un fait, qui n'illustre pas une forme pure ou un concept précis, mais qui est toujours une représentation plus ou moins approximative d'une réalité. Le problème d'actualisation de la démocratie engendre ainsi son questionnement constant. Suivant cette logique, la « crise » est donc inhérente à la démocratie³⁴. Confronté à ces carences, le qualificatif de « crise de la

critiques, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro Constitutionnalisme, 2019, p. 142 : l'auteur y dénonce notamment la profusion de « *formules creuses, comminatoires ou pompheuses* ».

²⁷ BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008. Disponible à l'adresse : <http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html>.

²⁸ Voir, sur ce point, BOUVERESSE (J.), « La crise de la démocratie », in *Contributions en l'honneur du professeur Jacques Bouveresse*, Paris, L'Épître-Lextenso, Collection Académique, 2015, pp. 201-212.

²⁹ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardiet et J.-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007, p. 185.

³⁰ Il est ici fait référence à deux ouvrages de Marcel GAUCHET. Voir : GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 2002, 420 p. ; GAUCHET (M.), *La démocratie d'une crise à l'autre*, Éditions Cécile Defaut, 2007, 54 p.

³¹ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 2010, p. 11.

³² ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, *op. cit.*, p. 12. Nous nous rapportons par exemple à l'analyse proposée par l'auteur, réunissant les deux éléments principaux permettant de comprendre l'évolution de la démocratie : les différents problèmes inhérents au système représentatif et la formation progressive d'un mouvement de défiance du peuple envers le pouvoir.

³³ Cette idée se retrouve notamment dans la systématisation proposée par Crawford Brough MACPHERSON sur l'évolution du régime démocratique basée sur cette conception évolutive, la présentant comme un régime dont les changements sont engendrés par des tentatives successives de correction des défauts. Ainsi l'auteur présente-t-il quatre étapes majeures du régime démocratique : la démocratie de protection ; la démocratie d'épanouissement ; la démocratie d'équilibre ; la démocratie de participation. Voir, MACPHERSON (C. B.), *Principes et limites de la démocratie libérale*, trad. André D'Allemagne, éd. La découverte, coll. Armillaire, 1985, 164 p.

³⁴ « La démocrate est ce « régime » qui sait inventer, rendre possibles certaines choses, créer des solutions nouvelles, d'une manière ou d'une autre, dans un cadre ou dans un autre, mais qui lorsqu'elle le fait s'expose, rend des comptes ». SUEUR (J.-J.), « La démocratie et son droit à l'épreuve de la crise », *op. cit.*, p. 77.

démocratie »³⁵ s'accompagne d'expressions similaires : crise de la représentation, de la souveraineté³⁶, de la Constitution,³⁷ etc. Elle manifeste, de surcroît, une réalité modelée par les discours portés sur elle³⁸ ; d'une part, celle d'une « construction »³⁹ mettant en lumière l'obsolescence des règles issues de son héritage⁴⁰ et, d'autre part, celle des institutions étatiques elles-mêmes, faisant état de ses apories par les réformes, ou projets de réformes successifs. En 1993, par exemple, le Rapport VEDEL attire déjà l'attention, dans son troisième chapitre, sur la nécessité d'« un citoyen plus présent » sur la scène démocratique⁴¹. Le Rapport BALLADUR, en 2008, pointant le contexte d'euphémisation croissant du droit, évoque, quant à lui, une carence dans la confiance que les citoyens portent envers leur Constitution, remarquant entre autres que « les justiciables sont portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la constitution elle-même »⁴². S'en est ensuite suivie l'entrée en vigueur de la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)⁴³, à la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴⁴,

³⁵ Nombreuses études ont, là aussi, été dédiées à ce sujet. Pour une vue d'ensemble, voir : DUBOIS (J.-P.), DUMONT (F.), TRICOIRE (A.), *Une démocratie asphyxiée : l'état des droits de l'homme en France*, Paris, La Découverte, Sur le vif, 2008, 118 p. ; LENOBLE (J.), « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1995, p. 88 ; CHEVALLIER (J.), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jannet*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 361-381 ; SUEUR (J.-J.), « La démocratie et son droit à l'épreuve de la crise », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., pp. 65-82.

³⁶ Voir, COLLIOT-THELENE (C.), « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum*, 2012, n° 8 ; HAQUET (A.), « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs*, 2000, n° 94, pp. 141-153.

³⁷ Pour une critique, voir : HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., pp. 11-17.

³⁸ Certaines réflexions ont notamment tenté de relativiser cette « crise de la représentation » en notant tout d'abord que, depuis la Révolution, notamment chez SIEYES et BARNAVE, celle-ci n'a jamais cessé d'être remise en question. L'évolution de la représentation jusqu'à nos jours en témoigne. Pour d'autres raisons encore, et pour n'en citer brièvement que certaines, le phénomène s'explique par un problème de définition, du concept et de l'évolution de ses usages à travers l'histoire. À ce problème s'ajoute aussi celui de savoir si cette crise est ontologiquement liée à la représentation, auquel cas elle peut cesser d'être remise en question ou, au contraire, si elle en est un symptôme curable. Pour une réflexion plus détaillée sur le sujet, voir : DENQUIN (J.-M.), « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, 2010, n° 4.

³⁹ CHEVALLIER (J.), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », op. cit., p. 361.

⁴⁰ Comme le fait remarquer à ce propos Michel ROSENFELD : « *La démocratie représentative n'est pas en mesure d'atteindre l'idéal de la démocratie directe, la déconstruction ne peut jamais tout à fait combler la fissure entre soi et autrui, et le juge constitutionnel ne peut pas fournir d'interprétation objective ou définitive. Au mieux la déconstruction du droit pourrait nous orienter dans la direction de la démocratie sans jamais nous permettre de l'atteindre* ». ROSENFELD (M.), « Possibilité de la démocratie et décontraction du droit », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, op. cit., p. 105.

⁴¹ Rapport au Président de la République, 15 février 1993, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel (JORF n° 39 du 16 février 1993). Comme thèmes assimilés, il y figurait également : « *une institution judiciaire mieux assurée de son indépendance* », ou encore « *une protection efficace des droits de la personne, une initiative accrue du citoyen* ».

⁴² « Une V^{ème} République plus démocratique », *Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République*, Paris, Fayard, La Documentation française, 2008, p. 169.

⁴³ Art. 61-1, Const. 1958 : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

⁴⁴ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 29, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008 ; La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à

participant à cette « attente démocratique ». Dans un rapport de 2015 déposé à l'Assemblée nationale, est également présenté le projet ambitieux et éloquent de *refaire la démocratie*⁴⁵. Les bilans et perspectives présentés sont en effet évocateurs des écueils généraux et récurrents associés à cette « crise ». Y sont notamment évoqués une « V^e République au cœur de la crise », « des institutions anciennes dans une République ébranlée », « un défaut de représentativité », ou encore le projet constamment réétudié visant à « consolider l'État de droit »⁴⁶. Ce qu'indiquent ainsi ces différents exemples, c'est que ces soubresauts obligent à raccommoder sans cesse ce tissu fragile de légitimité qui fait la pérennité de la démocratie, et c'est précisément là toute sa propension à l'auto-réfection. Ainsi construit-elle ses origines et son avenir⁴⁷.

3. Mythes et fictions. Appréhender la démocratie exige une grande prudence sur le plan épistémologique. Elle appelle à une démarche constructiviste, car, en tant qu'objet de connaissance, elle apparaît toujours constituée pour répondre à un résultat déterminé ; elle légitime les moyens nécessaires à ses fins. Par les fictions auxquelles elle recourt, celle-ci appelle toujours à une certaine prudence. Jean RIVERO voit à ce titre dans l'étonnement du chercheur le moyen de sortir des présomptions : « de l'étonnement, jaillit toujours la question et de la question procède la recherche, alors que l'habitude risque fort de n'engendrer que la stagnation »⁴⁸. Dans le cas présent, comme le fait remarquer le professeur JOUANJAN, le premier acte de mystification réside à l'instant même où la démocratie est évoquée : « on postule, souvent de manière implicite, un concept de la démocratie qui est non pas un concept descriptif, mais un concept idéal et donc normatif de la démocratie, le concept de la “vraie” démocratie. Or ce concept d'une pure démocratie n'est pas seulement impraticable — la pure démocratie ne serait pas possible, ou à tout le moins difficile à mettre en œuvre pour des raisons pratiques — ; il est également théoriquement inconstructible et donc inadmissible »⁴⁹. C'est pour cette raison que sa légitimité ne peut effectivement se passer de fictions ; et si, d'ailleurs,

l'application de l'article 61-1 de la Constitution a été publiée au Journal officiel du 11 décembre 2009, JORF n° 0287 du 11 décembre 2009.

⁴⁵ Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions adopté à l'Assemblée nationale le 2 octobre 2015, intitulé « Refaire la démocratie » et présenté par MM. Claude Bartolone et Michel Winock. Disponible à l'adresse : http://www2.assembleenationale.fr/static/14/institutions/Rapport_groupe_travail_avenir_institutions_T1.pdf

⁴⁶ D'autres exemples peuvent être rapportés comme la volonté de « *libérer le Parlement de ses carcans* » (p. 103), « *améliorer la fabrique de la loi* » (p. 105), « *faire une place plus large aux citoyens et aux questions européennes* » (p. 110), ou encore « *renforcer les justices judiciaire, sociale et constitutionnelle* » (p. 123).

⁴⁷ OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 189.

⁴⁸ RIVERO (J.), « Fiction et présomptions en droit public français », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 101.

⁴⁹ JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22, p. 8.

l'histoire et le domaine politique⁵⁰ en sont coutumiers, le domaine juridique ne fait pas exception⁵¹. Les mythes sont des constructions spéculatives, souvent politiques et (ou) doctrinales, présentant une fonction créative de représentations et justificative de certaines « vérités » à un moment donné. Ils s'ancrent dans le réel autant qu'ils en façonnent l'image, souvent par l'entremise d'une « reconstruction de l'histoire (à partir du réel), voire d'une absence d'histoire ; reconstruction destinée à magnifier un fait ou une idée ». Dès lors, le projet n'est « jamais intentionnellement neutre ou gratuit » ; il n'est pas de mythe innocent⁵². Nombre de concepts classiques du droit public, avec la complicité de la dogmatique juridique, mobilisent ainsi les « forces imaginantes du droit »⁵³ pour construire et médiatiser, au gré des conjonctures, des référentiels de légitimité démocratique. Cette relative labilité inhérente à l'emploi de *fiction juris*⁵⁴ fait de la démocratie plus une catégorie logique qu'une réalité vécue, une expérience historique à proprement parler. Il en découle un terme « fétichisé plus qu'il n'est défini : on invoque la démocratie avec une ardeur inversement proportionnelle à l'identification du sens qu'on lui donne »⁵⁵. Pour Georges BURDEAU, d'ailleurs, il s'agit là d'un mal nécessaire. Selon ce dernier, en effet, « à exclure l'ambiguïté pour élaborer une définition scientifique sans bavure,

⁵⁰ À titre d'illustration, nous renvoyons notamment à l'œuvre critique d'ALAIN. Dans *Le citoyen contre les pouvoirs*, sur la question de la représentation démocratique, celui-ci énonce par exemple : « J'ai toujours craint le scrutin de liste et la Représentation proportionnelle ; j'y apercevais une mystification politique ». ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, Présentation de François Bourricaud, Slatkine Reprints, réed. 2014, p. 146.

⁵¹ Par exemple, OST (F.), LENOBLE (J.), *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1980, 590 p. ; BIGOT (G.), « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, n° 3, pp. 527-537. Il est également évocateur de constater le nombre de publications introduisant le dilemme « mythe ou réalité ». S'il s'agit parfois d'un effet de style, ce prisme d'analyse demeure souvent utilisé pour analyser des grands thèmes du droit public attrayant à la démocratie. Pour quelques exemples, voir : LENOBLE (J.), « La crise du juge : mythe ou réalité ? », in LENOBLE (J.), *La crise du juge*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1996, pp. 1-6 ; CHEVALLIER (J.), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *op. cit.*, pp. 361-381 ; LUCIANI (M.), « Mythe et réalité du référendum », in *Référendum et démocratie, Cahiers du centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras*, Université du Sud Toulon-Var, 2013, n° 10, pp. 23-125 ; GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, pp. 83-92.

⁵² TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dix mythes du droit public*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, pp. 34-35. Aussi l'auteur rajoute en ces termes que « c'est leur appartenance au groupe juridique que ces mythes ont façonné et lié. Et, comme pour le Graal, peu importe que ce que narre le mythe ait ou non réellement existé comme on le raconte ou comme on croit le narrer : c'est la valeur explicative ou signifiante du mythe qui prime ». Comme a pu le remarquer, par ailleurs, Cornélius CASTORIADIS, le balancement entre réalité et fiction est inhérent au processus institutionnel de la société et combine toujours « en proportions et en relation variables une composante fonctionnelle et une composante imaginaire ». CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, *op. cit.*, p. 197.

⁵³ Nous reprenons l'expression employée in DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, 439 p. L'idée renvoie d'ailleurs à cette phrase emblématique de Jean GIRAUDOUX dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu* : « [...] le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité », cité in NICOD (M.), « Propos introductifs », in NICOD (M.) (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Paris, Lextenso, Presses universitaires de Toulouse I Capitole, coll. Actes de colloques, 2015, p. 7.

⁵⁴ Voir, JAUME (L.), « Représentation », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1338.

⁵⁵ DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 142.

on risquerait de ne pas rendre compte du dynamisme qui est inclus dans l'idée démocratique et fait d'elle l'un des facteurs les plus puissants d'évolution des sociétés »⁵⁶. Par extension, cette forme de gouvernement exige un compromis entre idéal et réalité. Dans cette phrase célèbre du *Contrat social*, Jean-Jacques ROUSSEAU conçoit lui-même cette fatalité : « s'il y avait un peuple de Dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un Gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes »⁵⁷. Ainsi à chaque mystification succède une nouvelle, chacune d'elle empruntant « ces mots puissants qui remuent le monde en empruntant à l'imprécision de leur sens la magie de leur influence »⁵⁸. Nombreux auteurs ont, par exemple, mis en avant le mythe du pouvoir constituant originaire⁵⁹, le « mythe de l'autolégislation »⁶⁰ ou du « *Demos* »⁶¹, celui de l'État de droit⁶² en tant que concept principalement « forgé par les juristes et à usage des juristes »⁶³, de la volonté générale⁶⁴, « Nous hypostasié »⁶⁵, voire plus radicalement comme « tyran métaphysique »⁶⁶, ou encore celui d'une représentation politique comme « fiction malmenée »⁶⁷, « vérité informulable »⁶⁸ etc. L'aspect primordial du caractère légitimant de ces concepts fondateurs réside dans leur polysémie ; leur souplesse autorise les compromis et donc l'acceptation d'un usage communément partagé. Plus largement, ils participent à ce que Cornelius CASTORIADIS appelle un processus « d'auto-institution », en tant que mouvement

⁵⁶ BURDEAU (G.), « Démocratie », in *Encyclopedia Universalis*, corpus 7, p. 151.

⁵⁷ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre III, chap. IV.

⁵⁸ BURDEAU (G.), « Avant-propos », *Traité de Science politique. Présentation de l'univers politique*, t. 1, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1980, p. 16.

⁵⁹ BOUDREAULT (F.), « Temps, démocratie et constitution : la dialectique de la stabilité et du changement », *REIJ*, 1999, n° 43, p. 30.

⁶⁰ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, p. 92.

⁶¹ *Ibid.* Voir également, PESSIN (A.), *Le Mythe du peuple et la société française du XIX^e siècle*, Paris, PUF, coll. Sociologie d'aujourd'hui, 1992, 280 p. ; GAUCHET (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1995, p. 45.

⁶² HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, p. 212. Comme l'explique le Professeur JOUANJAN, concernant la doctrine de l'État, telle qu'elle a été construite, « cette dialectique entre l'État et la société suppose de considérer l'État suppose de considérer la société à la fois comme le principe déterminant de l'État (société des citoyens, constituante et législatrice comme peuple ou nation) et comme objet déterminé par l'État (société des sujets) [...] Il en résulte un mystère de la domination politique dont le mythe est raconté par la doctrine de l'État de droit ». JOUANJAN (O.), « État de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 652.

⁶³ CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 4^e éd., 2003, p. 9.

⁶⁴ LECOQ (B.), « Les fondements mythiques du droit constitutionnel français. À propos du mythe de la "volonté générale" », Actes du Congrès de l'AFDC, Lyon, 2014.

⁶⁵ JOUVENEL (B. de), *Du pouvoir*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1972, p. 92.

⁶⁶ ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, op. cit., p. 160.

⁶⁷ JAUME (L.), « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 5-16. Dans le même sens, voir : TURPIN (D.), *Le régime représentatif est-il démocratique ?*, Paris, PUF, 1978, 192 p. ; BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2004, spéc. pp. 311-345.

⁶⁸ JAUME (L.), « La représentation : une fiction malmenée », op. cit., p. 14.

continu de création d'institutions et de signification⁶⁹, de sorte que chaque mythe (ou création) est mobilisé afin de surmonter une nouvelle « crise des significations imaginaires concernant les finalités de la vie collective »⁷⁰. Le problème appelle à adopter une épistémologie constructiviste. Si, en effet, la racine étymologique évoque un certain « pouvoir du peuple », celle-ci laisse ensuite un large choix de possibles. « Autrement dit, l'étymologie objective ne produit pas l'usage, mais l'usage produit une étymologie subjectivée ou consciente qui n'établit rien contre lui, mais peut contribuer à le stabiliser. L'usage est donc bien central »⁷¹. Parce qu'il s'agit plus d'un nom que d'une essence, d'un *construit* et non d'un *donné*⁷², l'usage demeure plus prescriptif que descriptif. Il doit être évalué au regard des fins poursuivies, car, comme le montrent la plupart des concepts de droit constitutionnel, il y a toujours translation entre des termes ou expressions empruntés aux passés, à la tradition, et leurs représentations actualisées⁷³. « Rien n'est plus libre que les définitions », rappelait opportunément PASCAL⁷⁴. Mais cette flexibilité, aussi avantageuse soit-elle, est aussi source de confusion du point de vue de la connaissance au regard de la difficulté de discernement qu'elle pose précisément dans la répartition entre la part de tradition et la part d'actualisation⁷⁵. « Comment déceler l'évolution d'un signifié et de ses représentations malgré la pérennité de son signifiant ? Comment mesurer efficacement l'évolution juridique lorsque l'emploi constant de certains termes appelle au contraire à constater leur identité à travers le temps ? »⁷⁶ Quoiqu'il en soit, qu'elle fasse primer l'expression directe du peuple, celle des représentants, ou la protection des droits fondamentaux par le juge, la démocratie progresse en fonction de ce qui est stipulé comme étant la démocratie.

⁶⁹ CASTORIADIS (C.), *Démocratie et relativisme*, *op. cit.*, p. 88. Selon ce postulat, l'auteur rejette ainsi toute naturalité dans la démocratie, précisément en raison de ce constat d'auto-crétion. Ainsi conclut-il : « la démocratie est un régime très improbable, et très fragile, et c'est précisément ce qui montre qu'il n'est pas naturel » (*Ibid.* p. 89).

⁷⁰ CASTORIADIS (C.), « La démocratie comme régime et comme procédure », in *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe 4*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1996, p. 267.

⁷¹ De surcroît, « l'usage rétroagit peut-être sur l'étymologie, mais l'étymologie, elle, continue d'agir sur l'usage ». DENQUIN (J.-M.), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2, p. 81.

⁷² BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2011, p. 16.

⁷³ BARANGER (D.), « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, vol. 4, pp. 261-262.

⁷⁴ PASCAL, *De l'esprit géométrique*, Paris, rééd. Flammarion, 1985, p. 72.

⁷⁵ KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019, p. 682.

⁷⁶ DENQUIN (J.-M.), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 81.

4. Les paradoxes du compromis démo-libéral. La démocratie moderne est l'illustration parfaite de cette question. Elle arbore les reliquats de son histoire sous les traits d'un héritage libéral issu de la Révolution et des principes proclamés — et sans cesse réinterprétés — dans la DDHC de 1789. Un bref aperçu de cette toile de fond permet de comprendre les contradictions auxquelles elle est confrontée. En effet, le lien entre libéralisme et démocratie semble aujourd'hui être le seul concevable et propice à répondre aux exigences d'une autonomie de la communauté. Trouvant sa source dans le célèbre dilemme entre la liberté des *Anciens* et celles des *Modernes*, tel que posé par Benjamin CONSTANT⁷⁷, « l'un revendique la liberté individuelle tant dans la sphère spirituelle que dans la sphère économique par rapport à l'État ; l'autre réconcilie l'individu avec la société en faisant de la société le produit d'un accord entre les individus »⁷⁸. Cette relation entre la société et l'État, *a priori* contradictoire, résulte d'un processus historique qui, au départ, se concentre sur un projet républicain d'assimilation par l'émancipation de la participation politique par le biais du droit de suffrage⁷⁹, pour ensuite laisser place à l'affirmation d'une modernité juridique protégeant l'individualité du sujet face aux potentialités oppressives du pouvoir étatique⁸⁰. Cette synthèse entre libéralisme et démocratie, particulièrement médiatisée par la doctrine constitutionnaliste du début du XX^e siècle⁸¹, prend pour point nodal une certaine tension entre le droit (et plus particulièrement les droits de l'homme) et le domaine politique⁸². Comme le résume justement le professeur HUMMEL, « alors qu'au XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle, dans la postérité de la Déclaration de 1789, définie comme une Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les droits individuels font l'objet d'une inscription politique dans le cadre d'un État national, les droits vont être de plus en plus énoncés en tant que tels. Leur teneur “antipolitique” va ainsi se renforcer proportionnellement à l'abandon croissant des contraintes collectives liées à la

⁷⁷ « Le but des Anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d'une même patrie. C'était là ce qu'ils nommaient la liberté. Le but des Modernes est la sécurité dans les jouissances privées ; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances ». CONSTANT (B.), « De la liberté des Anciens comparée à celles des Modernes », in *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, p. 612.

⁷⁸ BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁹ Il s'agit ici de présenter un tableau général de cette évolution, sans prétendre à une chronologie exhaustive. Voir à ce propos, ROSANVALLON (P.), *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 1992, 640 p.

⁸⁰ CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, p. 103. Voir également, VIALA (A.), « De la critique des droits de l'homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'homme », in *Mélanges Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Mélanges, 2015, pp. 51-69.

⁸¹ Voir notamment, REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française. 1879-1914*, Paris, Economica, PUAM, 1992, 389 p. ; RAYNAUD (P.), « constitutionnalisme », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 270 ; PINON (S.), « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *op. cit.*, pp. 455-467.

⁸² L'expression « le politique » est ici entendue *lato sensu* comme l'organisation du pouvoir au sein d'une société. Voir, CASTORIADIS (C.), *Démocratie et relativisme*, *op. cit.*, p. 46.

citoyenneté et à l'oubli de la leçon historique du constitutionnalisme moderne, selon laquelle la liberté a besoin d'institutions constitutionnelles propres à la protéger »⁸³. Autrement dit, si les droits de l'homme soutiennent à l'origine l'institution d'une communauté politique rassemblée en nation, ceux-ci finissent par incarner une nouvelle façon de concevoir l'autonomie en y adjoignant un impératif d'autonomie individuelle *a contrario* de leur vocation politique originelle. Au même titre, par exemple, que sous la III^e République, le développement du contentieux administratif, sous couvert du concept de droits publics subjectifs, s'est développé et justifié sous la hantise des abus de l'administration⁸⁴, le contentieux constitutionnel sous la V^e République présentera la même posture à l'encontre du législateur⁸⁵. Ainsi, « tout comme la science juridique a connu le passage du parlementarisme “absolu” au parlementarisme “rationalisé” (contre l'indiscipline des parlementaires), elle pourrait admettre le passage d'une démocratie “absolue” — dans sa version étymologique — à une démocratie “rationalisée” (contre l'indiscipline des hommes) »⁸⁶. Parallèlement, la seconde moitié du XX^e siècle marque la sortie des droits de l'homme de la nature pour intégrer l'Humanité⁸⁷. Dans ce même mouvement, la concrétisation de l'État de droit dans l'ordre juridique, ainsi que le contentieux international des droits de l'homme, ont achevé ce tournant subjectiviste⁸⁸, assimilant la modernité juridique dans « l'ère de l'individu »⁸⁹. Insérée dans un mouvement général de « démocratisation de la démocratie » par une « extension des formes de pouvoirs ascendants »⁹⁰, ou autrement dit une diversification des procédures de participation, elle propulse le juge

⁸³ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁴ Nous renvoyons sur le sujet à la thèse du professeur FOULQUIER. Voir, FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, 777 p.

⁸⁵ DENQUIN (J.-M.), « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *op. cit.*, p. 103.

⁸⁶ PINON (S.), « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *op. cit.*, p. 465.

⁸⁷ Nous renvoyons notamment à l'analyse proposée par Hannah ARENDT in ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, trad. M. Leiris et H. Frappat, Paris, Fayard, coll. Essais, 2010, p. 300. Ainsi explique-t-elle que « l'homme du XX^e siècle s'est émancipé par rapport à la nature exactement comme l'homme du XVIII^e s'était émancipé de l'histoire [...] Cette situation nouvelle, dans laquelle l'“humanité” remplit effectivement le rôle autrefois attribué à la nature ou à l'histoire, voudrait dire dans ce contexte que c'est l'humanité elle-même qui devrait garantir le droit d'avoir des droits, ou le droit de tout individu d'appartenir à l'humanité ».

⁸⁸ « Cela signifie que l'individualisation juridique devient la norme collective s'appliquant à tous [...] C'est une société qui pose comme sa norme constitutive de société qu'elle est composée exclusivement d'individus, qu'il n'existe en son sein que des individus de droit qui ont à être traités comme tels et établis pour tels partout où il en est besoin, mais qui ont aussi à se comporter comme tels ». GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, *op. cit.*, p. 554. Voir également, COLLIOT-THELENE (C.), « Démocratie, communauté et individualisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, *op. cit.*, pp. 41-54.

⁸⁹ Voir, RENAUT (A.), *L'ère de l'individu*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1989, 299 p.

⁹⁰ C'est de cette manière que Norberto BOBBIO décrit par exemple le passage de la démocratie politique traditionnelle à une « démocratie sociale » où l'individu n'est pas pris en tant que citoyen à proprement parler (membre du corps souverain), mais dans la diversité de son statut au sein de la société : travailleur, consommateur, père de famille, étranger, etc. Voir, BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 264.

en gardien de ces promesses⁹¹, en « offreur de justice »⁹² et garant de l'effectivité des droits de l'homme⁹³. Dès lors, si ce dernier était autrefois au service de la loi, il se substitue progressivement à un Parlement en proie à la défiance du peuple. En ce sens, divers qualificatifs, autant de la part des juristes que des sociologues du droit, ont par exemple traduit cette tendance sous les traits d'une « politique saisie par le droit »⁹⁴, d'une « judiciarisation de la société » — entendue à la fois comme une demande de justice de la part de la société et une demande de pouvoir de la part des juges⁹⁵ —, d'une « juridiciarisation du politique »⁹⁶, ou encore d'une mutation vers une « république judiciaire »⁹⁷ où l'accès à la justice devient un impératif démocratique constant⁹⁸. Telle une « prophétie auto-réalisatrice »⁹⁹, il est alors proclamé que tout doit être justiciable. La participation politique ne suffit plus à définir et à contenter les exigences de la démocratie ; la contestation des droits de l'homme par les individus et leur effectivité s'impose en référentiel.

5. Définir la démocratie par la constitution et les droits de l'homme. La polysémie des concepts qui la composent paraît de nos jours donner à la « démocratie des droits de

⁹¹ GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Justice et Démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.

⁹² DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.), « Propos introductif », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, op. cit., p. 23.

⁹³ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Journée d'études du 24 novembre 2006 organisée par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Presses universitaires de Paris X, 2008, pp. 20-29.

⁹⁴ FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988, 153 p.

⁹⁵ ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1979, spéc. pp. 317-332. Voir également, KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2012, t. II, 432 p.

⁹⁶ « Agissant comme un intellectuel organique, le juge serait à même de formuler des normes de conduite à la place des élites politiques ». JOBERT (B.), « Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique », in COMMAILLE (J.), DUMOULIN (L.), ROBERT (C.) (dir.), *La judiciarisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, coll. Politique, 2000, p. 128. De manière générale, selon le professeur COMMAILLE, « les expressions “judiciarisation de la société”, “judiciarisation du politique” sont de plus en plus utilisées pour désigner ce qui serait dans l'extension du rôle de la justice dans la gestion des rapports sociaux, dans le traitement des “problèmes de société” et des transgressions (de la délinquance ordinaire à la délinquance politique, de la corruption jusqu'aux “crimes contre l'humanité”), dans la régulation des échanges économiques ». COMMAILLE (J.), « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », in COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.) (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 295.

⁹⁷ KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », in COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.) (dir.), *La fonction politique de la justice*, op. cit., p. 18.

⁹⁸ Voir, par exemple : CADIET (L.), « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 10, pp. 522-531.

⁹⁹ DESMONS (É.), « Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, 2000, n° 32, p. 26 ; ROUSSEL (V.), « La judiciarisation du politique, réalités et faux-semblants », *Mouvements*, 2003, n° 29, p. 18.

l'homme » l'apparence d'une unité évidente¹⁰⁰, à la fois au regard d'un large consensus doctrinal et de l'état actuel du droit positif. Or il s'agit là, à l'origine, plus d'un lien d'opportunité que d'un lien logique, lequel s'éclaire à partir d'une question générale : « pourquoi cette illusion constitutive de la condition démocratique serait-elle liée à “la consécration des droits de chacun” ? »¹⁰¹. Tout d'abord, le récit de la démocratie moderne est l'aboutissement d'une démarche prescriptive et axiologique de départ basée sur le présupposé de l'État libéral, porté par la doctrine constitutionnaliste, développé par le biais du concept d'État de droit, pour se concrétiser progressivement en droit positif. Le postulat jusnaturaliste selon lequel des droits inhérents à la nature humaine peuvent légitimement limiter l'État, tant dans ses pouvoirs que dans ses fonctions¹⁰², inclut un concept inédit, mais non absolu de la démocratie¹⁰³. S'il est en effet considéré que le processus démocratique obéit au principe d'autonomie, selon lequel les destinataires des normes sont également ceux-là mêmes qui participent à leur production¹⁰⁴, alors l'existence ou l'absence de droits de l'homme est conditionnée par le choix du peuple concerné. Pour garantir cet impératif d'auto-gouvernement, l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'est imposé comme une sorte de profession de foi pour la doctrine constitutionnaliste

¹⁰⁰ Il demeure néanmoins un certain nombre de critiques se concentrant sur l'excès d'optimisme inhérent à la confusion entre démocratie et droits de l'homme. Par exemple, concernant la doctrine des libertés publiques sous la III^e république, Marcel WALINE dénonçait déjà un « *optimisme aveugle* » (WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Paris, rééd. Dalloz, 2007, p. 395). Cette analyse a également été reprise et actualisée par le professeur DENQUIN qui, dans le même sens, évoque un « *optimisme naïf* » propre au paradigme droit-de-l'homme contemporain. Voir, DENQUIN (J.-M.), « Démocratie », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadridge 2008, p. 267.

¹⁰¹ PADIS (M.-O.), « Les droits de l'homme dans la démocratie : questions autour de Marcel Gauchet », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 244.

¹⁰² Telle est la thèse emblématique de Benjamin CONSTANT selon laquelle, « *les citoyens possèdent des droits individuels indépendants de toute autorité sociale ou politique, et toute autorité qui viole ces droits devient illégitime* ». C'est par ailleurs, selon ce biais, que ce dernier fondera sa critique sur la souveraineté illimitée de Jean-Jacques ROUSSEAU. Comme celui-ci l'affirme, « *la souveraineté du peuple n'est pas illimitée ; elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus* ». CONSTANT (B.), « De la souveraineté du peuple », in *Écrits politiques*, op. cit., pp. 317 et 319.

¹⁰³ Historiquement, en effet, l'invention de la démocratie dans la Grèce antique s'est faite en l'absence de droit de l'homme, voire *a contrario*, plaçant un citoyen fondu dans l'État et dévoué à la chose commune. Concevoir alors la possibilité d'une limitation de l'État sous fondement de droits subjectifs inhérents à un individu est ici antinomique. Pour une synthèse, voir : CASTORIADIS (C.), « La polis grecque et l'invention de la démocratie », in *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1999, pp. 325-382 ; LORAUX (N.), *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot, coll. Petite bibliothèque d'histoire, 2019, 349 p. Comme l'a montré, en outre, Norberto BOBBIO, les premières déclarations de droits de l'homme remontent à la monarchie d'Angleterre, avec la Magna Carta de 1215 et le Bill of Rights de 1689, aboutissant à ce que les droits de l'homme ne sont pas inhérents à la démocratie, mais transcendent tout type de régime. La conception libérale de la démocratie est, en effet, apparue en réaction à l'érosion progressive du pouvoir monarchique. « *Il faut donc dire que l'État libéral s'affirme dans la lutte contre l'État absolu au nom de l'État de droit et contre l'état maximal au nom de l'État minimal, même si ces deux mouvements d'émancipation ne coïncident pas toujours historiquement et pratiquement.* » BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, op. cit., p. 23.

¹⁰⁴ Nous reprenons ici, comme point de départ et constante, le principe d'autonomie posé par Hans Kelsen, considérant la démocrate comme un mode autonome de création du droit. KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., spéc. pp. 20-38.

libérale, en octroyant à la constitution un rôle de prévention contre les dérives despotiques du pouvoir. Cette prévention doit nécessairement s'accompagner de garanties d'effectivité¹⁰⁵. La démocratie doit, dès lors, se définir par la Constitution. À l'origine, l'assurance d'un « bon agencement »¹⁰⁶ constitutionnel passe le principe cardinal de séparation des pouvoirs. C'est avec le développement de la doctrine de l'État de droit et de l'autolimitation de l'État, inspirée d'Allemagne¹⁰⁷, que la garantie des droits va ensuite imposer une condition procédurale supplémentaire : le contrôle de constitutionnalité¹⁰⁸. Sur le plan formel, cette autolimitation s'organise autour des principes de constitutionnalité et de légalité ; sur le plan matériel, elle prescrit que la constitution doit prévoir certains mécanismes encadrant les fonctions des pouvoirs constitués¹⁰⁹. Dans ces conditions émerge ce qui sera appelé dès la seconde moitié du XX^e siècle, la « démocratie constitutionnelle »¹¹⁰. Cette dernière se construit autour du dépassement de la loi du régime parlementaire, jugé inapte à assumer la multiplication et la montée en généralité de la protection juridique des libertés publiques en droits fondamentaux¹¹¹. La constitution y est affirmée dans sa suprématie et sa spécificité en tant que

¹⁰⁵ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, spéc. pp. 217-322.

¹⁰⁶ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁷ Nous renvoyons ici, de manière générale, à la thèse de la professeure GAILLET, notamment au « tournant » opéré par la doctrine de JELLINEK. GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012, spéc. pp. 311-323.

¹⁰⁸ Voir notamment, Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 185-257. Voir également, EISENMANN (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, réed. PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1986, 383 p. À ce propos, le Professeur TROPER synthétise deux éléments principaux de justification de la compatibilité du contrôle de constitutionnalité et de la démocratie. Premièrement, est invoquée une raison instrumentale, postulant que le contrôle de constitutionnalité permet un gouvernement du peuple dans son ensemble et non simplement de la majorité, en donnant la possibilité à la minorité parlementaire de contester la loi. L'argument n'est pas nouveau et est érigé en nécessité démocratique. Secondement, est avancée une raison procédurale, selon laquelle ce contrôle permet de vérifier si la loi contrôlée exprime bel et bien la volonté du constituant. C'est également l'occasion de vérifier sa conformité à une interprétation de la Constitution à un moment donné. TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 331-343.

¹⁰⁹ Nous renvoyons ici à la synthèse proposée par le professeur JOUJOUAN qui identifie, comme principes constitutifs de l'État de droit : la primauté de la constitution et sa garantie juridictionnelle, la soumission de l'administration et de la justice à la loi et au droit, la réserve de la loi qui interdit à l'exécutif d'agir en l'absence de base législative suffisante, le principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs, la responsabilité de la puissance publique, le principe de proportionnalité et un droit au recours accompagné d'un ensemble de garanties procédurales. Voir, JOUANJAN (O.), « État de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 649. Pour une analyse développée du concept d'État de droit, voir également : HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, 739 p.

¹¹⁰ FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de la science politique, 1958, 564 p.

¹¹¹ VIALA (A.), « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole, 2016, p. 237. Plus largement, voir : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, PUAM, 1992, 389 p.

norme¹¹² ; d'autant plus que la constitutionnalisation du droit devient un facteur de rationalisation du pouvoir¹¹³. Là encore, la liaison entre la démocratie et l'État de droit ne résulte pas de l'inhérence, mais d'un choix, lequel est motivé selon une démarche téléologique : « si l'État de droit est présenté comme désirable, c'est parce qu'il est considéré comme une garantie de la liberté et de la démocratie, c'est-à-dire comme un moyen ou un instrument »¹¹⁴. Dans ces termes, la démocratisation se définit par la constitution, laquelle passe par la constitutionnalisation du droit¹¹⁵. Selon une opinion largement partagée¹¹⁶, l'État de droit est une nécessité pour la démocratie qui, pour ce faire, donne suprématie à la constitution en plaçant, concomitamment, le juge constitutionnel en figure et en garant indispensable¹¹⁷ ; l'idée d'un organe politique érigée en défenseur est quant à elle écartée¹¹⁸. S'il imprègne aujourd'hui l'entière du droit constitutionnel, que ce soit de manière explicite dans le texte de la Loi fédérale allemande¹¹⁹, ou comme en France, par le biais de la jurisprudence constitutionnelle — avec notamment, pour emblèmes, la décision dite « Liberté d'association » de 1971¹²⁰ et celle

¹¹² BECHILLON (D. de), *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 180. Cette logique sera d'ailleurs, depuis Kelsen, développée par le positivisme normativiste. À ce propos, voir : PFERSMANN (O.), « La Constitution comme norme », in FAVOREU (L.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2021, pp. 67-114.

¹¹³ « Le contrôle de constitutionnalité s'inscrit dans le mouvement de rationalisation progressive et de plus en plus développée du pouvoir. Toute la dynamique de cette rationalisation par ce contrôle s'explique par l'idée que c'est par le droit qu'elle atteint la plus grande justice en se rapprochant du peuple ». MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France : rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse dactyl., Université Toulouse I Capitole, 1998, p. 227.

¹¹⁴ TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, n° 15, p. 53.

¹¹⁵ Voir, MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse dactyl., Université Toulouse I Sciences sociales, 1998 ; FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.

¹¹⁶ Est ici visée au sens large la doctrine constitutionnaliste, par laquelle « on désignera de façon un peu vague par cette expression ceux qui traitent en France aujourd'hui du contrôle de constitutionnalité, les commentateurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et les auteurs de manuels ou traités de droit constitutionnel ». TROPER (M.), « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, p. 3.

¹¹⁷ SMITH (E.), « Sur la « nécessité logique » de l'accès à un juge constitutionnel », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 932-943.

¹¹⁸ HEUSCHLING (L.), « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Force et faible, force et faiblesse*, op. cit., p. 52. Cette question renvoie notamment à la controverse bien connue entre Hans Kelsen et Carl Schmitt autour du gardien de la Constitution. Voir, Kelsen (H.), *Qui doit être le gardien de la Constitution* (1932), trad. S. Baume, Paris, Michel Houdiard, coll. Le sens du droit, 2006, 138 p. ; BEAUD (O.), PASQUINO (P.) (dir.), *La controverse sur « Le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Actes du colloque à Berlin, Centre Marc Bloch, 21 juin 2006, Paris, Panthéon-Assas, 2007, 212 p.

¹¹⁹ L'adhésion au principe de l'État de droit est explicitement proclamée à l'article 28 de la Loi fondamentale allemande, laquelle énonce que « l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale ».

¹²⁰ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, note RIVERO (J.), *AJDA*, 1971, p. 537 ; HAMON (L.), « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *Recueil Dalloz*, 1974, p. 83-90 ; FAVOREU (L.), PHILIP (L.), « Liberté d'association. Conformité de la loi au préambule. Protection des libertés publiques », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1975, pp. 267-287.

de 1985¹²¹ conditionnant définitivement l'expression de la volonté générale par la loi au respect de la Constitution —, il est également érigé en droit supranational comme principe fondateur des traités¹²². Mais c'est alors qu'il dévoile ses contradictions. En effet, placé en instrument de neutralisation du politique par le droit au profit d'une légitimité principalement procédurale, il impose, à son tour, une autre axiologie en devenant, par la promotion des droits de l'homme nationaux et internationaux, concrétisés en droits fondamentaux, un outil de légitimation. Il est, autrement dit, mobilisé dans sa fonction, que ce soit par exemple en renfort d'une solution de principe ou en critère d'évaluation des comportements de l'État, afin de forger, comme l'énonce par exemple la Cour EDH, le label de « régime véritablement démocratique »¹²³. De plus, en tant que critère juridique, il est également une valeur fondamentale, une justification, un instrument discursif destiné à réaliser les promesses du projet démocratique qui, à son image, demeure relatif et toujours en construction¹²⁴. « À l'idée de légitimation par le droit répond ici celle de légitimation du droit lui-même [...] il est avant tout un discours, une rhétorique. N'impliquant rien par lui-même, il est l'instrument de qui veut l'instrumentaliser, dans la mesure où il ne peut garantir lui-même ce qu'il promet »¹²⁵. De ce fait, dans une perspective stratégique¹²⁶, performative, et par les avantages que lui procure l'auto-référentialité propre au discours juridique, il impose l'exigence de fondamentalité des droits comme produit indispensable dans la démocratie¹²⁷.

6. Parallèlement à la construction idéologique et juridique de ce cadre conceptuel, la démocratie des droits de l'homme s'est ensuite constituée par l'évolution du concept de droits

¹²¹ Cons. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 6.

¹²² Le droit de l'Union européenne en fait par exemple un principe fondamental. D'une part, l'article 6§ 1 du Traité d'Amsterdam stipule que l'Union « est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres ». D'autre part, l'alinéa 2 du Préambule de la Charte DFUE proclame que celle-ci « repose sur le principe de la démocratie et sur le principe de l'État de droit ». Enfin, il est un élément primordial au respect des valeurs démocratique, notamment en tant que condition préalable d'adhésion à l'Union (Art. 49 TUE), ou en cas de non-respect, comme motif de sanction (art. 7 TUE).

¹²³ CEDH, 15 juin 2006, *Lykourazos c. Grèce*, n° 33554/03, § 56 ; CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94, § 42.

¹²⁴ PONTIER (J.-M.), « L'irréparable imperfection de l'État de droit », *RRJ*, 2008, n° 122, pp. 733-770.

¹²⁵ HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 211-213.

¹²⁶ PICARD (É.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 6.

¹²⁷ CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP*, 1998, n° 2, p. 314. Comme le démontre également la professeure CHAMPEIL-DESPLATS, « si l'indétermination des notions juridiques est admise, il devient préférable, plutôt que de rechercher leur véritable définition, d'appréhender leurs fonctions dans l'argumentation et le système juridiques. L'adjectif "fondamental" a, au moins, deux sortes de fonctions : celle de justifier les décisions dans lesquelles il est employé, celle de renforcer la légitimité et le pouvoir de l'institution qui l'utilise ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, n° 42, pp. 323.

de l'homme lui-même. Elle se traduit à la fois par une multiplication des droits et par une multiplication des sujets de droit. Dans son cours sur l'État, Pierre BOURDIEU rappelle que c'est le propre du droit que de s'universaliser¹²⁸. Néanmoins, l'universalisme des droits de l'homme est, lui aussi, en proie au relativisme et à la conjoncture¹²⁹ ; il est *construit*. Tel est notamment un des paradoxes mis en avant par Hannah ARENDT dans sa critique de la Déclaration de 1789 lorsqu'elle pointe l'aporie pratique des droits de « l'homme » par leur arrimage politique et communautaire¹³⁰. Ainsi remarque-t-elle que « seule la souveraineté émancipée du peuple, de leur propre peuple, semblait être capable de mettre les hommes à l'abri. Comme le genre humain, depuis la Révolution française, était conçu à l'image d'une famille de nations, il devint peu à peu évident que le peuple et non l'individu, était à l'image de l'homme »¹³¹. Il faut alors attendre les déclarations d'après la Seconde Guerre mondiale pour que l'universalisme s'insère dans un nouveau paradigme, en se mettant au service de la démocratie et de la paix¹³² : l'homme des droits de l'homme s'extirpe peu à peu de l'impératif communautaire pour devenir une personne humaine sujet de droit à protéger¹³³. Il s'agit d'autant d'éléments construisant la démocratie des droits de l'homme, telle que forgée à l'issue d'une construction européenne de l'universalisme, où « le *jus proprium* européen ouvre la voie à une universalisation par la démocratie, l'égalité et l'État de droit »¹³⁴. Aussi, sous cette influence, l'étranger devient, à son tour, un sujet de droits fondamentaux, jusqu'à se voir attribuer un statut constitutionnel à partir des années 80, parachevé dans la décision du 13 août 1993¹³⁵, pour faire, aujourd'hui, l'objet d'un régime juridique de plus en plus élaboré¹³⁶. L'État souverain

¹²⁸ Voir, BOURDIEU (P.), *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2012, pp. 570-573.

¹²⁹ « *Il y a du relatif dans l'énoncé de nos droits. L'arrimage des déclarations des droits aux événements témoigne de cette relativité* ». FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 367.

¹³⁰ ARENDT (H.), *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1985, p. 167.

¹³¹ ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 289.

¹³² BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 91.

¹³³ Voir, *infra*, Partie 1, Titre 1, chap. 1.

¹³⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Constitution européenne et droits fondamentaux », *Annuaire de droit européen*, 2003, vol. 1, p. 171.

¹³⁵ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; D., 1994, p. 111, obs. D. MAILLARD DESGREES DU LOU ; Dr. soc., 1994, p. 69, étude J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT ; RFD-A, 1993, p. 871, note B. GENEVOIS.

¹³⁶ On voit, parallèlement, le développement des études relatives au droit constitutionnel des étrangers. En témoignent par exemple, au niveau institutionnel, le dossier récemment publié sur le site Internet du Conseil constitutionnel consacré au droit des étrangers dans le numéro 6 d'avril 2021 de la revue *Titre VII, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/avril-2021-n-6>. On peut également citer le rapport du Défenseur des droits de 2016 sur le même thème. Voir, Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, mai 2016. Disponible à l'adresse : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/736160170_ddd_rapport_droits_etrangers.pdf.

perd le monopole d'énonciation des droits de l'homme, de même que leur protection¹³⁷. Le phénomène est constaté ; l'idée largement acceptée et développée¹³⁸. La souveraineté est relativisée ou, du moins, reconstituée à l'aune de l'internationalisation du droit. Le *demos* s'émancipe du référentiel unique de la communauté nationale¹³⁹ de façon à prendre, finalement, l'apparence d'une communauté de sujets de droit plutôt que de citoyens.

7. Par le truchement de ces concepts, et de leurs paradoxes, la démocratie des droits de l'homme dévoile la tension qui l'affecte et sa perte de repères. « De même qu'il existe une aporie juridique de la notion d'État de droit résidant en ceci qu'il est logiquement impossible de soumettre un État au droit qu'il a lui-même créé, il existe une impasse juridique de la notion de démocratie tirée de cette incompatibilité entre l'*Un* et le *multiple* »¹⁴⁰. Par suite, la clarification du statut du sujet de droits individuels trouble la vision organiciste traditionnelle de corps politique, en raison d'un raisonnement *a contrario* où le projet démocratique construit non plus les droits subjectifs à partir du droit objectif, mais s'oriente vers une refondation du droit objectif par les droits subjectifs. L'héritage droit-de-l'hommiste et l'avènement de l'universalisme contemporain parachèvent cette perte de repère. Autrement dit, la modernité donne à la démocratie une mystification nouvelle : celle de l'individu, des droits fondamentaux et du juge présentés comme composantes existentielles. Là où le mythe de la Nation a formé celui de l'État post-révolutionnaire, l'État libéral moderne a porté quant à lui celui de la subjectivisation et de la « dénationalisation ». En toile de fond, « la démocratie finit par jouer le rôle d'une exigence politique de type éthique, nécessaire à la protection des droits de l'homme [...] C'est ce caractère mythique qui amène à la superposer très largement à l'État de droit »¹⁴¹. Ainsi se pare-t-il d'un nouveau référentiel : la propension des droits à être justiciables s'incarne en standard démocratique ; la justiciabilité devient, par syllogisme, une condition de la démocratie. Dans cette logique, le citoyen membre de la communauté politique cède la place au sujet de droits justiciables. Les organes politiques deviennent parties aux procès, les droits

¹³⁷ Voir en ce sens, ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, coll. La République des idées, 2005, 96 p.

¹³⁸ Voir, par exemple, DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, coll. Sciences humaines, 1994, 320 p. ; COLLIOT-THELENE (C.), « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus Politicum*, 2008, n° 1 ; COLLIOT-THELENE (C.), « La fin du monopole de la violence légitime ? », COUTU (M.), ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005, pp. 23-46.

¹³⁹ Voir, COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, 213 p.

¹⁴⁰ VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie ? », *op. cit.*, p. 134.

¹⁴¹ HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 208.

subjectifs sont insérés dans une logique de production et de compétition entre eux et envers l'intérêt commun, comme si, pour garantir la démocratie au nom de la Constitution et des droits de l'homme, encore une fois, *tout doit être justiciable*. Ces présupposés étant présentés, il s'agit de voir l'implication spécifique de la justiciabilité dans le principe d'autonomie démocratique ; ce point détermine l'objet de cette étude (§ 1). L'intérêt porté à cette analyse réside dans la nécessité d'une clarification des concepts structurant l'autonomie démocratique, et particulièrement au regard de la théorie constitutionnelle contemporaine (§ 2). Il s'agit ensuite de présenter la méthode qui guide le présent raisonnement (§ 3), pour enfin en déterminer la problématique d'ensemble (§ 4).

§ 1. OBJET DE L'ETUDE : une implication spécifique de la justiciabilité dans le principe d'autonomie démocratique

8. L'objet de cette étude part d'une interrogation sur le raisonnement syllogistique suivant : si la démocratie se définit par un principe d'autonomie et si la justiciabilité est présupposée comme étant une exigence et une garantie de la démocratie, alors la justiciabilité est un critère de la démocratie. Concept juridique concrétisant, de manière générale, le principe d'une garantie juridictionnelle effective des droits, il présente aussi une facette politique par sa contribution au processus démocratique. Il mobilise principalement les droits fondamentaux comme moyen d'autolimitation de l'État¹⁴². La justice, par la même occasion, devient un canal relationnel entre l'individu et l'État. Le point de départ figure dans une question rhétorique classique du constitutionnalisme moderne : « si la désignation populaire est accessoire et la législation populaire néfaste, que reste-t-il au grand nombre des citoyens pour influencer sur la législation de l'État de droit et ainsi se sentir un brin politiquement libre ? À vrai dire, une seule chose : la saisine, aux modalités variables selon le droit processuel en vigueur, du juge constitutionnel voire d'un juge supranational »¹⁴³. Dans son sens juridique, *lato sensu*, la justiciabilité est employée pour son utilité, à savoir, faire face à un problème¹⁴⁴. C'est en cela qu'elle est appréhendée comme un standard¹⁴⁵, formel en ce qu'il prescrit des moyens (des procédures), et réel en ce qu'il fait état d'un certain niveau de protection¹⁴⁶. Mais elle est plus largement imprégnée du paradigme droit-de-l'homme prescrivant un « droit de juger de son droit »¹⁴⁷. L'impératif d'effectivité de la protection des droits fondamentaux porte, en effet, le concept de justiciabilité en référentiel et en instrument de mesure des obligations découlant de l'État de droit, et de dépolitisation de la démocratie par le droit, comme forme de

¹⁴² « La formalisation dans les textes constitutionnels des droits fondamentaux est l'expression de l'auto-soumission de l'État au respect des droits et libertés. » MAGNON (X.), « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in BETAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Paris, LGDJ, Lextenso, IFR, coll. Actes de colloque, 2016, p. 38.

¹⁴³ RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, p. 42.

¹⁴⁴ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *Les cahiers de l'institut Louis Favoreu*, 2013, n° 2, p. 100. Pour une étude plus récente en ce sens, voir : BOUCOBZA (I.), « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12684>

¹⁴⁵ *Ibid.* Sur le concept de standard, voir par ailleurs : BLOUD-REY (C.), « Standard », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1439. ; RIALS (S.), *Le juge administratif et la technique du standard*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, p. 120.

¹⁴⁶ Voir, BIOY (X.), « Existe-t-il un standard de l'autonomie de l'individu ? », *Les cahiers de l'institut Louis Favoreu*, 2013, n° 2, p. 73.

¹⁴⁷ JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français, op. cit.*, p. 352.

gouvernement. En d'autres termes, elle devient un moyen de promotion et d'évaluation de la démocratie. Néanmoins, les implications de son association avec le principe d'autonomie démocratique, telle que prônée par le constitutionnalisme libéral, restent empruntées de confusions. Elle nécessite préalablement de convenir du sens de l'une et de l'autre afin de voir quelles sont leurs conditions de compatibilité. Il s'agit, tout d'abord, d'en établir la définition et le champ (A), pour ensuite évaluer son insertion dans la logique démocratique et mettre en évidence l'idée qu'elle implique une acception de l'autonomie entendue comme processus de correction par le droit (B).

A. Définition et champ du concept de justiciabilité

9. Méthode. Derrière un sens intuitivement et conventionnellement admis, comme la possibilité d'un droit à être mobilisé par son titulaire devant la justice, la justiciabilité peut se voir endosser de multiples significations. Elle a, en effet, fait l'objet de développements doctrinaux dans différentes disciplines juridiques¹⁴⁸ : en droit privé¹⁴⁹, en droit de

¹⁴⁸ Pour un aperçu interdisciplinaire, on peut évoquer la proposition de définition de la notion « d'injusticiabilité » par le professeur SERRAND. Appréhendée par la négative, celle-ci est assimilée, *stricto sensu*, à l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice. Voir, SERRAND (P.), « Introduction », in SERRAND (P.), SZWEDO (P.), *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Étude publiée en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Biblioteka Jagiellonska, 2018, p. 9. Pour plus de précisions, voir : Partie 1, Titre 2, chap. 1.

¹⁴⁹ ATIAS (C.), « Justiciabilité », in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 798-801.

l'environnement¹⁵⁰ et particulièrement en droits sociaux¹⁵¹. Par une méthode constructiviste, il s'agit de s'engager dans un processus de réflexion par l'abstraction permettant d'identifier un objet qui n'est pas directement ou aisément perceptible et (ou) descriptible en soi¹⁵². Plus concrètement, il n'est pas recherché d'identifier l'essence de l'objet à connaître (la justiciabilité), mais de proposer la construction d'un concept qui sert d'instrument de description de tout un phénomène juridique s'y rapportant ; et qui permet, de surcroît, d'expliquer les motifs d'inclusions ou d'exclusions de certains phénomènes au sein de ce même concept¹⁵³. Comme cela a été vu précédemment, la justiciabilité est un standard permettant de décrire et d'évaluer un régime juridique constitué d'un ensemble de garanties inhérentes à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Pour ce faire, elle stipule une certaine vision des droits

¹⁵⁰ Nous évoquerons ici la tentative de systématisation proposée par Guy BRAIBANT en raison de sa réception institutionnelle dans les travaux du Conseil d'État (CONSEIL D'ÉTAT, *Droit au logement, droit du logement*, Paris, La Documentation française, coll. EDCE, 2009, p. 310). La justiciabilité y est divisée en deux aspects. Premièrement, est formulée une justiciabilité *normative* (ou dite « indirecte »), intervenant dans le cadre d'un contentieux objectif où le juge peut garantir un droit seulement dans le cas où il est confronté à d'autres normes. Le juge se contente ici de statuer sur la conformité d'une norme inférieure par rapport aux normes supérieures. On peut citer, à titre d'exemple, le contrôle de constitutionnalité *a priori*. Cette justiciabilité normative est notamment utilisée pour illustrer le contentieux relatif aux « droits-créances », opposant notamment au législateur des normes constitutionnelles. Secondement, est proposée une justiciabilité *subjective* (ou dite « directe »), moins limitée que la première, supposant qu'une norme peut être directement invoquée devant un juge pour pallier un litige d'ordre individuel. La condition est que, dans ce cas, l'individu soit titulaire de droits subjectifs qu'il pourra invoquer devant un juge. Cela représente, par exemple, la situation dans laquelle un individu intente un recours pour excès de pouvoir contre un acte administratif dont il pourrait arguer d'un intérêt à agir. Voir, BRAIBANT (G.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001, pp. 46 et 85 ; BRAIBANT (G.), « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2003, n° 15, p. 160. On peut, tout d'abord, noter un problème terminologique par l'emploi du terme « normative » pour désigner la seconde sous-catégorie de la justiciabilité, qui laisserait sous-entendre que la justiciabilité subjective n'aurait pas ce caractère. De manière prosaïque, on peut opter sur le fait que les deux justiciabilités sont normatives, sans quoi, sur le plan juridique, elles ne seraient pas. Plus généralement, la distinction entre contentieux objectif et subjectif ne semble pas correspondre fidèlement à la réalité du contentieux contemporain, autant concernant la matière administrative qu'au regard de l'évolution du contentieux constitutionnel avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, lesquels tendent vers des modèles dits « hybrides ». Pour le contentieux administratif, voir : MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle archaïque ? », *JCP A*, 2005, n° 30-34, p. 1296 ; WOEHRLING (J.-M.), « Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux », *AJDA*, 2007, n° 33, p. 1777. Pour le contentieux constitutionnel, voir : SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Coll. de droit public comparé et européen, 2010, p. 21. La représentation de la justiciabilité en deux sous-catégories ne permet donc pas d'en avoir une vision d'ensemble.

¹⁵¹ Voir, Partie 1, Titre 2, chap. 1, sect. 1, § 2, A, 1.

¹⁵² EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, n° 11, p. 29.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 30. La démarche de définition consiste précisément, selon Charles EISENMANN, à cette opération d'inclusion et d'exclusion. « Définir, c'est — l'étymologie le dit — délimiter, c'est-à-dire séparer ; c'est situer et opposer pour "individualiser" ; cela ne peut donc se faire que sur des objets considérés comme ressortissant à des classes ou des catégories distinctes ; même si l'on entend traiter ensuite exclusivement l'une de ces classes ou catégories comme "en dedans", les autres comme "en dehors" de son champ intellectuel. » La présente méthode nécessite, préalablement, un travail de qualification des phénomènes d'ensemble généraux, puis plus spécifiques, faisant office de repérage qui, une fois effectué, conduit à une opération de catégorisation des éléments pertinents à retenir ou à exclure du concept à construire. Voir en ce sens, CUMYN (M.), « Les catégories et la qualification juridique : réflexion sur la systématisme du droit », *Les Cahiers du droit*, 2011, n° 3-4, p. 371.

fondamentaux et du sujet de droit. D'un côté, elle impose, comme standard d'effectivité des droits fondamentaux, la possibilité de contester ces derniers par le moyen de recours juridictionnels. De l'autre côté, elle prescrit une vision de la garantie des droits se voulant dépolitisée en présupposant que tout sujet titulaire de droits, indépendamment d'un quelconque statut politique, puisse être habilité à saisir un juge, et donc, prétendre au statut de « justiciable ». Pour délimiter ses contours, il s'agit donc de la définir par ses composantes¹⁵⁴ : elle prescrit cumulativement des droits justiciables, des sujets justiciables et des procédures juridictionnelles.

10. Les droits justiciables. La question de l'identification des droits justiciables prend sa source concomitamment dans l'universalisme droit-de-l'homme et dans la question de l'effectivité des droits fondamentaux¹⁵⁵. D'une part, il s'agit de partir du principe d'universalité tel que dégagé après la Seconde Guerre mondiale, selon lequel les droits sont inhérents à la personne humaine et transcendent de ce fait toute appartenance à une communauté politique. D'autre part, il convient de distinguer le concept de droit de l'homme fondé sur le précepte idéologique d'appartenance de droit à l'homme, de celui de droits fondamentaux, qui qualifie la concrétisation de cette idéologie en droit positif de façon à créer un système de normes spécifiques¹⁵⁶. D'une part, en tant que normes, ils forment des permissions d'agir¹⁵⁷ pour un titulaire de droit. Ils trouvent, soit dit en passant, leur origine dans la doctrine allemande des « droits publics subjectifs »¹⁵⁸, reléguée par la doctrine de l'État de droit comme des droits protégés par un degré élevé de normativité, en l'occurrence constitutionnels ou conventionnels. Sur le plan fonctionnel, ils présentent aussi bien une fonction subjective de revendication, qu'une fonction objective d'encadrement en limitant l'action des pouvoirs constitués¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Voir en ce sens, DELEUZE (G.), GUATTARI (F.), *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Les éditions de minuit, 1991, p. 21.

¹⁵⁵ La notion de « droits fondamentaux » fait l'objet de nombreuses réflexions et propositions théoriques. Nous nous concentrons ici sur la question de la justiciabilité de ces derniers. Sur la question de leur définition, nous renvoyons au développement dédié. Voir, Partie 1, Titre 2, Chap. 1, sect. 2.

¹⁵⁶ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 49.

¹⁵⁷ PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », in FAVOREU (L.) et alii., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2012, p. 75.

¹⁵⁸ La définition proposée par Ottmar BÜHLER, les qualifie en ce sens de « position juridique du sujet vis-à-vis de l'État, sur le fondement de laquelle il peut, sur la base d'un acte juridique ou d'une règle de droit contraignante édictée pour la protection de ses intérêts individuels dont il doit pouvoir se prévaloir vis-à-vis de l'administration, exiger quelque chose de l'État ou faire quelque chose à son égard ». BÜHLER (O.), *Die subjektiven Öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin, Stuttgart, Leipzig, roske, 1911, p. 224, cité et traduit par GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, op. cit., p. 283

¹⁵⁹ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, pp. 337-338.

D'autre part, « le choix politique de sélection de certains droits apparaît comme étant commandé par l'idée "d'effectivité" des droits fondamentaux. Par induction, l'effectivité est donc une caractéristique inhérente à la notion de droit fondamental »¹⁶⁰. Le caractère « justiciable » de ces droits prend alors sa source dans le passage de l'État légal à l'État de droit, où la notion de libertés publiques protégées par le législateur a laissé place à des « droits fondamentaux », hiérarchiquement supérieurs et opposables à ce dernier, dont il revient au juge d'assurer le contrôle et l'interprétation¹⁶¹. La justiciabilité traduit, autrement dit, par la garantie d'effectivité procédurale des droits fondamentaux ; l'acception « droit justiciable » signifie la qualité pour un droit fondamental d'être revendiqué devant un juge par son titulaire.

11. Les justiciables, sujets de droit. Le paradigme universaliste moderne, notamment inspiré par la doctrine de Hannah ARENDT et de son principe de « droit à avoir des droits »¹⁶², prescrit une vision dépolitisée du sujet de droit sous le référentiel de la personne humaine¹⁶³. Elle présuppose alors que tout sujet de droit puisse revendiquer ses droits en justice, au nom de son humanité¹⁶⁴ et non en vertu de son statut politique. Il s'agit là d'un élément décisif de la démocratie moderne, car, sous le référentiel du paradigme droit-de-l'hommiste de la démocratie, le *Demos* obéit par principe à une logique d'indifférenciation vis-à-vis du critère de souveraineté. Ce constat est d'autant plus remarquable qu'il est aujourd'hui largement consacré en droit positif¹⁶⁵. De là découlent deux éléments importants : le justiciable est un sujet titulaire de droit et, en tant que tel, son statut de titulaire n'est pas fondamentalement lié à sa

¹⁶⁰ MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2003, p. 7.

¹⁶¹ « *La participation de ces instances à l'effort d'identifications des droits fondamentaux est la marque de l'exercice d'une souveraineté qui vient se substituer à celle, déchu, d'un législateur en déficit d'activité depuis qu'a été achevé l'accomplissement de son office de consécration des libertés publiques* ». VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », in CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Dictionnaire Dalloz, 2010, p. 294.

¹⁶² ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, op. cit. p. 297.

¹⁶³ La Voir, Partie 1, Titre 1, Chap. 1.

¹⁶⁴ L'intérêt pour la présente étude de se concentrer sur les personnes physiques justiciables est motivé par les implications qu'elle génère sur le rapport entre l'individu et le pouvoir en démocratie. Il est, à ce titre, opportun que, si nous nous concentrons sur le statut de justiciable des personnes physiques, celui-ci implique aussi les personnes morales de droit privé et de droit public. Pour une étude sur le sujet, voir : DUPRE DE BOULOIS (X.) « Les droits fondamentaux des personnes morales », *RDLF*, 2011, chron. 15 et 17 ; *RDLF*, 2012, chron. 01. De manière plus générale, nous renvoyons à l'étude dirigée par le professeur CARTIER à l'occasion du projet « QPC 2020 », présentant une typologie exhaustive des différents types de justiciables. Concernant le contentieux QPC, on trouve parmi les personnes morales les associations, les entreprises et les collectivités territoriales. Pour une étude systématique et statistique, voir : CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2020, hors-série, pp. 79-96.

¹⁶⁵ Voir, Partie 1, Titre 1, chap. 1.

communauté politique d'appartenance. Plus précisément, le critère de citoyenneté ou de nationalité est insuffisant, car trop restrictif, pour appréhender l'identité du sujet de droit justiciable. L'identité de ce dernier renvoie premièrement à la distinction entre bénéficiaire et titulaire, dont le principal critère est celui de l'habilitation particulière allouée au titulaire de saisir un organe de contrôle tel que le juge¹⁶⁶. La catégorie de bénéficiaire comprend, autrement dit, toute personne identifiée comme destinataire de droits fondamentaux (permissions d'agir) par un ordre juridique, et celle de titulaire s'y insère et s'en distingue en désignant « l'ensemble des organes habilités à saisir l'instance juridictionnelle chargée du contrôle des normes de concrétisation des droits fondamentaux »¹⁶⁷. Ainsi, tout titulaire est bénéficiaire de droits, mais tout bénéficiaire n'est pas forcément titulaire ; le titulaire est un destinataire « actif »¹⁶⁸. De manière logique, tout justiciable est un titulaire, de même que tout titulaire est un justiciable potentiel. De plus, cette dépolitisation du statut de justiciable se remarque dans le droit positif, en droit supranational, par exemple, dans l'énoncé de l'article 6§ 1 de la Convention EDH, donnant possibilité à « toute personne » de faire défendre une atteinte à ces droits devant un juge et de bénéficier de garanties inhérentes au procès¹⁶⁹, de même que celui de l'article 47 de la Charte DFUE, accordant à « toute personne » le droit à un recours effectif et aux garanties d'un procès équitable¹⁷⁰. Schématiquement, donc, le justiciable est, par principe, indifféremment un citoyen, un national ou un étranger. Sous cette influence, le droit constitutionnel national tend également à suivre cette logique, comme l'illustre le principe dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993, selon lequel la garantie des droits fondamentaux est « reconnue à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »¹⁷¹. De manière plus éloquente encore, l'article 61-1 de la Constitution prévoit la

¹⁶⁶ « Une norme de droit fondamental est une donnée juridique complexe visant plusieurs ensembles de destinataires : elle attribue aux “bénéficiaires” des permissions, aux “titulaires” une permission qualifiée, l'habilitation de saisir le juge qui pourra annuler une norme valide fautive ou empêcher qu'un acte fautif devienne une norme valide, ou enfin sanctionner l'État auquel une norme ou un acte fautif serait imputable. » PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux en tant qu'objets juridiques », *op. cit.*, p. 96. Voir également, MODERNE (F.), « Les bénéficiaires ou titulaires de droits fondamentaux en France », *AJJC*, 1991, n° 7, pp. 237-284 ; REDOR-FICHOT (M.-J.), « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF*, 2002, n° 1, p. 94.

¹⁶⁷ PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁸ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, p. 98.

¹⁶⁹ Art. 6§1 ConvEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». Voir, par ailleurs, SUDRE (F.), « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, 1995, pp. 386-390.

¹⁷⁰ Art. 47, Charte DFUE : « Toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal [...] ».

¹⁷¹ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *précitée*, cons. 33.

possibilité pour « tout justiciable » de soulever une QPC pour contester la constitutionnalité d'une disposition législative. Les obligations constitutionnelles et conventionnelles précitées contribuent, par ailleurs, à faire des organes de l'État des *obligés*. Obéissant aux prescriptions posées par l'État de droit, les droits fondamentaux sont ici protégés par des procédures autant qu'ils prescrivent eux-mêmes l'existence de garanties procédurales. Dès lors, si la possibilité de saisir le juge n'est soumise à aucune condition statutaire de principe, elle ne signifie pas pour autant, au nom de l'universalité, une égalité générale et absolue entre les justiciables. Citoyens, nationaux, étrangers en situation régulière ou irrégulière sont sujets de droits fondamentaux, laissant ensuite place à une catégorisation des titulaires. Selon un schéma de cercles concentriques, si un noyau dur de droits est attribué par principe à tout sujet de droit (tel que le principe de dignité humaine¹⁷²), la titularité est ensuite octroyée selon une logique d'exclusion graduelle en fonction du statut du justiciable (citoyen, national, étranger, etc.)¹⁷³. En résumé, contrairement à la dichotomie originelle prenant sa source dans la Déclaration de 1789 entre *homme* et *citoyen*, la justiciabilité contribue à identifier des catégories de sujets de droit au regard du principe d'universalité par une catégorisation distincte selon différents « seuils de justiciabilité »¹⁷⁴.

12. La procédure juridictionnelle. L'exigence d'effectivité des droits fondamentaux, et par extension leur justiciabilité, doit s'accompagner d'une dernière condition : la garantie d'existence de procédures juridictionnelles. La justiciabilité, dans son opérationnalité, prend appui sur une question de procédure et y revient toujours. Il s'agit ici de distinguer la nature d'une telle procédure, pour ensuite préciser l'opportunité de sa fonction. Sur le plan formel, la procédure juridictionnelle peut se résumer à un ensemble d'habilitations pour des organes juridiques à saisir l'instance juridictionnelle, ou, autrement, dit un interprète officiel (un juge), c'est-à-dire un « organe disposant d'un statut spécifique le dotant d'une autonomie dont la fonction consiste non seulement à dire le droit selon une certaine procédure à l'occasion d'un litige, mais également à participer à la construction de la norme en lui conférant un sens »¹⁷⁵.

¹⁷² C'est notamment selon cette logique que le Professeur MATHIEU qualifie le principe de dignité humaine de « principe matriciel ». MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de “principes matriciels” en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 1995, n° 27, p. 211. Dans le même sens, MATHIEU (B.), « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *Recueil Dalloz*, 1996, n° 33, p. 282. Voir également, Partie 1, Titre 1, chap. 1, sect. 1, § 1, B., 2.

¹⁷³ Nous renvoyons ici au schéma proposé par Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC dans sa thèse. Voir, MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, p. 78.

¹⁷⁴ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, p. 799.

¹⁷⁵ DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.), « Propos introductif », *op. cit.*, p. 23.

Par suite, elle rassemble l'enchaînement des actes et des formalités devant conduire à la prise de décision par le cadre institutionnel du procès en justice¹⁷⁶. À cette définition doit être rajouté un questionnement sur la fonction que prend la procédure juridictionnelle. Elle concrétise, en effet, la qualité de standard que prend la justiciabilité en donnant pour référence un certain niveau de protection des droits¹⁷⁷ ; c'est là son aspect fonctionnel. Comme l'a proposé le professeur HOURQUEBIE, le degré de garantie assuré par les procédures s'articule autour de cinq points de référence : la structure du contentieux, le degré de subjectivisation des contentieux, l'articulation entre les contentieux de fondamentalité (principalement entre contrôle concret et abstrait, contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité), le degré d'accès effectif au juge et le degré procédure d'incorporation et de réception des normes de droit extra-national. Si les évolutions contemporaines des systèmes juridiques, sous l'influence du droit supranational, tendent vers l'émergence d'un « modèle universel de procès équitable »¹⁷⁸, elles se manifestent également par une diversification et une spécialisation croissante des types de recours¹⁷⁹. Par ailleurs, cette extension de l'accès à la justice et de la diversification des procédures juridictionnelles contribue à donner aujourd'hui une importance significative à la notion de justiciabilité en faisant de tout individu, dans des domaines de plus en plus variés, un justiciable potentiel. Enfin, au regard des éléments constitutifs de la justiciabilité précédemment définis, il s'agit de se concentrer sur le contentieux de fondamentalité, c'est-à-dire, celui visant à la protection des droits fondamentaux qui, par leur position hiérarchique, impliquent majoritairement la jurisprudence européenne et constitutionnelle. Ce cantonnement est justifié, d'une part, par l'autorité de décision, la position hiérarchique, les pouvoirs créateurs et de sanctions dont disposent le juge constitutionnel et les juges internationaux dans le paysage juridictionnel¹⁸⁰ ; et d'autre part, en raison du fait qu'ils

¹⁷⁶ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 102.

¹⁷⁸ GUINCHARD (S.) *et alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2021, p. 137.

¹⁷⁹ Cette tendance, largement constatée par la doctrine, s'explique par le développement croissant de l'impératif de protection des droits fondamentaux nationaux et internationaux et par la faculté et la liberté d'adaptation dont bénéficie le juge par rapport aux organes politiques. Comme l'énonce le Professeur OST, « les juges se sont vus attribuer, au cours de ces dernières décennies, un rôle de plus en plus central dans le réseau juridique : nombre de questions, non vraiment résolues par la loi, sont laissées, en définitive, à leur appréciation ; leurs compétences n'ont cessé de s'élargir en même temps que se multipliaient les recours de tous ordres, et enfin, bien entendu, des juridictions sont désormais habilitées à annuler ou délivrer ses brevets d'invalidité, non seulement à des normes administratives, mais également à des textes adoptés par des assemblées parlementaires ». OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 376. Voir également, SCHUTTER (O. de), *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, Bibliothèque de la Faculté de droit l'Université catholique du Louvain, 1999, 1164 p.

¹⁸⁰ Il est bien évidemment considéré que le contentieux des droits fondamentaux n'est pas strictement circonscrit à ces types de jurisprudences, les juges ordinaires ont par exemple l'occasion de consacrer de tels droits. Voir, VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », *op. cit.*, p. 287.

touchent les normes les plus élevées sur le plan hiérarchique, en l'occurrence la norme fondamentale et la loi. Par ailleurs, l'influence mutuelle entre le juge constitutionnel et les juges supranationaux¹⁸¹ ne peut être écartée dans une analyse de droit constitutionnel. L'opportunité de ce choix est guidée par la complémentarité de ces deux contentieux, lesquels assurent à la fois une fonction de garantie des droits à l'intérieur de l'État et contre l'État¹⁸². Le droit supranational, et particulièrement la jurisprudence européenne, contribue largement à enrichir un standard de justiciabilité en prenant appui sur les conventions. Cette contribution se matérialise par une diversification des droits justiciables, des titulaires de droits ainsi que des garanties procédurales, notamment sous la forme d'obligations positives incombant à l'État¹⁸³. Le droit constitutionnel, à son tour, sous l'égide de la justice constitutionnelle, implique directement la justiciabilité par l'ensemble des garanties procédurales constitutionnelles consacrées ou dégagées par le juge pour concrétiser le principe de garantie des droits. La justice constitutionnelle est ainsi l'élément essentiel du standard posé par le concept de justiciabilité. Héritée du modèle kelsénien, elle fait figure d'instrument de correction des défauts¹⁸⁴ visant à garantir la cohérence de l'ordre juridique par le respect du principe hiérarchique de validité normative¹⁸⁵. Elle est en ce sens « un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques »¹⁸⁶. Elle permet, par là même, la rationalisation du pouvoir politique en imposant le respect de la constitution à l'ensemble des activités des pouvoirs publics¹⁸⁷. Par ces attributions, elle se présente comme la procédure de

¹⁸¹ Face aux nombreuses productions, nous renvoyons à quelques réflexions synthétiques. Voir, MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2002, 792 p. ; SZYMCAK (D.), « L'eupéanisation des griefs d'inconstitutionnalité : les droits-garanties dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, pp. 259-263 ; SIMON (D.), « Dialogue des juges et droits de l'homme : en 2014, j'écris ton nom ? », *Europe*, 2014, repère 1 ; MAGNON (X.), « Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen ? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution », 2017, disponible à l'adresse : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725326/document>

¹⁸² BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸³ Voir, Partie 1, Titre 1, chap. 2, sect. 1, § 2.

¹⁸⁴ Concernant les origines doctrinales et les implications théoriques d'un tel principe, nous renvoyons aux réflexions proposées par le professeur HOCHMANN. Voir, HOCHMANN (Th.), « Les théories de la "prise en compte des défauts" et de l'"habilitation alternative" », in HOCHMANN (Th.), MAGNON (X.), PONSARD (R.) (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, coll. Le sens de la science, 2019, pp. 333-352.

¹⁸⁵ Pour une analyse sur la démarche de création du contrôle de constitutionnalité par Hans Kelsen, voir : VIALA (A.), « La cohabitation du savant et du politique dans l'œuvre de Kelsen », in HOCHMANN (Th.), MAGNON (X.), PONSARD (R.) (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, *op. cit.*, spéc. pp. 224-227.

¹⁸⁶ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) » *op. cit.*, p. 198.

¹⁸⁷ Il peut ici être fait référence à la définition détaillée proposée par le professeur HEUSCHLING distinguant la justice constitutionnelle *strictissimo sensu* comprenant le contrôle de constitutionnalité et ces principes, avec une norme de référence qu'est la Constitution, la norme objet du contrôle qu'est la loi et la sanction conduisant à l'abrogation ou non de ladite loi ; *stricto sensu* comme « l'ensemble des attributions des cours constitutionnelles » ; *lato sensu* comme tout type de contentieux où un juge s'emploie à appliquer ou interpréter des normes au regard de la Constitution, et *latissimo sensu* se référant à « toute procédures juridictionnelles portant sur la matière constitutionnelle ». HEUSCHLING (L.), « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in

contrôle par un organe habilité à contrôler le pouvoir politique dans les normes qu'il énonce en prenant pour référentiel toute ou parties des normes constitutionnelles. En résumé, le recours juridictionnel constitutionnel est ici appréhendé comme un « modèle qui tend à confier à un organe spécial le soin de résoudre des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution »¹⁸⁸.

13. L'identification des droits, des titulaires justiciables et des procédures constitutives du standard stipulé par le concept de justiciabilité permet à présent de mesurer quelle est son implication dans la logique démocratique. Il apparaît en ce sens que si la justiciabilité participe au principe d'autonomie démocratique, c'est à la condition d'y accorder une signification spécifique.

B. L'autonomie comme processus de correction par le droit

14. Le relativisme inhérent à la démocratie fait qu'il y a approximativement autant d'auteurs que de définitions sur cette forme de gouvernement, notamment dans la doctrine constitutionnelle¹⁸⁹. En tant qu'objet construit, elle répond néanmoins à un principe fondamental d'autonomie présupposant que les destinataires des décisions sont également ceux qui en sont, par une participation directe ou indirecte, à l'origine. En prenant en considération le principe d'autonomie comme référentiel systématique de la logique démocratique, il est alors nécessaire de rechercher les conditions dans lesquelles il est possible d'inclure la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Cette contribution au principe d'autonomie n'est *a priori* pas évidente. Elle appelle, de manière générale, à répondre à une interrogation formulée autrement : « jusqu'à quel point l'intérêt des justiciables commande-t-il une remise en cause des institutions, des législations et des procédures nationales ? » Pour ce faire, elle mobilise une définition de la démocratie *par le droit* selon laquelle « est démocratique tout régime dans lequel le souverain s'appelle peuple et auquel les décisions prises en forme de loi exprimant la volonté générale (voire en forme de Constitution) ou qui découlent d'elle comme certains actes

GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, thèmes et commentaires, 2005, p. 89.

¹⁸⁸ MAGNON (X.), « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une “juridiction constitutionnelle”, une “cour constitutionnelle” et une “cour suprême” ? Proposition de définition modale et fonctionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2014, p. 315.

¹⁸⁹ Pour un aperçu général, voir : PINON (S.), « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *op. cit.*, pp. 407-468.

d'exécution de cette volonté ou les décisions de justice qui sont prises en son nom, autrement dit lui sont imputées, ce qui, en droit, revient à dire que ce sont ses décisions »¹⁹⁰. Cette seconde alternative construit un certain type de participation, au regard d'une certaine fonction. Par le prisme de la justiciabilité, il est tout d'abord présupposé une acception du principe d'autonomie principalement orientée vers une participation à la correction du droit auquel est soumis le justiciable. La répercussion démocratique concrète de ce mécanisme procédural se situe ensuite autour d'un phénomène de rétroaction négative sur l'ensemble de l'ordre juridique.

15. Une constante : le principe d'autonomie. Quels que soient les aménagements ou les compromis opérés à un moment donné, le référentiel constant d'identification de la démocratie demeure l'autonomie, concrétisée par des mécanismes d'autogouvernement¹⁹¹. De manière générale, en effet, l'autonomie démocratique exige sous sa forme idéale « l'identité du sujet et de l'objet du pouvoir »¹⁹². Dans son acception juridique formelle *stricto sensu*, elle est une forme de gouvernement entendue comme « méthode de production normative ; [...] celle qui associe les destinataires à cette production et constitue par conséquent un mode “autonome” de création du droit »¹⁹³. De là ressort son élément fonctionnel. Dans *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Hans Kelsen entend que cette forme « pure » se conçoive néanmoins via des compromis pratiques sur les formes de participation à employer (représentation directe ou indirecte), de façon à rendre l'exercice du pouvoir le plus fidèle à cet impératif¹⁹⁴. Il en découle une approche plus matérielle, laquelle se concentre sur les procédés à employer. Dans une perspective plus juridico-politique, comme a pu le proposer Ernst-Wolfgang Böckenförde, ces compromis permettent d'aboutir à un exercice du pouvoir le plus démocratique possible¹⁹⁵.

¹⁹⁰ DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 154.

¹⁹¹ L'autonomie est ici considérée comme un objectif politique. Elle présuppose que l'autonomie de la collectivité est impossible sans l'autonomie des individus qui la composent et inversement. Elle est rendue effective en assurant l'autogouvernement de la société par l'instauration de différentes procédures de participation. L'autogouvernement est donc ici entendu comme un moyen privilégié d'autonomie. Voir en ce sens, CASTORIADIS (C.), « La démocratie comme régime et comme procédure », *op. cit.*, p. 274.

¹⁹² Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹³ PFERSAMNN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, p. 165 ; Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2^e éd., 1999, spéc. pp. 285-310.

¹⁹⁴ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, pp. 57-66.

¹⁹⁵ La réflexion du juriste allemand se fonde, à ce propos, et *a contrario* de la pensée libérale classique, non pas sur une séparation de la société et de l'État, mais précisément sur leur unité. L'autonomie de la communauté politique ne peut ainsi se comprendre et ne peut se réaliser qu'en postulant cette inséparabilité. Comme l'explique le professeur JOUANJAN, « dans la mesure où même l'État est la condition de la société libre, la société libre est la condition d'une libre volonté politique dans l'État ; dans la mesure où l'État est la condition des droits et des libertés de l'homme, de l'individu, la société est la condition de la liberté du citoyen, de l'effectivité de son droit de participation politique. Et tout se joue dans la

En ce sens, ce dernier identifie, par exemple, cinq critères inhérents au principe démocratique : « le peuple, détenteur du pouvoir d'État », « l'autodétermination et autogouvernement du peuple », « l'égalité des droits politiques de participation », « l'organisation de procédures de représentation », par le biais du « système de la décision majoritaire »¹⁹⁶. Ainsi, que l'autonomie serve tantôt à décrire la démocratie en tant que forme de gouvernement en se concentrant sur un prisme strictement normatif, ou qu'elle soit l'occasion de prescrire certains moyens et procédures propices à sa réalisation¹⁹⁷ (en présentant généralement les conditions d'une autonomie politique), elle demeure un élément à la fois constant dans son principe et malléable dans son interprétation.

16. La participation par la correction du droit. « Le problème de la démocratie est de plus en plus identifié sous le thème de l'autogouvernement, et le progrès de la démocratie à l'extension des champs où la méthode de l'autogouvernement est mise à l'épreuve »¹⁹⁸. Cette mise à l'épreuve résulte d'une certaine appréhension de l'État de droit comme « marqueur démocratique »¹⁹⁹. À son service, les obligations constitutives de la justiciabilité prennent la forme d'une garantie d'autolimitation de l'État ; cette dernière étant « une condition de pensabilité de l'ordre juridique – elle doit permettre de penser le droit dans une “dialectique de reconnaissance” dans l'intersubjectif »²⁰⁰. Autrement dit, elle impose une vision normative de l'autonomie²⁰¹, de sorte que, par la possibilité de contester leurs droits en justice, les justiciables peuvent « se concevoir à tout moment comme les acteurs du droit auquel ils sont soumis en

représentation comme forme de la médiation entre l'État et la société». JOUANJAN (O.), « Présentation », in BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Réunis, traduits et présentés par Olivier Beaud, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2000, p. 37.

¹⁹⁶ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 278.

¹⁹⁷ DEROSIER (J.-Ph.), « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Actes de la journée d'études du 4 décembre 2009 organisée par l'Association française de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp. 107-116.

¹⁹⁸ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁹ HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 183.

²⁰⁰ JOUANJAN (O.), « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », in VIALA (dir.), *La Constitution et le temps*, V^e séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002, Lyon, Hermès, 2003, p. 322.

²⁰¹ Cette autonomie normative est, comme le démontre Jürgen HABERMAS, inévitablement liée au paradigme de l'État de droit. En ce sens, « du point de vue de la théorie du droit, les ordres juridiques modernes ne peuvent tirer leur légitimation que de l'idée d'autodétermination ; en effet, il faut que les citoyens puissent se concevoir à tout moment comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires ». HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. Essais, 1997, p. 479.

tant que destinataires »²⁰². De ce point de vue, « l'idéal démocratique reste celui du self-government ou gouvernement du peuple par lui-même, mais la plus grande liberté des citoyens se réalise bien lorsqu'est efficacement réalisée la résistance au pouvoir, la possibilité de le contester et de le limiter »²⁰³. C'est ainsi que la justiciabilité se présente comme construite par et pour la démocratie constitutionnelle et (ou) la démocratie des droits de l'homme, en rapprochant cette conception de l'autonomie à la juridictionnalisation du droit. Se retrouvent alors les trois composantes de la justiciabilité. Premièrement, elle prend en compte une vision instrumentale des droits de l'homme comme droits justiciables par leur « fonction de relais qu'elles assurèrent entre l'individu et l'État, entre l'intériorité l'individu et le pouvoir extérieur et contraignant de l'État »²⁰⁴. Deuxièmement, elle assimile les destinataires des normes à des justiciables potentiels qui, selon le cadre conceptuel dépolitisé de l'universaliste contemporain, sont des titulaires de droits appartenant, ou non, à la communauté nationale. Troisièmement, la participation par la revendication exige une « procéduralisation » du droit, permettant un lien procédural rapprochant les organes producteurs de normes et les destinataires²⁰⁵ et impliquant un tiers interprète théoriquement — telle est la condition insurmontable de l'État de droit²⁰⁶ — « impartial et désintéressé »²⁰⁷. Dans cette perspective, et par syllogisme, « dans la mesure où le juge est l'un des artisans de la fabrication du droit, accéder au juge permet non seulement de rétablir un droit éventuellement mis à mal, mais également d'en préciser le contenu, c'est-à-dire, de donner sens au droit concerné »²⁰⁸. En accord avec les préceptes de la démocratie constitutionnelle, autant par le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* que par le recours au juge supranational, s'instaurent des mécanismes de participation à la prise de décision en marge des voies classiques et institutionnalisées de représentation et du referendum²⁰⁹. Autrement dit, si la participation politique classique fonctionne selon un processus partant du citoyen, exerçant son droit de suffrage pour élire un représentant à intervalles prédéfinis, ce dernier étant habilité à produire du droit, la participation dont il s'agit

²⁰² CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 137.

²⁰³ TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 6^e éd., 2003, p. 211.

²⁰⁴ FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁵ « La procéduralisation du droit consiste en substance à rapprocher les autorités administratives des destinataires des normes, voire à assurer la participation de ces derniers à la détermination des normes auxquelles il est soumis ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁶ JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁷ Selon la formule popularisée par Alexandre KOJEVE. Voir, KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 192. Voir, Partie 2, Titre 2, chap. 1.

²⁰⁸ DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.), « Propos introductif », *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁹ Voir, FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « Introduction. Globalisation des droits fondamentaux et exceptionnalisme », *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, 2013, n° 2, pp. 5-9.

ici, se base sur une temporalité et un schéma procédural différents où le justiciable exerce son droit au recours à tout moment, saisi un juge, lequel rend une décision ayant autorité de chose jugée et, le cas échéant, créant du droit en fonction de l'opportunité du cas d'espèce²¹⁰. En résumé, le principe de participation qui en découle est donc basé sur une démarche de correction du droit présumé fautif auquel un justiciable est soumis. Par ses caractéristiques, *a contrario* de la participation politique, elle est une participation qui prend une forme négative²¹¹. Un tel constat a, par exemple, été particulièrement mis en lumière avec le contentieux de la QPC qui, à l'occasion d'un procès, permet de se saisir de la Constitution. « Juridictionnalisée, désynchronisée du débat parlementaire, la décision QPC est imputée au législateur perpétuel et impersonnel et non à un législateur actuel et politique »²¹². Il s'agirait alors d'une nécessité propre au système juridique actuel. Comme l'a rappelé le Conseil d'État dans son étude annuelle en 1991 sur la *sécurité juridique*, « la durée de vie des lois est en constant raccourcissement ; c'est que, débattues avec une hâte excessive, les malfaçons dont elles sont porteuses imposent des rectifications »²¹³. Symptôme de la modernité juridique donc, l'accès à l'autonomie est appréhendé selon une méthode par itération²¹⁴.

17. Le phénomène de rétroaction négative. Cette acception spécifique de la participation doit à présent être insérée au sein d'une certaine conception de l'État et de la Constitution. Le phénomène mis en avant s'apparente alors à un système de rétroaction négative, qui est ici entendu comme l'action en retour d'un système qui, par réaction en chaîne, aboutit à des changements de paramètres et conduisant à un rééquilibrage ou à l'atténuation d'une perturbation présente dans un système originaire²¹⁵. Appliquée au système juridique, cette

²¹⁰ Voir, Partie 2, Titre 1, chap. 2, sect. 1.

²¹¹ Voir, Partie 2, Titre 1.

²¹² BONNET (J.), « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, p. 109.

²¹³ CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1991, p. 169.

²¹⁴ Par analogie au langage mathématique, l'itération est ici entendue comme une méthode de résolution d'une équation par approximations successives. La temporalité traditionnelle de la démocratie décrite par les intervalles électoraux, et plus largement, concernant la production du droit est ainsi bouleversée. Comme l'exprime le professeur OST, « nous vivons dans une formidable inversion temporelle qui nous aurait à la fois détachée de la puissance intégratrice du passé (la tradition) et éloignée de la capacité mobilisatrice de l'avenir (le projet) : notre univers est celui des programmes courts, des changements perpétuels de normes et des stimulations à expérimenter sans attendre toute suggestion nouvelle ». OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 275.

²¹⁵ Il s'agit là d'un principe mobilisé en théorie des systèmes dans de nombreuses disciplines comme en biologie, en physique, ou en économie. Sa formalisation est notamment issue de la *théorie quantitative de la rétroaction* proposée par Isaac HOROWITZ. La signification qui en est donnée pour le présent raisonnement ne prétend à aucune analogie ; elle se contente simplement d'en reprendre le terme et la logique générale, pour proposer une manière de comprendre un phénomène au sein de l'ordre juridique. Par ailleurs, pour un aperçu général de son utilisation,

logique se base, en toile de fond, sur une vision politique supposant que les diverses revendications subjectives portées devant le juge contribuent, par répercussion, à la correction « des défauts » et à l'évolution du droit objectif. Pour en donner une illustration, elle rappelle la thèse axiologique du conflit positif proposée par Rudolf von JHERING, dans son ouvrage *La lutte pour le droit* qui, au regard d'une certaine éthique du droit, présente le principe selon lequel : « *mon droit est le droit ; dans mon droit, c'est le droit qui est lésé et défendu* »²¹⁶. Dans une perspective plus positiviste, un raisonnement peu ou prou similaire est repris dans la théorie allemande de l'autolimitation, au service d'une vision fonctionnelle des droits fondamentaux, aux termes de laquelle « les usages de ces droits sont envisagés d'après leur intérêt objectif pour le processus démocratique »²¹⁷. Dans un aspect plus spécifique, également, la théorie kelsénienne de la justice constitutionnelle et du législateur négatif tend à associer les pouvoirs du juge constitutionnel à ce phénomène. Comme l'explique le juriste autrichien, « pour autant que l'on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-là ne crée que des normes individuelles [...]. [Or] annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative »²¹⁸. Si ces quelques constats permettent de montrer que la participation par la correction du droit est omniprésente dans la pensée juridique de l'État de droit, il apparaît opportun d'en formaliser le cadre conceptuel. À l'instar d'Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, il est question d'associer l'État à une « unité organisée d'action » qui « donne et maintient au profit de la société l'ordre (juridique) de celle-ci, agit en son sein et lui assure certaines prestations. La société, c'est-à-dire les individus pris isolément et dans leurs groupements, est de ce fait intéressée à la manière

voir, par exemple : SIMON (H. A.), *Science des systèmes. Science de l'artificiel*, trad. J.-L. Le Moigne, Paris, Dunod, 1991, 464 p. ; BERTALANFFY (L. von), *Théorie générale des systèmes* (1973), trad. J.-L. Chabrol, Paris, Dunod, 2012, 308 p. ; DURAND (D.), *La systémique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 12^e éd., 2013, 127 p.

²¹⁶ JHERING (R. von), *La lutte pour le droit*, présentation d'Olivier Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006, p. 65 (souligné par nous). Dans le même sens, celui-ci précise que, « *Dans mon droit, c'est le droit tout entier qui est violé et contesté ; c'est lui qui est défendu, soutenu et rétabli. Quelle haute importance acquiert ainsi la lutte de l'individu pour son droit ! Et combien cet intérêt idéal, parce qu'il est général, est au-dessus de la basse région du pur individualisme, des intérêts, des desseins égoïstes et des passions personnelles, dans lesquels l'ignorant voit les seuls mobiles de la lutte pour le droit* ». (*Ibid.*, p. 62).

²¹⁷ JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n° HS, p. 44. Pour une synthèse sur la question, voir également : GAILLET (A.), « La constitution – au tournant des XX^e et XXI^e siècles », *Trivium*, 2019, n° 30, mis en ligne le 18 décembre 2019. Disponible à l'adresse : <http://journals.openedition.org/trivium/6882>.

²¹⁸ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, pp. 224-225.

dont les décisions de l'État sont prises ainsi qu'à leur contenu »²¹⁹. Contrairement à la doctrine libérale classique, cette vision s'oppose à la scission entre État et société, en présupposant, selon une « analogie organiciste »²²⁰, que l'État est condition de la société, autant que la société est condition de l'État²²¹. La garantie de cette unité est assurée par une répartition des tâches au sein de l'ordre juridique, dont la représentation politique, comme garantie première d'unité de la communauté, est un premier impératif de médiation entre la société et l'État. Dès lors, l'ordre juridique maintient une relation de réciprocité. « Ce lien relationnel doit être défini comme un rapport réciproque (de nature dialectique) sur la base d'une distinction et d'une séparation organisationnelle »²²². Mais cette relation s'opère également par l'octroi de droits fondamentaux, pour les individus, ainsi que des procédures destinées à les garantir ; l'idée étant que l'actualisation constante de cette unité d'action soit équilibrée entre les revendications collectives et individuelles. La Constitution fait alors office d'acte organisateur, unificateur et « d'autoréflexion par lequel un peuple se constitue en État »²²³. Ce lien de réciprocité est par suite garanti par « la détermination (constitutionnelle) du genre, de la forme procédurale et de la limitation de l'influence que prend la société sur l'État »²²⁴. Autrement dit, à une demande de plus de protection des droits fondamentaux, est renvoyée une réponse des pouvoirs publics de plus de garanties de ces droits. Ainsi sont identifiés les citoyens membres de la nation, ou plus largement les sujets de droits justiciables, et les procédures, avec pour exemple principal, le contrôle de constitutionnalité comme garantie de fonction de régulation démocratique allouée aux droits fondamentaux. Par cette approche de l'État de droit démocratique, l'enjeu est de trouver, dans la Constitution, un équilibre entre le droit objectif et les droits subjectifs, ou entre les intérêts de la communauté et les sphères d'autonomie propres à chaque individu (ce que préconisait déjà Benjamin CONSTANT²²⁵, et qui se retrouve dans les errements subjectivistes de la démocratie moderne). Si ce dernier mouvement tend à provoquer un phénomène de dépolitisation au nom de la garantie des droits, c'est précisément dans le sens où il fait primer

²¹⁹ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 186.

²²⁰ *Ibid.*, p. 120.

²²¹ « L'État et la société ne sont donc pas deux associations ou êtres collectifs, tous deux fermés et isolés l'un de l'autre. L'État est au contraire une unité de décision et une organisation de domination politique pour une société (ou, si l'on veut, "sur" elle) ; il se trouve pris dans un réseau de relations nécessaires et multiple de réciprocité avec celle-ci sans pour autant cesser d'être distingué et dissocié aux plans de l'organisation et du fonctionnement ». *Ibid.*, pp. 184-185.

²²² *Ibid.*, p. 186.

²²³ JOUANJAN (O.), « Ce que "donner une constitution à l'Europe" veut dire », *Cités*, 2003, n° 13, p. 28.

²²⁴ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 187.

²²⁵ CONSTANT (B.), « De la liberté des Anciens comparée à celles des Modernes », op. cit., p. 612.

la thèse de la scission société/État plutôt que celle d'une « unité organisée d'action », plus conciliatrice, qui voit dans la Constitution non exclusivement un ensemble de garantie de droits, mais un acte politique unificateur. Mais rien n'empêche alors d'inclure la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans une vision autoréflexive du pouvoir. « Si la société civile moderne n'est plus immédiatement politique, elle doit cependant l'être médiatement. La séparation entre État et société civile ne peut être que relative, car l'État est l'État d'une certaine société et une société civile, une société assujettie à un certain État. Le problème de la scission devient donc le problème fondamental de la médiation »²²⁶. C'est ici cette médiation par la participation à la correction du droit, et à l'évolution du droit lui-même, notamment du pacte constitutionnel, qu'il s'agit de reconsidérer.

18. De manière assez courante aujourd'hui, c'est par exemple ce qui conduit certains auteurs à considérer le juge constitutionnel comme « une sentinelle qui alerte et informe le pouvoir politique de la teneur des revendications du peuple et au besoin désavoue le pouvoir politique lorsque le pacte constitutionnel est violé »²²⁷. Si imparfaite soit-elle sous certains aspects, cette médiation doit néanmoins être prise en compte dans le processus démocratique, en ce qu'elle génère une nouvelle temporalité dans l'exercice du pouvoir et la détermination du vivre-ensemble²²⁸. Depuis plusieurs décennies, la théorie constitutionnelle semble partagée entre l'émancipation de la vision contentieuse de la Constitution, et une vision plus politique et critique envers le subjectivisme. La tension contemporaine entre l'Un et le Multiple se retrouve ainsi dans la dogmatique juridique à travers le dilemme de la procéduralisation et de la re-substantialisation de la constitution, et par extension, de la démocratie.

²²⁶ JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », *op. cit.*, p. 16.

²²⁷ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 121.

²²⁸ Comme le note le professeur OST, la subjectivisation et la pluralisation des procédures de participation à la correction du droit génèrent une accélération du temps démocratique. « *Nous vivons dans une formidable inversion temporelle qui nous aurait à la fois détachée de la puissance intégratrice du passé (la tradition) et éloignés de la capacité mobilisatrice de l'avenir (le projet) : notre univers est celui des programmes courts, des changements perpétuels de normes et des stimulations à expérimenter sans attendre toute suggestion nouvelle* ». OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 275.

§ 2. INTERET DE L'ETUDE : une clarification des concepts structurant l'autonomie démocratique au sein de la théorie constitutionnelle

19. La démocratie constitutionnelle contemporaine peut être perçue comme étant en mal avec les principes qu'elle mobilise pour se construire et se pérenniser. L'évolution de la conjoncture juridico-politique opérée tout au long de la seconde moitié du XX^e siècle a amené à repenser certains concepts cardinaux comme la souveraineté, le peuple, ou la Constitution. En toile de fond, comme le démontre Norberto BOBBIO, c'est la notion traditionnelle de « corps politique » qui est rendue obsolète. En effet, annonce-t-il, « la proclamation des droits de l'homme a comme coupé en deux le cours de l'histoire de l'humanité en ce qui concerne la conception du rapport politique »²²⁹. Le convertissement libéral de l'État moderne est principalement responsable du changement de référentiel de l'Un incarné dans la communauté politique vers l'Un centré sur l'individu sujet de droits²³⁰. Sous cet angle, le pouvoir incarné dans le corps politique s'effrite : la souveraineté se déporte vers les conventions internationales, les décisions entre des juges, nationaux ou internationaux ; les revendications sont portées individuellement par les individus, etc. Par ce glissement, la représentation du corps politique, autosuffisante jusqu'alors pour garantir l'identité de l'État et donc du pouvoir, fait face à la question d'une reconstruction par une repolitisation²³¹, au nom des droits fondamentaux des membres de ce même corps²³². Le changement de cadre du corps politique renouvelle sans

²²⁹ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 95.

²³⁰ GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, op. cit., pp. 487-632.

²³¹ L'idée de repolitisation implique *lato sensu* une alternative à la participation par le suffrage et à la question représentation du corps politique par le biais du mandat. Elle prend ici en considération une forme de participation à la politique entendue comme « *activité collective qui se veut lucide et consciente, et qui met en question les institutions existantes de la société* ». Elle se distingue, pour le présent raisonnement, du politique, qui entoure plus largement l'ensemble des décisions d'ordre collectif déterminant une certaine forme d'exercice du pouvoir. Dès lors, si le politique opère au sein de toute forme de pouvoir au sein d'une société, l'invention de la démocratie a accompagné — telle est l'apport fondamental du monde grec — celle de la politique, en construisant une forme de pouvoir en commun. Sur cette distinction, voir : CASTORIADIS (C.), *Démocratie et relativisme*, op. cit., p. 46-47. Par suite, l'idée de repolitisation suppose ainsi un réinvestissement de la politique sous des formes actualisées au regard de la situation de la démocratie contemporaine. En cela, la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux par les individus justiciables est considérée comme une forme de mise en question des institutions de la société, et contribue *in extenso* à une forme d'exercice de pouvoir démocratique. Autrement dit, la spécificité de ce processus réside ici dans le fait qu'il prend la forme d'une re-politisation *par le droit*. Il est présupposé que la qualité « politique » d'un droit peut s'apprécier, d'un point de vue fonctionnel, dans le sens où celui-ci permet aux sujets de droits de participer à la correction de ce même droit. Encore une fois, celle-ci présuppose que la contestation des droits en justice contribue *in fine* au principe d'autonomie démocratique par son implication à la correction et à l'évolution du droit dans son ensemble.

²³² Comme le note, par ailleurs, le professeur HUMMEL, « *Le discrédit de la notion est donc le symptôme d'une crise plus profonde qui est désormais celle de l'impossible représentation du corps politique* ». HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 32.

cesse la réflexion, et amène constamment à revenir sur des questions fondamentales²³³. Qu'elle soit félicitée ou au contraire déplorée, cette tendance s'accompagne d'un des grands débats sur la démocratie contemporaine, et particulièrement en ce qui concerne la théorie constitutionnelle, car ce changement de perspective est aussi générateur d'incertitudes (A) ; l'identité de cette dernière en tant que régime politique serait réduite à un corpus de procédures²³⁴. Depuis l'avènement du droit constitutionnel jurisprudentiel, c'est-à-dire de la justiciabilité de la Constitution, et d'autant plus depuis l'entrée en vigueur de la QPC, la question de l'individualisation de la Constitution a été matière à penser pour la doctrine en opposant schématiquement une vision contentieuse de la Constitution à une vision plus politique et institutionnelle²³⁵. Cette controverse opposant un certain « néo-constitutionnalisme » à la doctrine du droit politique est ici l'opportunité de pointer les problèmes inhérents à l'analyse de la démocratie en tant qu'objet de connaissance (B), pour ensuite apprécier d'éventuelles perspectives de renouvellement ou de conciliation (C).

A. Les incertitudes : une redéfinition des concepts cardinaux de la démocratie

20. La construction de la démocratie par les droits de l'homme, ou par les droits fondamentaux garantis par la Constitution s'est, en quelque sorte, opérée en inversant la logique démocratique, telle qu'elle a été pensée après la Révolution. À ce titre, elle « met en conflit l'inflation des droits subjectifs d'un individu de mieux en mieux protégé dans sa sphère d'autonomie et le recul démocratique d'un citoyen de moins en moins apte à maîtriser le cours de son existence collective »²³⁶. L'affirmation progressive de l'État libéral a, en effet, nécessité de composer avec, au moins, deux logiques *a priori* paradoxales. D'une part, il s'agit non plus de considérer que la fondation de la communauté se construit autour d'une unité rassemblée au sein de la Constitution, mais plutôt de refonder le lien collectif par le biais des revendications individuelles sur la base des droits de chacun. D'autre part, il en découle la nécessité de démocratiser la Constitution en faisant appel au tiers impartial incarné dans le juge. Autrement dit, la « repolitisation » de la démocratie par les droits fondamentaux appelle à une

²³³ LE DIVELLEC (A.), « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro Constitutionnalisme, 2018, p. 106.

²³⁴ Voir, CASTORIADIS (C.), « La démocratie comme régime et comme procédure », *op. cit.*, pp. 267-292.

²³⁵ Voir, sur ce point précis, DELCAMP (A.), « Après le triomphe du “droit constitutionnel jurisprudentiel”, peut-on encore “penser” les institutions », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 865-877.

²³⁶ VIALA (A.), « Avant-propos », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, p. 3.

dépolitisation, entendue comme distanciation vis-à-vis du pouvoir politique et des « sphères des affrontements partisans » en optant pour le choix d'un intermédiaire indépendant²³⁷. Ces nouvelles fictions légitimantes génèrent, néanmoins, des pertes de repères ; *bis repetita*, les concepts restent les mêmes, leurs usages changent. Ainsi, « à l'heure où les sociétés sont menacées d'éclatement et où ce principe d'unité est devenu introuvable dans une réalité irrémédiablement multiple, la constitution, entendue comme un acte propre à exprimer l'unité d'un corps social et politique [...] est frappée d'incertitude »²³⁸.

21. Promouvoir l'individuel pour refonder le collectif. Cette conception caractéristique de la modernité juridique, prônant comme impératif de démocratisation l'octroi de droits fondamentaux à une pluralité de plus en plus diversifiée de sujets de droit, est soutenue par une démarche stipulant l'autonomie de l'*un* possesseur de droits pour aboutir *in fine* à l'autonomie du *tout*. Ainsi est-il entendu que la promotion de la liberté individuelle se meut en une forme de production sociale au service de la communauté. Issue d'un processus historique de sécularisation, la pensée politique libérale prend l'individu comme source et fin du pouvoir²³⁹, allant jusqu'à véhiculer la vision conflictuelle de « l'individu contre l'État » telle que l'a par exemple mise en avant SPENCER²⁴⁰. De cette vision découle le penchant inévitablement individualiste du libéralisme²⁴¹. « Sans individualisme, il n'y a pas de libéralisme »²⁴² ; aussi la modernité ne peut concevoir de société sans processus de particularisation²⁴³. Sous des fondements jusnaturalistes, cette question traverse les époques depuis l'épanouissement de la doctrine classique. Se retrouve, par exemple chez John Stuart MILL, la grande question des modernes : « quelle est donc la juste limite de la souveraineté de l'individu sur lui-même ? Où commence l'autorité de la société ? Quelle part de la vie humaine revient-elle à l'individualité,

²³⁷ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2008, p. 354.

²³⁸ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 32.

²³⁹ GAUCHET (M.), *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, coll. Folio/essais, 1985, spéc. pp. 317-392.

²⁴⁰ SPENCER (H.), *L'individu contre l'État*, Paris, Manucius éditions, coll. Le philosophe, 2008, 146 p.

²⁴¹ Comme l'a proposé Marcel WALINE, l'individualisme juridique se décline sous trois formes. Il peut d'abord désigner « un système où l'on admet que l'individu est la seule fin de toutes les règles de droit, la cause finale de toute activité juridique des institutions, notamment l'État. En second lieu, on pourrait qualifier ainsi un système d'après lequel l'individu serait la source des règles de droit ou des situations juridiques, ou d'une partie d'entre elles. Enfin, on pourrait concevoir que l'individualisme juridique désignât un système où la législation subit l'influence de l'individualisme politique et consacre des institutions directement et exclusivement profitables à l'individu, et c'est peut-être en ce sens qu'on le prend le plus souvent dans le langage courant ». WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 27.

²⁴² BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, op. cit., p. 21.

²⁴³ Voir à ce propos, ÉLIAS (N.), *La société des individus*, Paris, Fayard, coll. Pocket, 2012, p. 103.

quelle part, à la société ? »²⁴⁴ À ce fameux dilemme est alors imposé un libéralisme du sujet en réaction à l'Ancien régime, entendant délimiter une sphère privée infranchissable pour la puissance publique²⁴⁵ et réfutant l'idée d'une souveraineté illimitée²⁴⁶. S'opère ainsi une déconstruction du droit objectif ancien, afin de refonder une nouvelle conception de l'ordre juridique, et plus largement du rapport politique au pouvoir, basée sur les droits subjectifs. En effet, si à l'origine la garantie des droits subjectifs a été conçue comme une forme de reconstruction du droit objectif en proclamant l'inhérence des droits subjectifs de l'homme en même temps que l'immanence souveraine de la loi positive exprimée par le législateur, ce n'est qu'ensuite, avec l'affaiblissement de la démocratie parlementaire, que s'impose progressivement une « reconstruction par le dépassement de la loi »²⁴⁷.

22. Cette nouvelle forme de progrès s'arrime à un éloge de la variété, où la diversification des actes de jugements émanant de citoyens éduqués et éclairés contribue à un processus de perfectionnement mutuel, réimpliquant les individus sous le prisme d'un consentement critique et prévenant les risques d'un État trop présent²⁴⁸. « Le procès que l'individu peut faire face à la puissance publique constitue l'un des aboutissements remarquables de ce constitutionnalisme : il naît du pari que le droit est capable de domestiquer la puissance »²⁴⁹. Aussi cette idéologie de type « garantiste »²⁵⁰ replace-t-elle la Constitution en acte de défiance²⁵¹ envers le pouvoir politique et vise *in extenso* à contrebalancer l'objectivation générée par les fictions inhérentes à

²⁴⁴ MILL (J.-S.), *De la liberté*, trad. L. Lenglet, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2014, p. 176.

²⁴⁵ JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 13.

²⁴⁶ Voir, CONSTANT (B.), « De la souveraineté du peuple », in *Écrits politiques*, op. cit., pp. 310-321.

²⁴⁷ VIALA (A.), « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 237.

²⁴⁸ Cette perspective, véhiculée par CONSTANT en France, se retrouve également en Allemagne chez Wilhelm VON HUMBOLDT, notamment dans sa critique de l'État providence. Selon lui, « c'est précisément la diversité naissant de l'union de plusieurs individus qui constitue la plus grand bien que puisse donner la société ; et cette diversité décroît dans la mesure de l'ingérence de l'État ». HUMBOLDT (W. von), *Essai sur les limites de l'action de l'État*, trad. H. Chrétien et révisé par K. Horn, Paris, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2004, p. 36.

²⁴⁹ GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, op. cit., p. 3.

²⁵⁰ « La problématique de type "garantiste" met l'accent non pas sur l'amont du processus politique (la représentation comme participation médiatisée au pouvoir), mais sur son aval : le contrôle de la loi et de son application par rapport aux finalités de la loi, s'exerçant elles-mêmes dans le respect du texte constitutionnel et des droits individuels ». JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, op. cit., p. 84. Sur ce point, voir : CONSTANT (B.), « De la liberté individuelle », in *Écrits politiques*, op. cit., p. 483.

²⁵¹ Telle est la manière dont Benjamin CONSTANT la qualifie dans son discours 5 janvier 1800 : « une constitution est par elle-même un acte de défiance, puisqu'elle prescrit les limites à l'autorité, et qu'il serait inutile de lui prescrire des limites si vous la supposiez douée d'une infaillible sagesse et d'une éternelle modération ». Discours au Tribunal du 15 nivôse en VIII, cité in HOFMANN (É.), *Les « Principes de politique » de Benjamin Constant. La genèse d'une œuvre et l'évolution de la pensée de leur auteur*, Genève, Droz, 1980, t. 1, p. 216.

la représentation politique²⁵² qui, appréhendée comme « hypostase oppressive »²⁵³, noie le *je* dans un *nous* réduit à la majorité parlementaire. Il se dessine en ce sens une première ébauche de démystification, car, contrairement à une autonomie parfaite de type rousseauiste, est préférée l'acceptation d'une certaine imperfection au profit d'une démarche subjective où « la potentielle amertume provoquée par l'hétéronomie politique est censée être en quelque sorte compensée par le plaisir de cultiver son jardin privé »²⁵⁴. De cette manière, « le soupçon sur l'injustice des lois est un droit du sujet politique, vivant dans l'État libéral »²⁵⁵. La philosophie politique a laissé à ce sujet des critiques emblématiques, notamment chez Bertrand de JOUVENEL, dénonçant la fiction paradoxale d'un système électif à la fois démocratique et anti-démocratique ²⁵⁶— « les membres de la société ne sont citoyens qu'un jour et sujets quatre ans »²⁵⁷ — ou, dans une perspective plus radicale encore, celles d'ALAIN, militant pour l'opposition et « l'action permanente de l'électeur sur l'élu »²⁵⁸. Est ainsi argué le rejet de l'abstraction pour un retour au peuple concret et impliqué dans le pouvoir politique. En outre, de TOCQUEVILLE²⁵⁹ aux critiques des grands juristes de la III^e République²⁶⁰, la question de

²⁵² « En donnant la priorité à l'opinion sur la capacité dans la conduite des affaires de l'État, le suffrage universel aurait donc transformé le régime représentatif en un gouvernement de l'incompétence ; et selon les publicistes il aboutirait ainsi à fausser la représentation ». REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit*, op. cit., p. 99.

²⁵³ JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, op. cit., p. 74.

²⁵⁴ RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », op. cit., p. 34.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 103.

²⁵⁶ ROSENFELD (M.), « Possibilité de la démocratie et décontraction du droit », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, op. cit., p. 95. L'ambiguïté démocratique de la représentation est une sorte de fatalité. Comme le remarque Bernard MANIN, « le fait fondamental concernant l'élection réside en ce qu'elle est à la fois et indissolublement égalitaire et inégalitaire, aristocratique et démocratique ». MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit., p. 191. Inévitablement donc, le régime représentatif est un régime où « les représentants ne peuvent jamais dire avec une confiance et une certitude absolue : "Nous le peuple" ». (*Ibid.*, p. 219).

²⁵⁷ JOUVENEL (B. de), *Du pouvoir*, op. cit., p. 424. Ainsi, poursuit-il : « lorsque nous demandons où est la liberté, on nous montre dans nos mains les bulletins de vote : sur la machine immense dont nous sommes les sujets, nous avons un droit ; nous, dix, vingt ou trente millionième, faction du Souverain, nous pouvons parfois, perdus dans une foule immense, participer à la mettre en branle [...] Il y a ici maladresse et duperie ».

²⁵⁸ ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, op. cit., p. 154. Le libéralisme individualiste sceptique d'ALAIN est illustratif de cette focalisation sur l'individu. Selon une autre de ses formules célèbres : « si nous voulons une vie publique digne de l'Humanité présente, il faut que l'individu reste individu partout, soit au premier rang, soit au dernier [...] Il n'y a que l'individu qui pense : toute assemblée est sotte » (*Ibid.*, p. 160). Ainsi, « le peuple ère et ne gouverne pas » (*Propos sur les pouvoirs*, Paris, Gallimard, Folio/Essais, 2014, p. 306). L'idéologie véhiculée par ALAIN est représentative d'une « pensée contre », un scepticisme d'ailleurs critiqué par Raymond ARON qui lui opposait notamment une idéalisation excessive de la souveraineté populaire, pour conclure à « une sociologie assez grossière et une morale attirante et illusoire ». Pour plus de détails, voir : ARON (R.), *Penser la liberté, penser la démocratie*, Paris, Gallimard, coll. Quarto, 2005, pp. 198-204.

²⁵⁹ Voir, par exemple, TOCQUEVILLE (A. de), *Le despotisme démocratique*, Paris, rééd. L'Herne, coll. Carnets, 2009, pp. 73-91.

²⁶⁰ Nous citerons ici quelques exemples connus tels que les contributions de Maurice HAURIOU, de Raymond CARRE DE MALBERG, d'Adhémar ESMEIN ou encore de Boris MIRKINE-GUEZEVITCH. Voir, HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^e éd., présentation par J. Hummel, rééd. Dalloz, 2015, pp. 266-292 ; CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, pp. 223-235 ; CARRE DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, 228 p. ;

l'asservissement de la minorité à la majorité parlementaire devient ensuite un des grands arguments en faveur du contrôle de constitutionnalité²⁶¹. Cette légitimation d'une autorisation au soupçon envers la volonté du législateur annonce, en arrière-plan, un nouveau paradigme basé sur la revendication et la contestation. Paradoxalement, la création originaire d'institutions représentatives visant à séparer l'État de la société basée sur un contrat de confiance²⁶² se transforme finalement en une médiation prônant un retour à la proximité, à la ressemblance, à une logique de miroir reflétant toute la diversité de la société²⁶³ ou, autrement dit, « une pluralisation des moyens d'expression de la souveraineté »²⁶⁴. La confiance se meut en défiance, en désaccord légitime. « Ce qui fait sens est moins le corps glorieux du Souverain, la République, que le corps souffrant de la victime. Le mal ne vient plus de l'extérieur, ce n'est plus l'ennemi, le mal vient de cela même qui devait nous en protéger »²⁶⁵. D'un point de vue politique autrement dit, la démocratie se démocratise par des procédés *a priori* non démocratiques, voire anti-démocratiques. Cependant, si au départ la logique multi-partisane

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel et comparé*, Paris, Sirey, 6^e éd., 1914, pp. 562-564 et pp. 599-602 ; MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 5-53.

²⁶¹ Comme l'explique par exemple Carl J. FRIEDRICH, c'est principalement sur ce fondement que se construit le concept de « démocratie constitutionnelle ». Ainsi explique-t-il que « *par définition, une démocratie de type constitutionnel est une démocratie qui n'accorde pas "tout" le pouvoir à la majorité* » (FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 15). Nous renvoyons en outre à la réflexion proposée par le Professeur TROPER partageant la compatibilité du contrôle de constitutionnalité avec le principe de souveraineté du peuple en deux raisons principales. Tout d'abord, se présente une *raison instrumentale* postulant que la démocratie est le pouvoir du peuple et non exclusivement celui de la majorité. Le contrôle de constitutionnalité permet alors de réaliser pleinement la démocratie, il en devient une nécessité. À cela se joint une *raison procédurale*, selon laquelle ce contrôle permet de vérifier la conformité de l'expression de la volonté générale à la volonté du constituant et ce, notamment, au regard de son actualisation. Voir, TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, spéc. pp. 331-345 ; TROPER (M.), « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 911-935. Pour une perspective historique, voir également : CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e - XX^e siècle*, Paris LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 2003, 216 p.

²⁶² Il s'agit là, par exemple, d'une des grandes thèses soutenues par SIEYES à la Révolution, prônant une logique de médiation par la distance et la confiance, de sorte que « *la méfiance à l'égard du savoir politique du peuple est l'un des principaux motifs justifiant son exclusion de la fonction législative* ». SIEYES (E.-J.), « Discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale (7 septembre 1789) », *Archives parlementaires*, 1^{ère} série, vol. 8, p. 593. Pour une étude d'ensemble sur sa pensée, voir : BASTID (P.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1939, 651 p.

²⁶³ JAUME (L.), « La représentation : une fiction malmenée », *op. cit.*, p. 15. Il s'agit là d'un grand thème de philosophie et de la science politique moderne. Pour une synthèse, nous renvoyons notamment aux travaux de Pierre ROSANVALLON qui a consacré une grande partie de son œuvre à ces questions. Voir, ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, *op. cit.* ; ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.* ; ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, *op. cit.*

²⁶⁴ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 18.

²⁶⁵ ANDRADE (A. de), MATHIEU (L.), « Le juge : dernier recours face aux questions de société. Dialogue entre Antoine Garapon et Géraud de la Pradelle », *Mouvements*, 2003, n° 29, p. 69. En outre, il est intéressant de voir que ce constat se retrouve dans des champs de recherches très diversifiés. Le Conseil d'État, dans son étude annuelle relative à la « sécurité juridique » note en 2006 cette inversion, énonçant que « *le droit n'apparaît plus comme une protection, mais comme une menace* ». CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2006, p. 231.

suffit en effet à satisfaire l'impératif de pluralisme²⁶⁶ en garantissant une expression concurrentielle des intérêts, la volonté d'une représentation la plus fidèle possible à la diversité sociale se heurte concomitamment à l'obstacle constitutionnel de la représentation qui, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision sur le « peuple corse », s'oppose à toute fragmentation de la Nation au nom des principes d'unicité du peuple français et d'indivisibilité de la République prévus à l'article 2 de la Constitution²⁶⁷. Par suite, cette carence suscite la promotion des « contre-pouvoirs sociaux », relayant les organes politiques traditionnels face à une « marée montante »²⁶⁸ de demandes sociales, lesquels « n'agissent pas seulement dans une logique de limitation, mais contiennent encore une capacité expansive de multiplication des droits, ce qui fait qu'ils ne quittent pas le terrain du droit constitutionnel pour un supposé domaine social. En revanche, ils contribuent à l'élargir »²⁶⁹. En somme, ils participent à une redynamisation et une actualisation des promesses du pouvoir constituant.

23. La valorisation de canaux alternatifs de participation visant à relayer les revendications du corps social s'incarne en une nouvelle trame narrative pour la démocratie, qui se pare de nouvelles fictions légitimantes²⁷⁰ en se donnant pour objectifs de retrouver une autonomie collective par la multiplication des revendications d'autonomies individuelles, par de nouveaux droits et de nouvelles procédures. La « démocratisation de l'État » passe par une « démocratisation de la société »²⁷¹ pour instaurer de nouvelles règles du jeu. La logique est de redonner l'initiative du destin collectif à la société en imposant à l'État un système de questions-réponses permanent²⁷². « Qu'importe le législateur, pourvu qu'on ait les droits fondamentaux »,

²⁶⁶ Par exemple, Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 29. La décision du Conseil constitutionnel de 1982 viendra plus tard consacrer le pluralisme des courants d'expression comme objectif de valeur constitutionnelle. Voir, Cons. const., 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

²⁶⁷ Cons. const., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 13. Voir également, Cons. const., n° 99-412 DC, 15 janvier 1999, *Charte européenne des langues régionales et minoritaires*, cons. 5.

²⁶⁸ PINON (S.), « Démocratie et contre-pouvoirs sociaux », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, op. cit., p. 46.

²⁶⁹ HERRERA (C.-M.) « Entre droit constitutionnel et démocratie : les contre-pouvoirs sociaux », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 177.

²⁷⁰ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 256.

²⁷¹ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 151.

²⁷² Il s'agit là, par exemple, d'un élément fondamental de la thèse de la démocratie continue proposée par le Professeur ROUSSEAU. Pour une vue d'ensemble, voir notamment, ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, op. cit. ; ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., pp. 7-30.

critique en ce sens le professeur DENQUIN²⁷³. C'est au sein de ce mouvement de désolidarisation du corps politique, tel que conçu à ses origines, qu'intervient alors un acteur privilégié, incarné dans le modèle de tiers impartial, où le juge devient un intermédiaire institutionnel de premier choix pour répondre aux requêtes formulées par le corps social à l'encontre de la puissance publique.

24. Démocratiser la constitution par le biais du tiers impartial. La défaillance progressive de la confiance octroyée aux organes représentatifs traditionnels semble s'être déportée et concentrée sous l'aura de la justice. Cette dernière devient par là même un instrument politique de défiance. En effet, « si le XIX^e siècle avait été celui du législatif, le XX^e siècle celui de l'exécutif, le XXI^e siècle serait celui de la justice »²⁷⁴. Le libéralisme, l'État de droit, la démocratie constitutionnelle, la démocratie des droits de l'homme, l'internationalisation du droit ont été autant de conjonctures favorables à la construction d'une symbolique faisant du juge un acteur indispensable à la démocratie²⁷⁵, un « pouvoir équilibré »²⁷⁶, à défaut de ne demeurer qu'une simple « autorité » sur le plan constitutionnel²⁷⁷. Sous les auspices de la politique contemporaine des droits de l'homme, comme exauçant les souhaits de CONSTANT²⁷⁸, l'individu démocratique ne doit plus seulement être un bénéficiaire de droits fondamentaux. En tant que destinataire, il doit pouvoir, le cas échéant, exiger des garanties d'effectivités de ses droits²⁷⁹. À ces évolutions, immanquablement, suit la formation d'une nouvelle légitimité : celle du modèle de tiers non élu, impartial et

²⁷³ DENQUIN (J.-M.), « Éléments pour une théorie constitutionnelle », in DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, op. cit., p. 17.

²⁷⁴ RENOUX (Th.), « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 87. Nombreuses études ont été consacrées à l'histoire de la justice. De manière non exhaustive, voir : KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, op. cit. ; ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 5^e éd., 2016, 1290 p.

²⁷⁵ RENOUX (Th.), « La réforme de la justice en France : le juge et la démocratie », *Gaz. Pal.*, 21-22 janvier 2000, pp. 185-189 ; KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », op. cit., p. 19.

²⁷⁶ GAUCHET (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, op. cit., p. 137.

²⁷⁷ Comme le fait remarquer le professeur JOUANJAN, « au XIX^e siècle, la pensée libérale a de plus en plus désigné le juge comme devant assumer cette fonction et ce pouvoir, notamment en Allemagne, chez les auteurs qui ont précisément mis en avant l'expression et la notion d'État de droit. L'incompréhensible coquetterie, privée de toute justification conceptuelle véritable, et qu'on rencontre en France, qui entend parler de la justice comme d'une autorité et non comme d'un pouvoir, ne peut rien entendre de la logique propre de l'État de droit ». JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », op. cit., p. 12.

²⁷⁸ Selon cette phrase célèbre : « Le peuple le plus attaché à sa liberté, dans les temps modernes, est aussi le peuple le plus attaché à ses jouissances ; et il tient à sa liberté surtout, parce qu'il est assez éclairé pour y apercevoir la garantie de ses jouissances ». CONSTANT (B.), « De l'espèce de liberté qu'on a présenté aux hommes à la fin du siècle dernier », in *Écrits politiques*, op. cit., p. 210.

²⁷⁹ Voir, par exemple : MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., p. 352 ; VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », op. cit., p. 288.

indépendant du pouvoir politique. Par réaction, autrement dit, la défiance envers le politique génère une demande d'apolitisme. Cette autre fiction²⁸⁰ entend « boucler la boucle » de la démocratie contemporaine, sous les traits, encore une fois contradictoires, d'une justice étatique au service de la société, se prononçant « au nom du peuple français »²⁸¹, censée défendre les individus contre les abus du pouvoir au nom de leurs droits. En somme, il s'agirait à la fois d'une justice *de l'État*, *dans l'État* et *contre l'État* comme palliatif à la faiblesse du contrôle politique traditionnel²⁸².

25. Il faudra alors attendre « deux cents ans pour commencer à penser le pouvoir juridictionnel ; pour faire en sorte que la défiance se mue progressivement en confiance envers les juges »²⁸³. Chemin faisant, ce déplacement engendre le déploiement du mythe : permettant de concrétiser une fois encore ce « désir de reconnaissance »²⁸⁴ individuel, le juge devient *mutatis mutandis* le « montreur des choses invisibles »²⁸⁵ et une figure de l'immanence de la Constitution²⁸⁶. Cette « juridictionnalisation de la société civile »²⁸⁷ contribue en même temps à faire du procès un phénomène social²⁸⁸, institutionnalisant le doute légitime²⁸⁹ en octroyant

²⁸⁰ MATHIEU (B.), *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Forum, 2015, 192 p.

²⁸¹ Voir par exemple, Art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire ; Art. L. 2 du Code de justice administrative.

²⁸² BEAUD (O.), « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, p. 59 ; BEAUD (O.), « Les mutations de la Ve République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, pp. 19-31.

²⁸³ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2010, p. 10. Comme le démontre le professeur HOURQUEBIE, l'émancipation historique du pouvoir juridictionnel a cela de particulière qu'elle s'est opérée parallèlement à l'importance croissante donnée à la garantie des droits, sans volonté ou officialisation par le constituant. « *C'est donc bien cette singularité historique française de "la conception française de la séparation des pouvoirs" qui a paradoxalement permis de construire la puissance juridictionnelle française et de progressivement l'enraciner, contra-constitutionnem — et contre l'intention du constituant — dans un statut d'authentique pouvoir adossé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». HOURQUEBIE (F.), « Le Conseil constitutionnel, pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », in MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, p. 119.

²⁸⁴ BERLIN (I.), *Éloge de la liberté*, op. cit., p. 202.

²⁸⁵ ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, op. cit., p. 71. L'opportunité de cette citation réside essentiellement dans l'expression employée. Elle n'engage pas ici la thèse avancée par l'auteur.

²⁸⁶ La figure du juge se voit souvent allégorisée, voire assimilée à des figures mythologiques. La proposition du professeur OST en est par exemple une illustration. Le juge y est présenté sous trois modèles : celui de Jupiter où, en tant que gardien des droits fondamentaux, il est le juge de l'État gendarme ; celui d'Hercule ou du juge de l'État providence, assurant l'égalité entre tous les justiciables ; celui d'Hermès, pour son rôle de modérateur ou de conciliateur à l'image de l'État solidaire. Voir, OST (F.), « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », in OST (F.) (dir.), *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 33-60.

²⁸⁷ DUBREUIL (Ch.-A.), « La développement des mécanismes non étatiques de résolution des conflits », in GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, Paris, Mare & Martin, coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne, 2018, p. 199.

²⁸⁸ ZENATI (F.), « Le procès, lieu du social », *APD*, 1995, n° 39, p. 239.

²⁸⁹ Comme l'explique René SEVE, « *indépendamment des époques, le doute est le compagnon du droit, car le droit, qui n'est pas une science du nécessaire, est par nature confronté aux choses douteuses, à l'enchevêtrement imprévisible des circonstances, à l'évolution spontanée de son objet. Et si par certains aspects le droit, ou plus restrictive ment la loi, entend fixer des normes, il se donne aussi les moyens de les remettre en cause [...] Le procès apparaît comme l'institution la plus apte qu'on ait imaginée pour générer le doute* ».

au juge les appareils d'un représentant — image mal transposée du juge américain²⁹⁰ —, et en donnant aux individus l'occasion de contribuer à la correction et à l'évolution du droit²⁹¹. « La politique serait de plus en plus dans l'incapacité de statuer sur des questions sensibles et s'en remettrait à la justice pour établir les principes fondamentaux du “vivre ensemble” [...] On observerait ainsi une sorte de surinvestissement de la justice par défaut du politique, celui-ci étant impuissant à représenter et à imposer une Méta-raison »²⁹². La légitimité d'impartialité incarnée dans le modèle du « tiers pouvoir »²⁹³, également appréhendé comme « contre-pouvoir »²⁹⁴, complète ainsi la demande en proximité et en réflexivité ; d'un côté, par la faculté de résilience dont fait preuve la justice (diversification des voies de recours, notamment avec la création des recours collectifs²⁹⁵, prise en compte des groupes d'intérêts²⁹⁶, justice

SEVE (R.), « Doubter c'est décider : nature et caractère constructif du doute », in TERRE (F.) (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 123.

²⁹⁰ « Le fait que le contrôle de constitutionnalité des lois ait été si bien accepté aux États-Unis est dû à ce que la communauté a eu foi dans le désintéressement relatif des juges qui en sont chargés. C'est cette foi qui a donné à la Cour Suprême un caractère vraiment représentatif, en dépit (ou peut-être plutôt à cause) du fait qu'elle n'était pas élue et, en conséquence, ne représentait pas aussi nettement les partis politiques ». FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., pp. 135-136. Par suite, comme l'explique la professeure MASTOR, il y a, dans la prise de décisions par la Cour suprême, une volonté de « répondre aux attentes de l'opinion publique », sous-tendue par l'exigence permanente d'acquiescer et de conserver une « légitimité sociale » qui ne peut être comparable au Conseil constitutionnel français. Voir, MASTOR (W.), « La motivation des décisions des Cours constitutionnelles », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, p. 251. Dans le même sens, voir : FASSASSI (I.), « L'exigence continue de légitimité sociale de la Cour suprême », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 26, pp. 142-149.

²⁹¹ Concernant l'évaluation de cette affirmation, voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, chap. 2.

²⁹² COMMAILLE (J.), « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », op. cit., p. 300.

²⁹³ SALAS (D.), *Le Tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 2000, 323 p.

²⁹⁴ Voir, sur ce point : HAMON (L.), « Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, 1988, n° 38, p. 188 ; HOURQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles Bruylant, 2004, 692 p. ; MILACIC (S.), « Le contre-pouvoir, cet inconnu », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2005, pp. 675-697. La thèse du juge « contre-pouvoir » trouve d'ailleurs origines et postérité en droit américain. Voir en ce sens : ZOLLER (E.), « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur la pratique américaine et française », *RIDC*, 2001, n° 3, pp. 559-574.

²⁹⁵ Comme le démontre notamment Mauro CAPPELLETTI, les nouvelles formes de conflits appellent en réaction à de nouvelles formes de règlement des litiges. Dès lors, « l'autre terme de l'alternative est que les juges de ces tribunaux eux-mêmes se révèlent capables de “grandir”, en s'élevant au niveau de ces nouvelles tâches pressantes, et qu'ils sachent devenir ainsi eux-mêmes les protecteurs, en dehors des droits individuels traditionnels, des droits nouveaux de caractère “diffus”, “collectifs”, “fragmentés” qui sont de grande importance et caractéristiques dans une civilisation de masse ». CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, trad. R. David, Paris, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1990, p. 60. À titre d'exemple, on peut citer la recommandation émise par la Commission européenne du 11 juin 2013 (2013/396/UE), relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.

²⁹⁶ Si l'étude de l'action des groupes d'intérêts en justice n'est pas nouvelle, notamment en droit comparé, elle a progressivement intégré le contentieux constitutionnel depuis l'introduction du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En témoigne, notamment, l'étude récemment publiée sur le site du Conseil constitutionnel : CHRISTELLE (M.), COMBARDE (B.-L.), SENAC (Ch.-É.), « La QPC et les représentants d'intérêt : techniques d'influence et influences sur la technique », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-qpc-et-les-representants-d-interet-techniques-d-influence-et-influences-sur-la-technique>.

dématérialisée²⁹⁷, etc.) et, d'un autre côté, en s'étendant au-delà du strict modèle juridictionnel (Autorités administratives indépendantes²⁹⁸, règlements alternatifs des conflits²⁹⁹, etc.). Cette confiance s'est en outre déportée dans le discours juridique, se retrouvant par exemple dans la jurisprudence de la Cour EDH comme corollaire des principes de sécurité juridique de prééminence du droit³⁰⁰, ou encore chez le législateur national prônant encore récemment, à l'occasion du dernier projet de loi de réforme de la justice, « une justice qui inspire confiance, une justice à laquelle les Français se confient »³⁰¹. Parallèlement, à partir des années 90, et sous l'influence des cours européennes, le droit constitutionnel a développé une jurisprudence de plus en plus protectrice et diversifiée sur les droits relatifs à l'accès à la justice et au procès³⁰².

26. Faire confiance au juge, c'est aussi faire confiance à la procédure ; c'est en elle qui réside la garantie et l'effectivité des droits. À son tour, le modèle de tiers impartial s'appuie sur une légitimité procédurale³⁰³ : la démocratie s'évalue à l'aune du respect des procédures dont le

²⁹⁷ FOREY (E.), « La dématérialisation de la justice et l'accès au juge », *in* (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, *op. cit.*, pp. 456 - 474. Voir, également, l'étude proposée dans *Les Cahiers de la justice*, consacrée aux « défis de la justice numérique » (*Les cahiers de la justice*, Paris, Dalloz, 2019, n° 2, 204 p.).

²⁹⁸ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, chap. 1, sect. 2.

²⁹⁹ Ces procédures sont aujourd'hui présentes dans toutes les branches du droit. Il s'agit, par exemple, de l'arbitrage ou de la résolution à l'amiable des différends (Livres IV et V du Code de procédure civile), ou de la médiation (art. L. 231-1 du Code de procédure administrative ; art. L. 41-1-1 du Code de procédure pénale). Pour une vue d'ensemble, voir notamment : CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, coll. EDCE, 1993, 163 p. ; DUBREUIL (Ch.-A.), « La développement des mécanismes non étatiques de résolution des conflits », *op. cit.*, pp. 199-208. À noter par ailleurs que, selon la jurisprudence communautaire, ces procédures, telles que la médiation, doivent, elles aussi, respecter les exigences d'indépendance et d'impartialité (CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli*, aff. C-75/16).

³⁰⁰ C'est en effet ce qu'elle a spécifié à l'occasion d'un rappel des obligations inhérentes à l'autorité de la chose jugée. Ainsi déclare-t-elle que « la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. Elle présuppose le respect du principe de la sécurité des rapports juridiques, et notamment des décisions de justice passées en force de chose jugée [...] S'il n'en était pas ainsi, la remise en cause de décisions définitives engendrerait un climat général d'insécurité juridique, diminuant la confiance du public dans le système judiciaire et par conséquent dans l'État de droit ». CEDH, 23 février 2006, *Stere et a. c. Roumanie*, n° 25632/02, §53. Il s'agit là, d'ailleurs, de développements des principes initiés par la jurisprudence *Airey* en 1979. Voir, CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/Irlande*, série A, 32, n° 6289/73.

³⁰¹ Rapport présenté par M. le député Stéphane MAZARS, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *sur le projet de loi organique et le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire* (n° 4091 et 4092), 7 mai 2021, p. 9.

³⁰² Voir, *infra*, Partie 1, Titre 2, chap. 2.

³⁰³ Dans son principe, cette légitimité se réduit à un ensemble d'obligations formelles. Selon la critique proposée par le professeur TMSIT, elle prend notamment ses racines dans la légitimité légale rationnelle proposée par Max WEBER et a pour fonction générale une désubstantialisation de la décision au profit du respect des conditions procédurales liées à sa production et à son contrôle. « Opération de transfert de légitimité, elle a pour principal avantage de permettre une considérable économie de moyens dans le processus de légitimation en autorisant ainsi, par métonymie, à conclure de la légitimité partielle et reconnue, ou au moins convenue, des seules formes selon lesquelles une décision a été prise à la légitimité complète de l'ensemble d'une opération dont la légitimité ne pouvait être interrogée — et reste finalement inconnue ». TMSIT (G.),

juge est à la fois acteur et gardien³⁰⁴. C'est selon ce nouveau paradigme que le recentrage de la pensée constitutionnelle vers la justice constitutionnelle a fait muter la notion de Constitution d'acte fondateur de l'ordre politique à la loi fondamentale d'un système autonome de détermination du droit³⁰⁵. Cette évolution n'est pas anodine : depuis la formation de la doctrine kelsénienne, et face aux aléas de l'histoire, l'impératif de cohérence de la hiérarchie des normes ne peut être satisfait par le législateur³⁰⁶ ; le recours au juge constitutionnel se voit être la meilleure solution³⁰⁷. Ainsi jouit-il d'un « préjugé favorable [...] comme le symbole et le moyen de la promotion de l'État de droit »³⁰⁸. Le droit constitutionnel, en tant que droit politique et ordonnateur, cède le pas à un droit diversifié au gré de la constitutionnalisation des branches du droit, dont la fonction se centre sur la régulation et la correction du droit au nom des droits fondamentaux³⁰⁹. Par suite, il est jugé plus démocratique de composer avec un tiers non élu et qui, au regard de son habilitation par l'article 61 de la Constitution, dispose d'un large pouvoir d'interprétation. La fusion entre démocratie et justice constitutionnelle peut être source d'incertitudes. « Aussi est-il clair que l'existence d'une justice constitutionnelle présuppose un concept de démocratie, défini non comme gouvernement du peuple par le peuple lui-même, mais comme gouvernement d'une volonté générale en partie formée sous l'influence que le peuple exerce par le choix direct ou indirect de certains de ceux qui l'expriment »³¹⁰. Selon un certain angle de vue, en effet, il apparaît qu'elle déplace, sous d'autres procédés, les problèmes qu'elle entend résoudre. Il s'agit là, notamment, des critiques formulées envers les dérives « juristocratiques », conséquences du néo-constitutionnalisme³¹¹. En ce sens, l'État de droit aurait promu une « aristocratie juridictionnelle ». « En effet, dès lors que l'on considère que

« L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 635.

³⁰⁴ Dès lors, le contrôle du juge est appréhendé comme une sorte de validation démocratique. Il s'agit, par exemple, de la thèse proposée par le professeur GUINCHARD sur le « démocratie procédurale ». Voir notamment, GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *op. cit.*, pp. 91-130.

³⁰⁵ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.

³⁰⁶ « [...] après les terribles expériences nazie et fasciste, il n'est plus possible de soutenir avec vraisemblance que le législateur ne peut mal faire ». FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, n° 2, p. 557.

³⁰⁷ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *Droits*, 2000, n° 30, p. 69.

³⁰⁸ DENQUIN (J.-M.), « Approches philosophiques du droit constitutionnel », in DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 55.

³⁰⁹ Voir notamment, CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, source de principes implicites : "la révolution permanente" », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2008, pp. 161-174.

³¹⁰ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 346.

³¹¹ HIRSCHL (R.), *Towards juristocracy ? The Origins and Consequences of the New Constitutionnalism*, Cambridge, Harvard university press, 2007, 296 p. Voir également, MILLARD (É.), « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionnalisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, *op. cit.*, p. 253.

pour œuvrer à la finalité du bien commun, l'option juridictionnelle d'un contrôle opéré par un petit nombre de citoyens, soit les juges constitutionnels, vaut mieux que l'option référendaire d'une participation du grand nombre des citoyens, soit le corps électoral, il est en quelque sorte forcé que les raisons avancées relèvent davantage du registre aristocratique que du registre démocratique. En ce sens, l'État de droit est une forme de gouvernement qui s'inscrit dans la catégorie de l'aristocratie et non dans celle de la démocratie »³¹². Au soutien de cette thèse, il est avancé un argument, d'une part, de l'ordre de la logique et, d'autre part, de l'ordre de la justification. Tout d'abord, depuis THIBAudeau³¹³, cette critique a été renouvelée et actualisée par Michel VILLEY³¹⁴, ou encore le professeur RIALS³¹⁵ : autant l'élection présente déjà en elle-même un caractère aristocratique³¹⁶, autant déplacer la formation ou la correction de la volonté générale d'une assemblée à un nombre plus restreint de juges ne ferait que renforcer ce caractère. Ensuite, le déplacement de la confiance du législateur vers le juge découle d'un argument plus historique que logique. C'est là sa justification : l'expression juridictionnelle de la volonté générale, après sollicitation de la minorité ou d'un justiciable à l'occasion d'un procès, vaudrait mieux que celle exprimée par les parlementaires, en raison du fait que le juge serait un « représentant » plus opportun et moins prompt aux égarements partisans. Or, même en admettant que la minorité puisse imposer à la majorité sa vision des droits de l'homme, il faut également admettre que c'est *in fine* l'interprète lui-même qui donne son interprétation des droits de l'homme³¹⁷. « Ainsi, le juge non élu, pratiquement irresponsable, se trouve être le

³¹² RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *op. cit.*, p. 27.

³¹³ Selon son avertissement sur l'émancipation du pouvoir judiciaire : « *ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'État et en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facilement* » ; cité in JAUME (L.), « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire », *Droits*, 2002, n° 36, p. 133.

³¹⁴ Voir, par exemple, VILLEY (M.), *La pensée juridique* (1960), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, p. 170.

³¹⁵ RIALS (S.), « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 166-170.

³¹⁶ MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.* pp. 204-205.

³¹⁷ Il s'agit là de la thèse bien connue de la théorie du droit, médiatisée en France avec la théorie réaliste de l'interprétation et la théorie des contraintes. Brièvement, la théorie réaliste de l'interprétation considère qu'une norme est la signification d'un acte de volonté. Les énoncés juridiques ne prescrivent en ce sens aucune vérité objective, mais seulement la signification qui leur a été donnée par un interprète habilité par l'ordre juridique. De par une habilitation, les interprétations potentielles laissent un champ de possibles pouvant néanmoins être limités ou conditionnés par des contraintes linguistiques, factuelles ou politiques, notamment de l'ordre des relations institutionnelles entre les juges et les autres pouvoirs constitués. Voir notamment, TROPER (M.), « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 235-245 ; TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 262-348 ; TROPER (M.), « Réplique à Otto Pfersmann », *RDFC*, 2002, n° 50, pp. 335-353. Concernant la théorie des contraintes, voir : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), GRZEGORCZYK (C.) TROPER (M.) (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2005, 201 p. Dans une perspective critique, voir également, JOUANJAN (O.), « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, 2011, n° 54, pp. 27-48 ; CROTTET (B.), « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes », *Jus Politicum*, 2012, n° 7.

gardien de nos libertés, sans autre censeur que lui-même, au moins pour les cours souveraines que sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de cassation et les cours de Strasbourg et de Luxembourg »³¹⁸. En complément, l'argument procéduraliste visant à désubstantialiser le politique par le juge demande à ce que le juge se mette lui-même à la place du législateur ; ce qui revient à ce que ce dernier, par cette substitution, fasse lui aussi appel à des considérations substantielles³¹⁹. Comme un autre renvoi aux mythes, la démocratisation par le juge serait, selon ce point de vue, une « illusion »³²⁰ démocratique.

27. Ces incertitudes constitutives de la démocratie constitutionnelle sont autant d'éléments ayant amené à faire de la justiciabilité un standard. En l'état, l'indispensabilité du juge ne semble autoriser aucun retour en arrière. Comme le remarque le Professeur COSTA, « nombre de sociétés font confiance à cette institution éminemment imparfaite pour garantir ce qui fait, au plus haut degré, partie des valeurs auxquelles elles souscrivent. Cela devrait nous surprendre »³²¹.

B. L'insertion au sein d'une controverse doctrinale entre néo-constitutionnalisme et droit politique

28. Par son imprégnation libérale³²², le constitutionnalisme moderne a progressivement évolué dans le sens d'une promotion de la justiciabilité de la Constitution. Cette approche, dite néo-constitutionnaliste, tend à substituer la vocation politique et ordonnatrice de la Constitution à un instrument normatif au service des justiciables. Cette méthode donne bien évidemment une vision de la Constitution qui n'est pas exhaustive. Elle est immanquablement située, orientée sur le plan épistémologique³²³. Néanmoins, cet engouement n'est pas exempt d'îlots de résistance s'employant à une réhabilitation d'une approche institutionnelle, pointant

³¹⁸ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 81.

³¹⁹ CASTORIADIS (C.), « La démocratie comme régime et comme procédure », *op. cit.*, p. 282.

³²⁰ « *La plus partagée des illusions tient à ce que la plupart des gens n'entendent pas la question de l'«interprétation» ; ils ne saisissent pas qu'avec des textes comme ceux de la constitution et de son préambule, les juges constitutionnels n'«appliquent» nullement, de façon en quelque sorte «mécanique» un «texte» ; les prétendus «sages» font ce qu'ils veulent, et ne sauraient d'ailleurs faire autrement puisqu'il n'y a pas de «vérité» des textes. [...] Tant qu'il y aura un Conseil constitutionnel, le règne de l'oligarchie sera garanti* ». RIALS (S.), Contribution au « cahier de doléances » d'Hondainville (Oise), 18 janvier 2019. Disponible à l'adresse : <https://assasri.wordpress.com/2019/01/18/contribution-au-cahier-de-doleances-dhondainville-oise/>.

³²¹ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 83.

³²² RAYNAUD (Ph.), « Constitutionnalisme *op. cit.*, p. 266 ; GUENAIRE (M.), « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *RRJ*, 1987, n° 7, pp. 106-128.

³²³ POIRMEUR (Y.), « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, PUF-CURAPP, 1993, pp. 13-39.

par là même les limites d'une focalisation excessive de l'approche strictement contentieuse. Principalement médiatisée par l'école de droit politique, cette controverse doctrinale présente l'opportunité d'une analyse critique de la justiciabilité comme critère de la démocratie, et donc d'une prise de distance. En présentant deux méthodes et deux objets distincts, elles permettent de mettre en lumière les impasses et les perspectives de la théorie constitutionnelle actuelle. Il n'est pas non plus anodin de constater que ce recul a permis le renouvellement des réflexions relatives à l'épistémologie de la discipline³²⁴. Ce re-questionnement centré sur la doctrine constitutionnelle est une mise en situation indispensable pour comprendre l'objet de cette étude.

29. Le constitutionnalisme libéral : promotion et légitimation de la justiciabilité.

Si les bases du constitutionnalisme se sont fondées sur la promotion d'un cadre de limitation du pouvoir dès l'essor du droit constitutionnel classique, présupposant l'autonomie de l'individu face au pouvoir, la conjoncture juridico-politique du XX^e siècle a été le terrain propice à un changement d'orientation vers un instrument contentieux de protection des droits fondamentaux. Après l'élaboration du modèle de justice constitutionnel tel que présenté par Hans Kelsen, soutenant, comme parti-pris ontologique³²⁵, la nécessité logique du contrôle de constitutionnalité pour assurer la cohérence de l'ordre juridique et le respect de la hiérarchie des normes³²⁶, la version contemporaine de cette thèse a été initiée par l'élan positiviste insufflé par le doyen FAVOREU, et perpétrée sous le label d'« École d'Aix-en-Provence », dont l'objet d'étude est principalement centré sur la justice constitutionnelle³²⁷ et son rôle de protectrice de la démocratie. La légitimité du juge constitutionnel y est alors construite sous le modèle d'un organe d'opposition au pouvoir politique et de pacification, garanti par son statut théoriquement a-politique. « L'autorité supérieure reconnue en doctrine à l'interprétation

³²⁴ Voir par exemple, CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, *op. cit.* ; DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, *op. cit.* ; MOUTON (S.), MAGNON (X.) (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droits demain ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Le sens de la science, 2020, à paraître ; BARBERIS (M.), « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », trad. P. Brunet et J. Mercier, *Revus*, 2015, n° 25, pp. 101-124. Disponible à l'adresse, <https://journals.openedition.org/revus/3208>.

³²⁵ Nous renvoyons ici à l'analyse critique formulée par le Professeur VIALA. Voir, VIALA (A.), « La cohabitation du savant et du politique dans l'œuvre de Kelsen », *op. cit.*, spéc. pp. 224-230.

³²⁶ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, pp. 185-257 ; Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 224-272.

³²⁷ FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n° 1, pp. 71-89 ; FAVOREU (L.), « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 154-158 ; FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, n° 2, pp. 557-581. Pour une synthèse, MAGNON (X.), « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentatives de reconstruction », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 233-254.

juridictionnelle de la Constitution tend à conférer au juge une légitimité qui tient moins à sa consécration par le pouvoir constituant qu'à sa fonction elle-même, qui lui permettrait de représenter un intérêt supérieur, celui du citoyen notamment. Cet argument intègre le plus souvent le mouvement doctrinal qu'il est désormais convenu d'appeler le "néo-constitutionnalisme" »³²⁸. Il s'agit, plus généralement, d'une étiquette donnée à un ensemble de thèses défendues par un certain nombre d'auteurs ayant un usage du concept de constitution ou de droit constitutionnel relativement similaire³²⁹. Cette démarche prescriptive³³⁰ postule comme contrainte axiologique l'indissociabilité entre justice constitutionnelle et démocratie ; cette première permettant une réintégration du peuple dans le processus décisionnel démocratique par le biais de la protection des droits fondamentaux³³¹, soit en donnant à la minorité la possibilité de contester la loi avant sa promulgation, soit en permettant à tout justiciable d'invoquer une inconstitutionnalité à l'occasion d'un procès. Ainsi l'activité du législateur, sous le contrôle du juge constitutionnel, est dévouée à la concrétisation et à l'actualisation des droits garantis par la Constitution³³² afin de protéger l'individu face à l'État³³³. Cette forme de « démocratie par la constitution » trouve par exemple un écho actuel dans la thèse, plus politique, de la « démocratie continue », développée par le Professeur ROUSSEAU. Elle présuppose, en effet, « un système politique organisant l'autonomie institutionnelle des différentes sphères de pouvoir, la garantie des droits fondamentaux et le rôle du juge constitutionnel dans le mode concurrentiel de fabrication de la volonté générale »³³⁴. La justice constitutionnelle y est ainsi appréhendée selon une approche fonctionnelle en réhabilitant le peuple souverain³³⁵, en redonnant sens, par la même occasion, à la formule fondatrice de l'article 16 de la DDHC de 1789 qui associe la norme fondamentale, non pas à l'État, mais à « toute société »³³⁶. Cette « socialisation » de la Constitution tend à actualiser, par la même

³²⁸ KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, *op. cit.*, p. 124.

³²⁹ BARBERIS (M.), « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », *op. cit.*, p. 103.

³³⁰ BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *op. cit.*

³³¹ DENQUIN (J.-M.), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 19.

³³² COMANDUCCI (P.), « Contrôle de constitutionnalité et néo-constitutionnalisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, *op. cit.*, p. 220.

³³³ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 3.

³³⁴ ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », *op. cit.*, p. 22.

³³⁵ Voir, Partie 2, Titre 2, Chap. 1, Section, § 1.

³³⁶ ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, pp. 428-442. Comme le rajoute l'auteur, « le contentieux constitutionnel révèle la Constitution comme acte de société. [...] La constitution n'est donc plus la constitution de l'État, mais la Constitution de la société, puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la Constitution ». ROUSSEAU (D.), « Le droit constitutionnel continu : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1517.

occasion, l'image du citoyen lucide et vigilant³³⁷ promue par la doctrine libérale classique³³⁸. En ce sens, « le juge constitutionnel fait ré-exister le peuple comme figure autonome et souveraine en mettant en représentation la représentation : il montre que la représentation est une scène où deux acteurs jouent des rôles différents, les élus celui des délégués du souverain et le peuple celui de souverain »³³⁹.

30. En se concentrant sur une approche contentieuse de la constitution, en posant en impératif la garantie des droits fondamentaux constitutionnels des individus, le néo-constitutionnalisme place, en d'autres termes, la justiciabilité de la constitution comme condition indispensable de la démocratie. Or, cette thèse a pu trouver ses contradictions précisément dans sa confiance excessive à l'encontre d'un juge gardien de la démocratie. En adoptant, à la fois, « l'expression de la confiance libérale et de la défiance démocratique »³⁴⁰, elle contribue à mettre dans l'ombre, voire négliger, le socle institutionnel et politique indispensable à cette forme de gouvernement.

31. La doctrine du droit politique : la critique d'une dépolitisation de la Constitution. La justiciabilité se présente comme un critère de la démocratie constitutionnelle selon des présupposés libéraux, en confiant au juge constitutionnel l'immense responsabilité de concilier les libertés individuelles et l'exercice du pouvoir en commun. Principalement représentée et médiatisée par l'Institut Michel Villey, l'école du droit politique³⁴¹ s'oppose, quant à elle, à cette vision d'une Constitution instrumentalisée contre le pouvoir politique à disposition des individus au profit d'une Constitution revalorisée en tant qu'acte politique et juridique fondant l'unité de la communauté politique. Une première interrogation permet de cerner le problème : « Comment prétendre en effet qu'une constitution puisse inhiber la liberté des hommes politiques alors qu'elle est élaborée par et pour eux ? »³⁴² Par son objet, sa

³³⁷ « L'électeur n'est plus la seule figure du citoyen ; lanceur d'alerte, justiciable, internaute, associatif, éco-consommateur..., autant de pratiques nouvelles vécues par les "gens" eux-mêmes comme plus significatives aujourd'hui de la figure de citoyen et que le mot "démocratie représentative" ne peut saisir ». ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », *op. cit.*, p. 22.

³³⁸ Voir *supra* introduction, p. 34.

³³⁹ ROUSSEAU (D.), « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, *op. cit.*, p. 136.

³⁴⁰ JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 108.

³⁴¹ Pour une analyse complète sur cette doctrine, nous renvoyons à la proposition de systématisation proposée par Marie KOLHAUER dans sa thèse. Voir, KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, *op. cit.*

³⁴² HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, *op. cit.*, p. 112.

méthode, sa définition de la Constitution et sa critique, cette doctrine permet, en quelque sorte, de voir la question de la justiciabilité en négatif, selon un présupposé se voulant *a contrario* de la logique libérale. Tout d'abord, elle se donne pour projet de « mettre en rapport des formes du droit avec celles de l'action politique »³⁴³, en optant pour une épistémologie constructiviste, fondée sur un syncrétisme méthodologique³⁴⁴, et en postulant la complémentarité entre droit et fait. Il s'agit, en d'autres termes, de réconcilier le politique et le droit³⁴⁵ par une conception spécifique du volontarisme juridique présentant à la fois la volonté comme condition et comme composante du droit³⁴⁶. Ainsi que l'explique Marie KOHLHAUER, « une telle définition du droit explique par ailleurs que soit abandonné le critère exclusif du formalisme constitutionnel : la condition d'une "efficace justification" peut certes être satisfaite par la mise en œuvre d'une procédure normative formalisée, mais elle peut également être remplie par certains discours politiques formulés en dehors de toute prescription expressément juridique. Le droit politique propose donc, comme son nom l'indique d'ailleurs, une ontologie construite à partir d'une redéfinition de la frontière entre droit et politique »³⁴⁷. La Constitution en tant qu'objet de connaissance est appréhendée sous le prisme de la légitimité de l'acte constituant en tant qu'acte de souveraineté³⁴⁸, inséré dans un certain processus historique³⁴⁹, et matérialisant la « jonction entre le factuel et la légitimation normative »³⁵⁰. Ainsi la supériorité de la Constitution ne se réduit pas exclusivement à la logique formelle de la hiérarchie des normes, mais elle obéit aussi à une logique substantielle en prenant en compte les principes et les valeurs aux fondements de l'ordre constitutionnel. « La Constitution en tant que telle se contente d'offrir un support à l'adhésion politique des sujets de droit ; elle structure ce faisant le principe de légitimité dont elle est elle-même issue, et lui confère une certaine stabilité ». Elle a, autrement dit, un rôle

³⁴³ BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2008, p. 6.

³⁴⁴ KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, op. cit., p. 603.

³⁴⁵ AVRIL (P.), « Penser le droit politique », *Jus politicum*, 2018, n° 20.

³⁴⁶ HUMMEL (J.), « L'autonomie illusoire de la volonté. Sur la "théorie pure du droit" de Schopenhauer », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, vol. 4, p. 216.

³⁴⁷ KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, op. cit., p. 413.

³⁴⁸ Comme le démontre le Professeur BEAUD, c'est en ce sens que cet acte porte fondation de l'autorité du pouvoir de l'État, concrétisée ensuite dans le droit positif. La souveraineté est alors « une juridification du pouvoir politique. La validité juridique de cette norme (l'acte de souveraineté) ne dérive d'aucune autre norme de droit positif [...] En d'autres termes, elle implique un droit à avoir le droit de commander, un titre de pouvoir, c'est-à-dire un principe au nom duquel le Souverain est autorisé ou habilité à commander ». BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 20.

³⁴⁹ BARANGER (D.), « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V^e République », *Droits*, 2006, n° 44, p. 43.

³⁵⁰ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 207.

organisateur³⁵¹ ; en posant un « cadre normatif » régulant l'exercice du pouvoir³⁵², elle s'incarne en acte portant « fondation d'un corps politique »³⁵³.

32. Ce détour méthodologique et définitionnel permet dès lors de comprendre la critique formulée envers le constitutionnalisme libéral. Cette dernière se présente principalement sous l'argument de la dévalorisation de la Constitution en tant qu'acte de formalisation de l'unité de la communauté politique au profit d'un acte de défiance qui, par effet inverse, serait facteur d'atomisation de l'ordre social, de dévalorisation de la signification politique de la Constitution, et donc de démembrement de l'ordre collectif. La subjectivisation progressive du droit, et l'assimilation de l'ordre constitutionnel à un ensemble de garanties formelles font ainsi perdre à la Constitution sa signification d'acte unificateur³⁵⁴ pour laisser place à une norme de référence aux revendications et aux contestations formulées à l'encontre du pouvoir politique. L'individualisme propre au libéralisme est ici apprécié en facteur de désunion, de perte de repères, de rupture historique, pour laisser place à un mouvement brownien de contestations subjectives ignorant les finalités propres au vivre-ensemble. Résultat de la réduction de la Constitution à un corpus de droits fondamentaux à dispositions des individus, celle-ci devient de ce fait un catalogue de droits instrumentalisés et mercantilisés³⁵⁵. Là réside le fond du problème : la promotion sans cesse répétée du « je » rendrait le « nous », et les valeurs qui le fondent, indicible. L'identité de la communauté politique reposerait, en d'autres termes, sur une *ipsée* et non sur un *idem*. La citoyenneté perd de ce fait sa substance démocratique³⁵⁶ pour laisser place au modèle du sujet de droit, dépolitisé, individualisé et internationalisé, selon les repères imposés par l'État de droit et le paradigme droit-de-l'hommiste. Les repères des uns sont alors perte de repères pour les autres, en ce qu'ils vident de leur sens les concepts fondamentaux de la démocratie. Comme le note le professeur

³⁵¹ BEAUD (O.), « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 257.

³⁵² BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 250.

³⁵³ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 35.

³⁵⁴ « Désincarnée et pensée historiquement comme un pur enchaînement de normes hiérarchisées, elle n'est plus appréhendée comme un acte fondateur définissant les valeurs capables de cimenter une nation ». Ibid., p. 22.

³⁵⁵ MARZANO (M.), *Le contrat de défiance*, Paris, Grasset, 2010, p. 13. Cette idée rappelle par ailleurs les mots très éloquents de TOCQUEVILLE, qui mettait déjà en garde contre ces errements. Ainsi, dit-il, « je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer des petits et vulgaires plaisirs, dont ils emplissent leur âme. Chacun d'eux, retiré à l'écart, est comme étranger à la destinée de tous les autres : ses enfants et ses amis particuliers forment pour lui toute l'espèce humaine ; quant au demeurant de ses concitoyens, il est à côté d'eux, mais il ne les voit pas ; il n'existe qu'en lui-même et pour lui seul, et, s'il reste encore une famille, on peut dire du moins qu'il n'a plus de patrie ». TOCQUEVILLE (A. de), *Le despotisme démocratique*, op. cit., pp. 66-67.

³⁵⁶ CONSTANT (F.), *La citoyenneté*, Paris, Monchrestien, 2^e éd., 2000, p. 98.

BARANGER, « ce retrait prend la forme d'une perte progressive de sens. On emploie encore les mots. Mais on ne sait plus ce qu'on veut dire, non pas par manque d'intelligence, mais parce que le contexte ne le permet plus. [...] Historiquement, comme moyen de rendre l'État intelligible à l'usage de nos contemporains, la souveraineté ne me semble plus jouer son rôle opératoire »³⁵⁷. Ensuite, c'est la légitimité d'impartialité du juge constitutionnel, fondant son indispensabilité pour la démocratie, qui est à son tour relativisée. Aussi est-il argué, d'une part, que l'interprétation constitutionnelle n'est pas monopolisée par le juge, mais relève également des autres pouvoirs constitués et, d'autre part, — cette thèse est bien connue³⁵⁸ — que le contrôle de constitutionnalité des lois est par nature un contrôle à caractère politique³⁵⁹. L'argument visant à démystifier la neutralité du juge en fait donc autant un co-auteur de la loi qu'un co-auteur de la Constitution, de même que l'interprétation juridictionnelle doit être appréciée plus largement au regard de l'ensemble des interprétations proposées par les pouvoirs constitués³⁶⁰. C'est enfin le concept de politique qui est, contrairement à son acception négative véhiculée par la théorie libérale, apprécié positivement comme signification et engagement pour le vivre-ensemble³⁶¹. Selon ce postulat, donc, l'association entre droit et politique est compatible et permet de surcroît d'appréhender le droit constitutionnel sous toutes ces facettes. Comme le préconise à ce titre le professeur DENQUIN, la priorité ontologique du droit jurisprudentiel sur le droit institutionnel doit être renversée, ou au moins relativisée, afin que la théorie constitutionnelle puisse se réapproprier l'entièreté du droit constitutionnel et ses

³⁵⁷ BARANGER (D.), « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum*, 2009, n° 3, p. 19. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html>.

³⁵⁸ Voir par exemple, BERTRAND (M.), « Le Conseil constitutionnel "législateur positif". Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC*, 2010, n° 2, p. 507-531 ; BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2012, n° 7.

³⁵⁹ « *Le juge de l'habilitation a un intérêt direct à élargir le champ de la norme de référence, au nom de laquelle il exerce son contrôle, par exemple en donnant à la Déclaration des droits de l'homme de 1789 un champ d'application aussi large que possible. Inversement, il a intérêt, non pas à réduire à néant le pouvoir discrétionnaire de l'organe contrôlé, mais, de façon plus subtile, à en soumettre l'exercice au plus grand nombre possible de conditions, de façon à multiplier les occasions d'exercer son propre pouvoir* ». PIMENTEL (C.-M.), « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in PARIENTE (A.) (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 21.

³⁶⁰ Comme le démontre en ce sens le professeur AVRIL, l'interprétation du juge constitutionnel, dont l'autorité est tirée de l'article 62 de la Constitution, découle d'une habilitation et d'une procédure spécifique, à caractère juridictionnel, qui ne peut être comparée à celle des autres pouvoirs publics. Les interprètes ne sont pas les mêmes, mais leurs interprétations ont tout de même en commun le fait de se traduire par des normes. Voir, AVRIL (P.), *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, p. 62.

³⁶¹ BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

spécificités³⁶². Le versant procédural est en ce sens nécessaire au processus démocratique, mais n'en est pas pour autant exclusif³⁶³. En conclusion, « une conception satisfaisante de la légitimité démocratique doit essayer de tenir ensemble les pôles du consentement et de la validité, de la volonté et de la justification »³⁶⁴.

33. À partir de là, l'intérêt de cette controverse s'est accentué et trouve une illustration opportune depuis l'entrée en vigueur de la QPC. Confortant, d'une part, l'intérêt de l'approche contentieuse et d'une définition formelle de la Constitution, elle a, d'autre part, permis de voir émerger un regard critique sur la place de la justiciabilité dans la théorie constitutionnelle et, par extension, dans le processus démocratique.

34. **L'illustration opportune de la QPC.** L'entrée en vigueur de la QPC³⁶⁵ a suscité l'effervescence, comme une « révolution »³⁶⁶, une « redécouverte de la pensée constitutionnelle »³⁶⁷, présentant un droit constitutionnel « re-dynamisé », « démocratisé »³⁶⁸ et réapproprié par la société³⁶⁹. Elle se voit, autrement dit, incarnée en une procédure participant au processus d'autonomie démocratique. Ce propos ne fait néanmoins pas l'unanimité ; et,

³⁶² Ainsi précise-t-il que l'objet de la théorie constitutionnelle « fait en effet penser le droit constitutionnel comme un droit instituant et comme droit normé, comme institué et comme normatif, comme possibilité du droit et comme droit du droit, comme artificiel, changeant et corpus des droits fondamentaux, comme processus et comme résultat, comme possible et comme réel. Il fait décrire la distinction, la solidarité et la tension entre ces polarités ». DENQUIN (J.-M.), « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 21.

³⁶³ CASTORIADIS (C.), « La démocratie comme régime et comme procédure », *op. cit.*, p. 284.

³⁶⁴ ROUSSIN (J.), « Deux conditions de la légitimité démocratique », *Philosophiques*, 2019, n° 1, pp. 45-66.

³⁶⁵ Art. 61-1, Const. 1958 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

³⁶⁶ Au regard d'une littérature pléthorique sur le sujet (revues, ouvrages collectifs, colloques...), nous nous limiterons à quelques exemples significatifs sur ce point. Voir : « La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », Dossier, *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 5-191 ; PAULIAT (H.), NEGRON (É.), BERTHIER (L.), *Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes de du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010 Limoges, PULIM, 2011, 172 p. ; DUPIC (E.), BRIAND (L.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une révolution des droits fondamentaux*, Paris, PUF, 2013, 243 p. ; *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), Actes du colloque organisé le 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, 219 p. ; ROULHAC (C.), « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale », *Revue de droit fiscal*, 2017, n° 51-52, p. 12 ; ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, *op. cit.*, 152 p.

³⁶⁷ ROUSSEAU (D.), « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 123-142.

³⁶⁸ Voir, par exemple, *La QPC, une question pour la démocratie*, Actes de colloque l'hôtel de Lassay, 5 avril 2013, *JCP G*, 15 juillet 2013, n° 29-34.

³⁶⁹ LE POURHIET (A.-M.), « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *RFDC*, 2015, n° 102, p. 284.

même si les bouleversements opérés par ce contentieux sont évidents³⁷⁰, c'est surtout sur leurs appréciations que deux grandes thèses doivent être mises en balance : celle de l'optimisme et celle du scepticisme. D'un côté, la thèse optimiste présente la QPC comme le point d'orgue de la démocratisation de la Constitution, en s'appuyant sur l'argument général d'une réappropriation. Les illustrations ne manquent pas et renvoient, comme vu précédemment, à un gain de réflexivité qui permettrait de « rendre présents en permanence les principes organisateurs de la vie sociale » au sein même de la norme fondamentale³⁷¹. « La Constitution devient une affaire de communauté nationale »³⁷², un « acte de société »³⁷³, un « nouvel espace d'expression de la volonté générale »³⁷⁴, etc. impliquant désormais, à la fois, « tout justiciable » à l'occasion d'un procès, mais aussi les institutions et les professionnels du droit. « Juges judiciaires, avocats, gouvernants, citoyens ignoraient la constitution ; aujourd'hui, ils se la sont appropriée ; mieux, ils font du droit constitutionnel »³⁷⁵. Contrôlant des lois ayant déjà produit des effets juridiques, le juge constitutionnel doit désormais composer avec les effets de ses décisions sur la situation des justiciables et (ou) des pouvoirs publics, se positionnant parfois au sein de débats de société médiatisés ; mariage pour tous³⁷⁶, suppressions des cotisations familiales³⁷⁷, pénalisation des clients de prostituées³⁷⁸, fiscalité³⁷⁹, fraternité³⁸⁰, etc. sont autant de sujets qui font de ce contentieux un médium, un mode de « “conversation” »

³⁷⁰ « Elle renverse les principes établis, rénove les rapports institutionnels et bouscule le droit autant que le fonctionnement de la démocratie, le tout en se mettant au service de la garantie des droits et des libertés du justiciable. Un véritable progrès à n'en pas douter ». BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 121.

³⁷¹ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 224. En philosophie politique, cette thèse a, par exemple, été popularisée par l'œuvre de Pierre ROSANVALLON, présentant les cours constitutionnelles contemporaines comme des institutions participant à cette conception réflexive de la démocratie. « La réflexivité est donc là identifiée à une entreprise de lucidité, à un rappel des réalités » (Ibid., p. 227).

³⁷² SCHRAMECK (O.), « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », RDP, 2008, n° 1, p. 27.

³⁷³ ROUSSEAU (D.), « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », op. cit., p. 127.

³⁷⁴ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, op. cit., p. 119.

³⁷⁵ ROUSSEAU (D.), « La QPC, redécouverte de la pensée constitutionnelle », op. cit., p. 124.

³⁷⁶ Cons. const., n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* ; Cons. const., n° 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres [Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil]*.

³⁷⁷ Cons. const., n° 2019-806 QPC, 4 octobre 2019, *M. Gilbert A. [Taux dérogatoires des cotisations sociales des assurés sociaux non fiscalement domiciliés en France]*.

³⁷⁸ Cons. const., n° 2019-761 QPC, 1^{er} février 2019, *Association Médecins du monde et autres [Pénalisation des clients de personnes se livrant à la prostitution]*.

³⁷⁹ Pour un aperçu général, voir : PUISSANT (J.), « L'effet utile et l'effectivité des décisions en matière fiscale », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.) (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, Titre VII, Hors-série « les dix ans de la question citoyenne », 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-effet-utile-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-un-bilan-critique>.

³⁸⁰ Cons. const., n° 2018-171-718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*.

démocratique »³⁸¹. Étant ouvert à toutes les branches du droit et se déclenchant au gré de tout procès présenté devant les juges ordinaires, il contribuerait à extirper la Constitution de son ancienne image de « temple allégorique habité par des ombres », selon la formule de Georges BURDEAU³⁸². C'est en même temps l'architecture du pouvoir constitutionnel qui est portée à un renouveau. « La reconfiguration des ordres juridictionnel sous l'effet de la question prioritaire de constitutionnalité est indéniable. La formalisation d'un pouvoir juridictionnel, originellement impensé et désormais au moins implicitement consacré, est une réalité, renforçant d'autant plus la perception de la justice comme telle »³⁸³. En résumé, si la QPC est dorénavant le moteur d'une nouvelle « culture constitutionnelle partagée »³⁸⁴ — que l'institution elle-même ne manque pas d'ailleurs de promouvoir³⁸⁵ —, elle ne doit cependant pas faire à son tour l'objet d'une mystification. Comme précédemment énoncé, le mythe n'est jamais innocent et, dans le cas présent, il fait de la QPC un instrument opportun de justification politique de la démocratie constitutionnelle par la promotion renouvelée de l'indispensabilité de la justice constitutionnelle pour la démocratie. Par la même occasion, elle est « “pavé” de plus dans le jardin du légicentrisme français », achevant ainsi le phénomène, depuis longtemps amorcé, de rétrogradation de la souveraineté de loi³⁸⁶. D'un autre côté, la décennie de pratique de ce contentieux a été l'occasion, pour une thèse plus sceptique, de mettre en évidence l'accélération d'une mutation déjà critiquée de la théorie constitutionnelle. Deux arguments principaux y sont présentés. Premièrement, sur le plan épistémologique, est arguée une banalisation de la discipline et du droit constitutionnel lui-même. Selon le Professeur VIALA, « en élevant la Constitution au rang de norme suprême, l'État de droit assure d'un même geste la promotion et la banalisation du droit constitutionnel »³⁸⁷. Le tournant contentieux, initié par l'« École d'Aix-en-Provence » dans les années 70, ayant eu pour effet d'autonomiser la discipline par rapport à la science politique et de lui donner par là même les attributs officiels

³⁸¹ Voir en ce sens, SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2016, pp. 546-558.

³⁸² BURDEAU (G.), « Une survivance : la notion de constitution », in *Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

³⁸³ HOURQUEBIE (F.), « Le Conseil constitutionnel, pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », *op. cit.*, p. 124.

³⁸⁴ Sur cette question, CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire de Varenne, coll. Colloques et Essais, 2015, 280 p.

³⁸⁵ Pour une vue d'ensemble, le site Internet du Conseil constitutionnel permet aisément de remarquer les différents procédés utilisés pour promouvoir la QPC, allant des discours officiels, aux colloques, aux numéros de la revue en ligne jusqu'aux vidéos pédagogiques. Voir, <https://www.conseil-constitutionnel.fr>.

³⁸⁶ HOURQUEBIE (F.), « Le Conseil constitutionnel, pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », *op. cit.*, p. 117.

³⁸⁷ VIALA (A.), « L'autonomisation du droit constitutionnel : de la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in MATHIEU (B.) (dir.), *1958-2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, coll. Études mélanges, travaux, 2008, p. 522.

d'un véritable discours scientifique³⁸⁸, se voit en effet perpétré par un engouement pour la méthode « arrêteste »³⁸⁹, passant « moins par le commentaire des lois, que par le commentaire d'arrêt »³⁹⁰. Dans la continuité de ce tropisme contentieux, et de manière très évocatrice, le contentieux QPC a été l'occasion d'officialiser l'émergence d'un « droit constitutionnel procédural »³⁹¹ ou processuel³⁹², à l'instar d'autres disciplines comme le droit civil ou le droit administratif³⁹³. Cette autonomisation par technicisation est donc paradoxalement le facteur principal de l'appauvrissement de son objet et de sa spécificité originelle, tel un « droit comme les autres »³⁹⁴. Ainsi cantonnée à l'horizon indépassable de neutralité axiologique propre à la science du droit, l'expertise du constitutionnaliste est réduite aux simples commentaires de jurisprudences et perd la plus-value créatrice que lui autorisait jadis la méthode propre à la science politique³⁹⁵. Est plus précisément déplorée, à l'instar du professeur DENQUIN, une « dévalorisation de l'idée de légitimité, des problèmes de philosophie politique »³⁹⁶. La surestimation du droit jurisprudentiel est perçue comme une « régression dans l'évolution d'ensemble du constitutionnalisme »³⁹⁷, car elle relègue au second plan la teneur politique et institutionnelle caractéristique de la Constitution qui imprégnait jusqu'alors la discipline. Cette banalisation implique, secondement, la dénonciation d'une perte d'unité dans le droit constitutionnel lui-même. L'ouverture aux particuliers et le caractère incident du contrôle *a posteriori* à l'origine de la colonisation de toutes les branches du droit font sous cet angle gagner la Constitution en diversité ce qu'elle perd en cohérence. Dénoncée par certains contradicteurs

³⁸⁸ CAYLA (O.), « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 112.

³⁸⁹ Voir, VIALA (A.), « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêteste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, n° 4, pp. 1137-1162.

³⁹⁰ JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2.

³⁹¹ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *op. cit.*, p. 103.

³⁹² Voir à ce titre, ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit constitutionnel processuel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/vers-l-emergence-d-un-droit-processuel-constitutionnel> ; CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *op. cit.*

³⁹³ Dès lors, « le droit constitutionnel est du droit : preuve en est, il a son juge. Aussi convient-il de se tourner vers celui-ci, comme c'est le cas en droit civil ou en droit administratif, pour établir la signification des énoncés constitutionnels ». MAGNON (X.), « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentatives de reconstruction », *op. cit.*, p. 241.

³⁹⁴ DENQUIN (J.-M.), « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 55.

³⁹⁵ VIALA (A.), « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêteste. Questions de méthode », *op. cit.*, p. 1139.

³⁹⁶ À ce titre, le Professeur DENQUIN dénonce par exemple une « dévalorisation de l'idée de légitimité, des problèmes de philosophie politique ». DENQUIN (J.-M.), « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 17. Voir également, MAGNON (X.), « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel – », *AJJC*, 2015, vol. XXXI, p. 15.

³⁹⁷ BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2012, n° 7.

du paradigme droit-de-l'homme³⁹⁸, la QPC exporterait le symptôme malade de la subjectivisation³⁹⁹ excessive propre à la modernité juridique dans la Constitution, en instaurant un « supermarché des droits fondamentaux » au sein d'un contentieux objectif inadapté⁴⁰⁰. En proie aux réinterprétations ponctuelles, successives et imprévisibles, elle ferait perdre par là même au droit constitutionnel sa cohérence d'ensemble et sa stabilité ; la juridictionnalisation de la Constitution fait d'elle une norme « instable et indéterminée (l'évanescence progressive du concept est proportionnelle à l'inflation de ses significations et de ses définitions) »⁴⁰¹. Aussi, à l'argument d'une socialisation de la Constitution se voit opposer un argument quantitatif dénonçant un contentieux mobilisant la Constitution pour un grand nombre de domaines « micro-juridiques »⁴⁰², tels que le pouvoir des douanes de pénétrer dans les bateaux de plaisance⁴⁰³ ou encore les cas de conflits entre taxis et motos-taxis⁴⁰⁴. Il est autrement dit pointé une instrumentalisation de cette dernière au nom des droits subjectifs des justiciables⁴⁰⁵, en favorisant « un rapport individualiste à la Constitution »⁴⁰⁶. Le projet d'autonomie démocratique est finalement dévié vers une compétition de revendications particulières⁴⁰⁷. C'est alors sa symbolique même qui s'effondre par « l'épuisement de la traditionnelle croyance en un destin collectif et la multiplication de revendications identitaires propres à fragiliser le principe d'unité porté par l'acte fondateur »⁴⁰⁸.

³⁹⁸ Par exemple, TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, n° 124, pp. 58-72 ; DESMONS (É.), « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 26.

³⁹⁹ Comme l'exprime le professeur DUPRE DE BOULOIS, « la subjectivisation exprime l'idée que le droit est de plus en plus pensé et construit à travers l'allocation de droits subjectifs aux personnes plutôt qu'au prisme d'un droit objectif qui déterminerait les situations respectives des individus via des institutions et des statuts. Elle traduit la valorisation des intérêts individuels aux dépens de l'intérêt collectif ou général ». DUPRE DE BOULOIS (X.), « La fin des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2020, chron. n° 60.

⁴⁰⁰ DUPRE DE BOULOIS (X.), « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDLF*, 2014, chron. n° 2.

⁴⁰¹ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 9.

⁴⁰² « [...] la majorité des questions de constitutionnalité sont concrètes, précises, microjuridiques, elles se nichent dans les détails de la vie juridique et peuvent concerner aussi bien la quantité de matériaux en bois dans certaines constructions, la taxe sur les boues d'épuration ou le taux de TVA sur la margarine ». BOTTON (A.), DE LAMY (B.), MAGNON (X.), « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2012, n° 31 p. 2030.

⁴⁰³ Cons. const., n° 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd [Visite des navires par les agents des douanes]*.

⁴⁰⁴ Cons. const., n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]*.

⁴⁰⁵ DUBOUT (E.), « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, pp. 106-133.

⁴⁰⁶ LE DIVEILLEC (A.), « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, op. cit., p. 95.

⁴⁰⁷ « Comment ne pas voir que les justiciables ont des visées exclusivement prosaïques et les conservent ? Ils veulent simplement gagner leurs procès, quels que soient les moyens. Ne nous berçons pas d'illusions à ce sujet ». Ibid., p. 96.

⁴⁰⁸ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., pp. 9-10.

35. Cette controverse est ainsi l'occasion de prendre un recul critique sur la démocratie constitutionnelle. Si chacune des doctrines présentées, par son objet et sa méthode, en présente une vision spécifique, elles n'en ont pas pour autant l'exclusivité. Ces dernières ont le mérite de poser les grandes questions de la démocratie contemporaine. Entre subjectivisation et re-objectivisation de la Constitution, et plus largement de la démocratie, il existe également d'autres perspectives de conciliation ou des alternatives visant à rendre l'expérience démocratique la plus compatible possible avec ses mythes, ou plus précisément ses principes fondateurs.

C. Le renouvellement : conditions et limites d'une repolitisation par les droits de l'homme

36. Au regard des fictions qui la constituent, la modernité juridique doit satisfaire les promesses de l'universalité des droits, en même temps qu'elle prône un renouveau des principes d'auto-gouvernement. Or, il semble que cette promesse n'ait pas été tenue⁴⁰⁹. « L'État libéral, sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir. Telle est la grande aventure dans laquelle, au nom de la liberté, il est engagé »⁴¹⁰. Cet engagement a en effet dissipé le référentiel d'homogénéité incarné dans la Nation tel que construit à la Révolution, de sorte que même le compromis proposé par un libéral tel que Benjamin CONSTANT⁴¹¹, entre la liberté des Anciens et celle des Modernes, semble avoir périclité. Entraîné dans ce mouvement, le paradigme droit-de-l'homme aurait inscrit la démocratie dans une direction irrévocable, comme en proie à la flèche du temps, appelant fatalement à redéfinir ses repères à l'aune de son expérience. À ce titre, le professeur SEGUR note qu'« en définitive, le pouvoir politique irait vers une intégration toujours plus poussée de la collectivité, mais, au-delà d'un certain seuil, cette intégration supposant une reconstruction du sens, il n'y aurait d'autre alternative pour la reconquête de celui-ci qu'un retour au pluralisme et au

⁴⁰⁹ Voir, BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 203.

⁴¹⁰ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 117.

⁴¹¹ Exposant, en effet, les risques propres à chaque type de liberté, la proposition de Constant consiste — cette thèse est bien connue — à s'assurer que l'une n'annule pas l'autre. L'idée est, autrement dit, la recherche d'un équilibre. « *Le danger de la liberté antique était qu'attentifs uniquement à s'assurer le partage du pouvoir social, les hommes ne fissent trop bon marché des droits et de jouissances individuelles [...]. Le danger de la liberté moderne, c'est qu'absorbés dans la jouissance de notre indépendance privée, et dans la poursuite de nos intérêts particuliers, nous ne renoncions trop facilement à notre droit de partage dans le pouvoir politique* » ; ainsi est-il nécessaire d'« *apprendre à les combiner l'une avec l'autre* », CONSTANT (B.), « De la liberté des Anciens comparée à celles des Modernes », op. cit., p. 616-618.

fractionnement du pouvoir »⁴¹². La perte de repères engendrée serait ainsi accentuée par un décalage entre les concepts utilisés pour penser la démocratie et la réalité que ces derniers tendraient à décrire. Dès lors est-il opportun de se demander si cette reconstruction de sens permettrait de penser une repolitisation⁴¹³ de la démocratie par les droits de l'homme et, le cas échéant, sous quelles conditions.

37. La confusion des repères. Les prescriptions découlant du principe d'universalité, notamment fondées sur une logique de non-discrimination des sujets de droit en vertu de leur statut politique, ou autrement dit de leur appartenance à la communauté de nationaux⁴¹⁴, donne à la démocratie des droits de l'homme un *demos* à l'identité troublée. Ceci s'explique par le fait qu'il met à l'épreuve la tradition, et donc ses mythes originels⁴¹⁵. Si la référence à un peuple fondateur et constituant lie le peuple momentané et une succession de générations⁴¹⁶, le prestige de la formule ne suffit plus à illustrer les hésitations de l'expérience démocratique. En effet, « la mention permanente du peuple comme source du pouvoir dans les grands textes constitutionnels et dans les discours, des institutions et de la doctrine, permet de maintenir intacte l'idée démocratique. Mais la référence à un peuple fictionnel peut difficilement se suffire à elle-même »⁴¹⁷. C'est, par exemple, sur cette idée que se fonde la professeure COLLIOT-THELENE pour présenter une « démocratie sans *demos* »⁴¹⁸, voyant dans la revendication des droits une nouvelle forme de politique matérialisée par une participation à l'évolution du droit, supplantant une participation politique traditionnelle submergée par ses fictions et ne correspondant plus à la réalité de l'État moderne⁴¹⁹. Le problème est alors de trouver un référentiel du « en-commun » ou du « pouvoir en commun » qui satisfasse mieux l'expérience démocratique actuelle. C'est alors dans les droits de l'homme, plus précisément dans leur concrétisation juridique en droits fondamentaux, et dans l'égale liberté de leur revendication, autrement dit leur justiciabilité, que va s'incarner l'autre visage du *demos* : celui des justiciables.

⁴¹² SEGUR (Ph.), *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, Thèse dactyl., Université Toulouse I Capitole, 1993, p. 387.

⁴¹³ La repolitisation sous-entend ici, dans son principe général, la recomposition des règles du vivre-ensemble par la rationalisation de l'ensemble des revendications subjectives de droits, dont la conciliation est assurée par le contrôle opéré par le juge.

⁴¹⁴ Comme l'énonce Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, « la nationalité a pour contenu l'appartenance à l'association constitutive de l'organisation de la domination étatique ». BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 284.

⁴¹⁵ Voir, *supra*.

⁴¹⁶ GAUCHET (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, op. cit., p. 45.

⁴¹⁷ ALTWEGG-BOUSSAC (M.), « Le droit politique, des concepts et des formes », op. cit., p. 70.

⁴¹⁸ « Au regard de l'idéal normatif de la démocratie moderne, il peut paraître douloureux de renoncer à l'idée de l'autolégislation, ainsi qu'à la notion, qui lui est liée, du pouvoir constituant. C'est cependant le prix à payer pour percevoir et comprendre les conditions nouvelles de la citoyenneté démocratique ». COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, op. cit., p. 20.

⁴¹⁹ COLLIOT-THELENE (C.), « Les masques de la souveraineté », op. cit., p. 17.

Si le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité guide en effet la garantie juridictionnelle des droits, alors la faculté donnée au non-citoyen de proposer, à l'occasion d'un recours, une interprétation de la Constitution et, éventuellement, de censurer ou de corriger la loi, lui donne, par le biais du tiers impartial, la possibilité d'atteindre la volonté souveraine. Il y aurait par là une sorte de « zone grise » dans le principe d'auto-législation selon les présupposés qui fondent la démocratie politique traditionnelle. Néanmoins, il ne faut pas oublier que ce qui peut apparaître comme une dépossession souveraine est en réalité le résultat d'une permission préalable du souverain constituant lui-même. C'est bien, en effet, le constituant qui a proclamé la possibilité pour « tout justiciable » d'intenter une QPC et de se saisir de la norme fondamentale, ou qui a encore accepté de souscrire aux obligations conventionnelles de l'article 6 § 1 de la Convention EDH. Tout se passe comme si la communauté des sujets politiques, les nationaux, se tenait dans l'ombre portée des sujets de droits fondamentaux, potentiellement internationalisés, universalisés dans leur personne humaine et donc liés selon un nouveau principe unificateur. Ainsi est formée une communauté de sujets de droits justiciables, disposant chacun d'une égale liberté⁴²⁰ à prétendre être justiciable vis-à-vis de l'État. C'est alors dans cette perspective que la démocratie trouverait un fondement politique au « commun », caractérisant sa re-politisation. Un tel constat se retrouve par exemple chez Marcel GAUCHET, selon lequel les droits de l'homme ne sont plus seulement une prérogative d'opposition au pouvoir, mais ils « deviennent une politique » par leur émancipation en tant que « centre de gravité idéologique »⁴²¹ de la démocratie. D'autres propositions doctrinales sont d'ailleurs, à leur manière, allées dans ce sens.

38. Les propositions de réconciliation. D'un point de vue général, en termes de méthode, il est ainsi nécessaire de rompre avec le prétendu neutralisme politique de la logique libérale (étant considéré que ce neutralisme est lui-même un parti-pris axiologique, en ce qu'il est un critère de légitimité de la démocratie). La difficulté réside néanmoins dans la réconciliation de l'Un et du Multiple, autour d'une finalité commune, tout en incluant les droits fondamentaux dans le processus d'autonomie. La controverse doctrinale présentée

⁴²⁰ Selon les discriminations autorisées par le principe juridique d'égalité, obéissant au schéma de cercles concentriques de droits fondamentaux exposé en amont. Voir, *supra*.

⁴²¹ GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, p. 262. L'auteur soutient ainsi l'idée que les droits de l'homme ont dépassé leur fonction de rempart à l'action publique pour devenir un référentiel qui permet de définir la politique. « *Fondements, c'est-à-dire non pas seulement la position de valeurs régulatrices suprêmes vers lesquelles tendre tant bien que mal ; c'est-à-dire non pas simplement la portée de barrières infranchissables à opposer aux pouvoirs ; mais la position et la portée de principes de définition, à la fois premiers et exhaustifs, demandant de tout reprendre à la base et ne laissant rien échapper* ».

précédemment au sein du constitutionnalisme met en tension « la nostalgie des communautés perdues et l'espérance des individus insatisfaits »⁴²². C'est elle qui fait naître la critique du mouvement de subjectivisation. Rééquilibrer la balance demande alors un changement de perspective. Une démarche réformatrice, d'une part, peut se proposer une re-subsantialisation de la démocratie, au risque cependant de tomber dans l'idéalisme, alors qu'une démarche adaptative, d'autre part, se propose de reconsidérer les rapports entre le juge et le politique pour les rendre compatibles avec la démocratie contemporaine.

39. Tout d'abord, c'est chez Jürgen HABERMAS qu'une thèse, désormais connue, se propose de rendre compatibles la souveraineté populaire et les droits de l'homme⁴²³, par la « conception procéduraliste du droit » formée en réaction à la crise de l'État de droit⁴²⁴. Pour ce faire, le processus démocratique prend forme sous une éthique de la discussion, s'appréciant selon une logique intersubjective, délibérative qui, contrairement à la logique dualiste du libéralisme⁴²⁵, se base sur une « co-originarité entre autonomie individuelle et publique »⁴²⁶. Sa théorie de la justice constitutionnelle cherche à replacer et encadrer le juge au sein d'un processus discursif, afin de parvenir à un compromis entre les possibilités d'unification des intérêts et le respect de la diversité des préférences subjectives. Il s'agit alors d'encadrer l'office du juge à restituant une démarche de fondamentalisation des valeurs résultant du processus discursif intersubjectif organisé entre les citoyens. Ainsi, « la participation intersubjective nous invite à envisager comment les citoyens politiquement autonomes peuvent effectivement se considérer et se confirmer mutuellement comme les acteurs et des auteurs démocratiques des

⁴²² JOUANJAN (O.), « Préface », in BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, op. cit., p. 45.

⁴²³ Voir, HABERMAS (J.), « La souveraineté populaire comme procédure », *Lignes*, 1989, n° 7, pp. 29-58. Comme l'explique le Professeur VIALA, l'approche habermassienne cherche à trouver un compromis entre une approche strictement relativiste de la démocratie et les dangers d'une conception strictement axiologique des droits de l'homme. « *La philosophie du droit d'Habermas retient l'héritage de la modernité l'absence de transcendance et de référence axiologique absolue sans pour autant désespérer de la possibilité qu'ont les hommes de s'entendre, fût-ce de façon contingente, sur une éthique commune et objectivement connaissable.* » VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie ? », op. cit., p. 149.

⁴²⁴ Voir en ce sens, HABERMAS (J.), « Crise de l'État de droit et conception procéduraliste du droit », in *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 456. « *Le mouvement de procéduralisation et de processualisation auquel on assiste apparaît comme un élément de renouvellement et d'approfondissement d'une démocratie envisagée comme un régime non seulement politique, mais social où l'accès de tous à un droit devenu pluraliste devient possible.* »

⁴²⁵ AUDARD (C.), *Qu'est-ce que le libéralisme. Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2009, spéc. pp. 704-711

⁴²⁶ MELKEVIK (B.), « Droit et démocratie : retour sur l'approche procédurale de Habermas », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 189. Aussi, l'auteur poursuit-il que, selon la perspective d'HABERMAS, « *la participation intersubjective nous invite à envisager comment les citoyens politiquement autonomes peuvent effectivement se considérer et se confirmer mutuellement comme les acteurs et des auteurs démocratiques des droits.* » Ibid., p. 199.

droits »⁴²⁷. Le pluralisme des idées et des volontés est l'exigence première pour garantir l'homogénéité entre démocratie et droit, à condition cependant qu'il y ait consensus parmi les individus sur le sens à donner aux libertés de type subjectives. C'est précisément sur cette logique que cette thèse a trouvé ses principales critiques, car, par ses postulats, elle substitue finalement un mythe à un autre, sous les traits d'une vision élitiste d'une démocratie « protégée par le langage »,⁴²⁸ en supposant un processus communicationnel entre des individus suffisamment sages pour proposer des décisions objectivement justes⁴²⁹. Ce substantialisme, fondé sur un idéalisme « porté sur la pureté et le désintéressement subjectif des échanges, ne prend pas en compte les stratégies ou les intérêts des interlocuteurs »⁴³⁰.

40. D'autres tentatives de re-substantialisation ont ensuite été proposées par la doctrine du républicanisme. En réaction au neutralisme procédural libéral, celle-ci met en avant, comme solution de rechange, une alliance entre perfectionnisme et substance, prônant le fait que « l'État ne doit pas être neutre et qu'il doit au contraire promouvoir certaines valeurs et vertus substantielles. Le républicanisme repose en particulier sur une valorisation des vertus de la citoyenneté et promeut la participation active à la vie politique »⁴³¹. À l'instar de la doctrine du droit politique, est ici prescrite une revalorisation des mécanismes institutionnels démocratiques, de manière à réhabiliter un engagement politique tourné vers la *res publica*, et à contrer de ce fait le délitement du lien social généré par la pratique du libéralisme. Une proposition systématique de cette théorie a, par exemple, été proposée par Philippe PETTIT⁴³². La liberté y est appréhendée, non comme liberté négative ou positive, mais comme une forme de pouvoir fondée sur un principe de « non-domination ». Renforçant l'idée d'auto-gouvernement par la participation et la délibération, cette thèse prend appui sur les préceptes du constitutionnalisme classique. Afin de combattre le *dominium* associé à l'*imperium* du gouvernement, la constitution de l'État républicain doit se munir de formes institutionnelles

⁴²⁷ MELKEVIK (B.), « Droit et démocratie : retour sur l'approche procédurale de Habermas », *op. cit.*, p. 189

⁴²⁸ FONSECA (D.), « L'«effet Habermas» dans la doctrine constitutionnelle contemporaine », *RDP*, 2007, n° 6, p. 1593.

⁴²⁹ « Aussi, parce qu'elle est élitiste, l'éthique de la discussion semble relever davantage de la vision substantialiste que de l'approche relativiste de la démocratie dans la mesure où elle laisse entendre que la prudence et les lumières du juge, par le moyen de la discussion, seraient les voies d'accès à une vérité axiologique dont seule une vision angélique de la communication peut entretenir le mythe ». VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie ? », *op. cit.*, p. 150.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 151. Voir dans le même sens, CAYLA (O.), « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1541-1568.

⁴³¹ L'intérêt de cette présentation réside par ailleurs dans le regain doctrinal récents pour les thèses républicanistes et plus généralement sur les alternatives proposées au libéralisme. Voir, DESMONS (O.), « Le républicanisme, une solution de rechange au libéralisme politique », *Philosophiques*, 2019, vol. 46, n° 1, p. 98.

⁴³² PETTIT (Ph.), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Gallimard, coll. Essais, 2004, 444 p.

propres à en fournir des garanties. En ce sens, il précise que « pour ne pas subir de domination, il faut non seulement ne pas être soumis à des interférences arbitraires, mais il faut encore disposer d'une forme de garantie et de résilience de non-interférence [...] Peu importe, dès lors que je jouis effectivement d'une situation de non-domination, dès lors que je bénéficie réellement de cette réciprocité des pouvoirs ou de la disposition constitutionnelle requises pour qu'il y ait non-domination »⁴³³. Cette substantialisation et ce perfectionnisme sont alors assurés faisant de cette non-domination une valeur démocratique fondamentale⁴³⁴ destinée à réhabiliter la logique citoyenne au cœur de processus d'autonomie et prenant le contre-pied de la logique libérale de non-interférence entre l'État et la société. « Si la liberté comme non-domination correspond à la liberté dans la cité, la liberté comme non-interférence désigne quant à elle une liberté dans le désert »⁴³⁵. Cette liberté républicaine est ainsi insérée dans le cadre d'une « démocratie de contestation »⁴³⁶ où le peuple est réinséré dans le processus décisionnel en retrouvant un pouvoir de surveillance et de proposition. Cette démarche de défiance, ou de « vigilance républicaine »⁴³⁷ doit se concrétiser par la création de forums de contestations institutionnalisés⁴³⁸, pour renforcer la responsabilisation du pouvoir politique et redonner sens à la logique citoyenne. Voulant surmonter les difficultés liées aux fictions propres à la logique représentative, celle-ci se base « non pas sur le consentement supposé des individus, mais plutôt sur la possibilité, pour les gens, de contester tout ce que fait le gouvernement. La chose essentielle qu'il convient de garantir, c'est que les actes de gouvernement soient capables de surmonter l'épreuve de la contestation populaire, et non pas qu'ils soient le produit de la volonté du peuple »⁴³⁹. Néanmoins, ici encore, cette thèse demeure profondément prescriptive. En projetant en effet d'élever l'autonomie démocratique à sa symbolique originelle, elle prend les traits d'un idéalisme — que conçoit d'ailleurs l'auteur⁴⁴⁰ — relativement exigeant dans ses conditions et sa réalisation en pratique. Elle suppose, premièrement, un consensus quasi unanime au sein de la communauté autour du principe de non-domination, deuxièmement, un

⁴³³ *Ibid.*, p. 98.

⁴³⁴ « La manière la plus naturelle de représenter la liberté comme non-domination est de lui attribuer le rôle d'une valeur que l'État doit s'efforcer de promouvoir, et non celui d'une contrainte qu'il devrait respecter ; c'est en outre de cette façon que la tradition républicaine la représente d'une manière générale : cette tradition a donc un caractère conséquentialiste ». *Ibid.*, p. 367.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 95.

⁴³⁶ PETTIT (Ph.), « Republican liberty and contestatory democratization », in SHAPIRO (I.), HACKER-CORDON (C.) (dir.), *Democracy's Value*, Cambridge University Press, 1999, pp. 163-190.

⁴³⁷ PETTIT (Ph.), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, *op. cit.*, p. 376.

⁴³⁸ Sont par exemple proposés des commissions parlementaires pluripartisanes, des cours d'appels, des tribunaux de forme semi-judiciaire, ou des organismes professionnels autonomes. *Ibid.*, p. 259.

⁴³⁹ PETTIT (Ph.), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 366.

engagement citoyen volontaire et continu qui, pour ce faire, compte troisièmement, sur une vertu (d'inspiration rousseauiste⁴⁴¹) d'« intériorisation des valeurs républicaines » et de « discipline des désirs individuels »⁴⁴². Dès lors, si l'alternative proposée a cela d'opportun qu'elle concilie le principe de contestation ou de défiance avec la logique démocratique républicaine, elle demande en revanche un changement paradigmatique relativement conséquent, notamment au regard de la place que prend le juge aujourd'hui.

41. Si ces approches, procédurale d'HABERMAS ou républicaniste de PETIT, proposent une resubstantialisation de la démocratie peu évidente à concrétiser en pratique, elles présentent tout de même l'opportunité de questionner les limites de la logique libérale dominante. Chacune, par sa méthode, tente de solutionner l'excès de subjectivisation par une réhabilitation des choix individuels dans le processus décisionnel collectif. Néanmoins, la critique de la démocratie constitutionnelle actuelle peut aussi être entreprise de manière plus réaliste, selon une démarche adaptative, permettant de composer avec la place acquise par le juge et le processus de dépolitisation des droits fondamentaux entreprise sous couvert de l'universalisme moderne. En d'autres termes, l'idée de réforme se meut ici en changement de perspective. L'objectivation du statut de sujet de droit justiciable et l'influence qu'exerce le contentieux des droits fondamentaux sur l'évolution du droit et la définition même de la démocratie ne peuvent être ignorées, mais plutôt réinterprétées au regard d'une approche plus réaliste. En admettant une certaine irrévocabilité de l'acquis historique du libéralisme, il demeure aussi possible de reformuler et éclaircir les confusions inhérentes au neutralisme procédural qu'il est censé imposer, en admettant une forme de repolitisation⁴⁴³.

42. **Les perspectives d'implication politique du juge et par le juge.** Les droits de l'homme apparaissent comme un référentiel de démocratie parce qu'ils prescrivent des repères

⁴⁴¹ Cette difficulté imposant de trouver en l'individu le discernement nécessaire pour ne pas dénaturer l'intérêt de la communauté politique par des intérêts privés est une des clefs de voûte de la conception idéale de la démocratie. Dans sa vision moderne, elle est une condition à toute association collective se donnant pour but la liberté par l'autonomie. Tel est par exemple le rappel que formule Jean-Jacques ROUSSEAU pour fonder son *Contrat social* : « [...] l'acte d'association renferme un engagement réciproque du public envers les particuliers, et que chaque individu, contractant, pour ainsi dire, avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport : savoir, comme membre du Souverain envers les particuliers, et comme membre de l'État envers le Souverain ». ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I, chap. VII.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 376.

⁴⁴³ « Il ne s'agit pas de "dépolitiser la démocratie". Il faut au contraire la repolitiser, donner plus de centralité au politique. Cela implique que progressent en même temps la qualité de la régulation démocratique et l'attention à la construction démocratique. Cette dernière est d'ordre substantiel, qualifiant le type de société qu'il s'agit de construire ». ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 356.

pour une communauté, peu importe d'ailleurs que cette communauté soit nationale ou internationale. Ils portent en eux « des valeurs donatrices de sens, leurs fonctions étant entre autres de nous amener à nous interroger en permanence sur le sens et le pourquoi (et le pourquoi) de notre vivre-ensemble, voire notre être-ensemble »⁴⁴⁴. Au-delà des distinctions matérielles entre les droits propres à l'exercice du suffrage et les autres droits fondamentaux, ils s'inscrivent d'un point de vue systémique dans un ensemble interdépendant donnant sa forme au gouvernement démocratique. C'est, par exemple, ce qui ressort de la notion de « société démocratique » selon la Cour EDH⁴⁴⁵ : les droits politiques sont « vitaux » pour la démocratie⁴⁴⁶, mais c'est aussi par leurs relations avec les droits de la Convention qu'ils prennent leur sens et s'épanouissent. Comme le note le professeur WACHSMANN, « tous les droits ont une dimension politique »⁴⁴⁷. Mais c'est ensuite l'identité de leur créateur et de leur interprète qui pose question.

43. Si le Parlement est originairement l'organe constitutionnel démocratique de concrétisation par excellence⁴⁴⁸, la montée en puissance du juge est précisément la principale source de confusion : l'idéologie libérale et le droit positif ont voulu régler le problème en imposant un impératif de neutralité politique. « Parallèlement, les difficultés croissantes rencontrées par les modes traditionnels de régulation sociale ont progressivement conduit à un transfert de souveraineté de l'État vers la justice, du politique vers le juge. L'enjeu réside dès lors dans la capacité des institutions républicaines à se rénover pour recréer un lien social que le pouvoir judiciaire, garant des valeurs héritées par l'histoire, n'a pas vocation à entretenir »⁴⁴⁹. Si le modèle juridictionnel a alors été promu en opposition au pouvoir politique, il est en même temps parvenu, par substitution, à contribuer à une forme spécifique de politique plus ou moins dissimulée, parfois dans sa fonction⁴⁵⁰, parce qu'il est précisément un interprète officiel des

⁴⁴⁴ KOUDE (R. K.), « Les droits de l'homme : de l'intuition universaliste à l'universalité récusée ? », *RTDH*, 2006, n° 68, p. 914.

⁴⁴⁵ Voir, SUDRE (F.), « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », *op. cit.*, pp. 386-390.

⁴⁴⁶ CEDH, 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, n° 69949/01, § 25 et § 28 ; CEDH, 30 mars 2004, *Hirst c. Royaume-Uni* n° 2, n° 74025/01, § 58.

⁴⁴⁷ WACHSMANN (P.), « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, 1998, n° HS, p. 176.

⁴⁴⁸ Voir, BARBE (V.), *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2009, 527 p.

⁴⁴⁹ KALUSZYNSKI (M.), « La fonction politique de la justice : regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », *op. cit.*, pp. 20.

⁴⁵⁰ Le rôle politique des juges est en effet un thème largement débattu en doctrine, en commençant notamment avec le Conseil d'État. Voir par exemple, LOCHAK (D.), *Le rôle politique du Conseil d'État*, Paris, rééd. LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2015, 362 p. ; LATOUR (B.), *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, coll. Sciences humaines et sociales, 2004, 320 p.

droits qui donne un nouveau visage au politique. La démocratie des droits de l'homme prend ces derniers comme référence en termes de légitimité politique : ils donnent un modèle de vivre-ensemble, tout en laissant la possibilité de questionner ce modèle à chaque fois que l'occasion se présente. Au-delà de ce que prescrit l'ordre juridique, c'est la justice qui se voit octroyer une nouvelle symbolique. En sociologie du droit, par exemple, le professeur COMMAILLE lui alloue trois fonctions : une fonction d'institution en faisant respecter, des individus jusqu'aux pouvoirs constitués, le cadre légal imposé par la Constitution, une fonction de régulation des rapports sociaux et une fonction de délibération politique, en s'incarnant « comme un lieu de confrontation des revendications de droits et de promotions de causes relevant éventuellement de logiques illégalités, de non-droit, mais susceptibles de devenir du droit »⁴⁵¹. Une telle appréhension n'est pas surprenante. Elle contribue à arracher le suffrage de son « enrobage idéologique » pour le ramener avant tout à une procédure de nomination et non à un pouvoir visant à porter une appréciation véritable sur la loi⁴⁵². Le juge réhabilite la faculté du doute, la critique du droit et ses possibles interprétations, présentes ou à venir, en rappelant que « le monde du droit n'est pas simplement à géométrie variable, il est à géométrie négociable »⁴⁵³. C'est également dans ce sens-là que HART voyait dans le procès un instrument important du progrès du droit⁴⁵⁴. Si cette vision paraît d'ailleurs propre à la modernité, elle renvoie, soit dit en passant, au principe du *Dialuo*, comme l'a proposé Nicole LORAUX, ce principe fondamental de la démocratie grecque signifiant à la fois : « je délie » et « je renoue ». Ces deux principes fondateurs du lien civique et politique se matérialisent au sein de la Cité par le vote et le procès : les deux mécanismes fondateurs du lien social⁴⁵⁵. Ayant désormais une signification un peu différente, ce mouvement simultané de déliaison et de renouement reste

⁴⁵¹ COMMAILLE (J.), « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice *op. cit.*, p. 311.

⁴⁵² Voir sur ce point, DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, spéc. pp. 984-1016.

⁴⁵³ AMSELEK (P.), « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in TERRE (F.) (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 77.

⁴⁵⁴ HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, coll. Collection générale, 2005, pp. 155-188.

⁴⁵⁵ LORAUX (N.), *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, *op. cit.*, spéc. pp. 231-247. L'analogie réside ici dans la double logique du consentement et du conflit, tout en considérant les différences de significations du vote et du procès entre la démocratie athénienne et la démocratie contemporaine ; d'un côté au regard du modèle de représentation appliqué, et d'un autre côté concernant les modes de désignation des juges. Comme l'énonce PLATON dans ses *Lois*, la fonction de juger ou de participer au jugement est inhérente à la fonction citoyenne. « Il faut que dans la mesure du possible, tous y prennent part. Car celui qui ne participe pas au pouvoir de juger s'estime absolument exclu de la cité » (VI, 767e-768b).

néanmoins à la base du gouvernement démocratique⁴⁵⁶, étant considéré qu'il est « le meilleur moyen de traiter les désaccords : puisque pas de vérité immuable »⁴⁵⁷. Tel est l'argument par excellence que Kelsen avance ensuite au profit du contrôle de constitutionnalité⁴⁵⁸, garantissant le pluralisme par la mise en scène d'une « compétition politique »⁴⁵⁹. L'arrivée de la QPC a ensuite permis de multiplier les occasions pour le peuple et les parlementaires de s'exprimer sur un sujet donné. La « repolitisation » s'opère donc, d'une part, dans la nature du contrôle, car, « dès lors que les textes législatifs contrôlés véhiculent les choix politiques des gouvernants, l'argument juridique ne peut se concevoir dans une pureté autonome, détachée des considérations politiques » ; et, d'autre part, dans la fonction qu'il prend, dans le sens où « le justiciable et son avocat produisent ainsi une richesse constitutionnelle à travers des propositions normatives qui, selon leur pertinence argumentative et leur force persuasive, seront acceptées par les juges de la QPC et modifieront les règles de vie commune »⁴⁶⁰. Par suite d'effets, c'est aussi la jurisprudence constitutionnelle qui influence le processus d'élaboration de la loi, et de plus en plus fréquemment, en donnant au législateur le cadre et les limites imposés à la loi⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ En vulgarisant, les critiques formulées à l'encontre de la démocratie se fonde d'ailleurs, dans la plupart des cas, sur de la dénonciation des éventualités où l'un prendrait le pas sur l'autre.

⁴⁵⁷ MINEUR (D.), « Qu'ont en commun des citoyens en désaccord avec la justice ? Une conception procédurale de la raison publique », *Philosophiques*, 2019, n° 1, p. 11. Comme l'explique en outre l'auteur, ce désaccord doit être précédé par un consensus autour de principes éthico-juridiques présupposant, dans le cas présent, un accord préalable, tacite ou explicite, sur les possibilités du désaccord. L'idée ici démontrée est que le relativisme démocratique est un parti-pris ontologique. « *Des individus qui prennent part à un projet démocratique, quand bien même ils seraient porteurs de croyances différentes et de conceptions divergentes de la justice partagent donc, en dépit de la profondeur de leur désaccord, une forme de rationalité constituée par le principe de réciprocité équitable. Ce principe constitue la limite du désaccord, au double sens de ce qui le borne, et de ce qui le rend possible. Il le borne, parce que, dès lors que les individus se reconnaissent le devoir de justifier leurs positions de telle sorte qu'ils les croient de bonne foi acceptables par les autres, ils sont en accord sur le principe d'égalité de statut de tous les participants. L'espace qu'il délimite peut être très large, et les individus peuvent y être en désaccord sur presque tout* ». Ibid., p. 28.

⁴⁵⁸ « *Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite, dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée* ». Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 253.

⁴⁵⁹ FRANÇOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP*, 1997, n° 3-4, p. 393.

⁴⁶⁰ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 112 et p. 119.

⁴⁶¹ Il s'agit, par exemple, des objectifs de valeur constitutionnelle, des réserves d'interprétation et, également, de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle dans les débats parlementaires. Voir par exemple : MOLFESSIS (N.), « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 89-101 ; « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008, n° 126, pp. 87-100. À titre d'illustration, BENESSIANO (W.), « Le Conseil constitutionnel et l'élaboration de la loi pénale », *AJJC*, 2010, n° 25, pp. 443-451.

44. Plus largement, c'est la culture de l'État de droit et des droits de l'homme qui s'étend pour coloniser le discours politique et descendre dans « l'arène des usages sociaux du droit »⁴⁶². De ce fait, c'est aussi la conception des droits fondamentaux qui est resubstantialisée. Comme le note le professeur PICARD, « notre culture est en train de passer d'une conception strictement formelle du droit à une conception plus substantielle du droit »⁴⁶³. Le recours au juge contribue par ce biais à discuter constamment des interprétations du bien commun. Cette tendance est parfois l'occasion d'une analogie au principe de *Law in action* emprunté à la logique de *Common law*, selon laquelle l'évolution et le progrès du droit s'effectuent par interprétations successives au gré des conflits soulevés au sein de la société. L'exemple le plus fréquemment mobilisé est celui des États-Unis d'Amérique, où le droit jurisprudentiel est imprégné de l'analyse politique⁴⁶⁴, notamment au regard des théories de la *living constitution*⁴⁶⁵. Or, la comparaison demeure toujours teintée d'idéalismes. En effet « à l'inverse, le contexte français peine à proposer de telles lectures (il faut dire que le contenu argumentatif des décisions du Conseil constitutionnel ne les favorise pas). Cette acception de l'objet "politique" contribue, d'une certaine manière, à distinguer deux mondes, un monde "politique" et un monde du "droit dit par le juge" »⁴⁶⁶. La conciliation de ces deux mondes a alors été proposée par la théorie réaliste de l'interprétation du professeur TROPER, qui dilue l'objet politique dans le phénomène de l'interprétation constitutionnelle, considérant que toute interprétation consiste en un choix de signification à donner à la norme fondamentale, impliquant éventuellement un rapport de pouvoir avec les autres pouvoirs constitués⁴⁶⁷. Mais la nature politique du contrôle de constitutionnalité interroge toujours son caractère démocratique. Si le caractère politique de la démarche d'interrogations et de revendications formulées envers la loi peut être présupposé, la démarche du justiciable, quant à elle, ne peut être cernée avec précision. Car la justice est un « support potentiel de stratégies individuelles, mais aussi d'engagements collectifs issus de la

⁴⁶² Ainsi poursuit l'auteur : « À la corruption de sa pureté juridique fantasmée correspond l'enrichissement de sa dimension politique ». HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 213.

⁴⁶³ PICARD (É.), « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 43.

⁴⁶⁴ Voir par exemple, TROPER (M.), « Les juges pris au sérieux. La théorie du droit selon Dworkin », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris PUF, coll. Léviathan, 2001, pp. 35-49.

⁴⁶⁵ Voir notamment, VLACHOGIANNIS (A.), *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, préface d'O. Beaud, Paris, Classiques Garnier, coll. Bibliothèque de la pensée juridique, 2014, 643 p. ; BAKLIN (J.), *Le constitutionnalisme américain. Au-delà des origines et de la Constitution vivante*, Paris, Dalloz, coll. Droit politique, 2016, 480 p. ; VROOM (C.), « Juge constitutionnel et interprétation des normes », *AJJC*, 2018, n° 33, pp. 265-305.

⁴⁶⁶ ALTWEGG-BOUSSAC (M.), « Le droit politique, des concepts et des formes », *op. cit.*, p. 73.

⁴⁶⁷ TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit et l'État*, *op. cit.*, p. 69.

société civile »⁴⁶⁸. Peut-il effectivement être considéré qu'une démarche purement égoïste d'un justiciable, voulant mettre fin à des griefs subis sur sa situation personnelle, puisse être qualifiée comme cette forme de repolitisation ? Paradoxalement, une réponse affirmative peut être envisagée si l'intention est distinguée du résultat, dans le sens où il revient au juge, par son filtre interprétatif et la mission qui lui revient, de concilier les intérêts subjectifs qui lui sont soulevés aux yeux des intérêts objectifs énoncés dans la Constitution⁴⁶⁹. L'effet d'objectivation qui en résulte aboutit à ce que soit finalement minimisée la subjectivisation des démarches contentieuses, au détriment du rôle donné à la revendication subjective elle-même. Ici, c'est plus l'accès au juge qui est démocratisé plutôt que le statut du juge lui-même. Cette repolitisation n'est donc pas forcément synonyme de démocratisation, mais elle subsiste grâce à cette fiction légitimante selon laquelle c'est au nom du peuple que la justice est rendue. « Celui qui punit est le souverain, figure visible du tiers, instance séparée et autorisée, dans une relation verticale, asymétrique ; [...] c'est le crime commis en tant que réalité objective qui est punissable »⁴⁷⁰. La démarche contentieuse du justiciable, prise dans son idiosyncrasie, est alors contrebalancée par la propension du système à objectiver et rationaliser la diversité des intérêts revendiqués. Mais cette propension doit elle-même être évaluée. Enfin, une repolitisation suppose l'existence d'une communauté ayant une finalité organisatrice. Si, comme vu précédemment, l'universalisme des droits de l'homme se veut émancipé des contraintes statutaires des communautés nationales, et si l'État de droit donne majoritairement au juge le soin d'en faire respecter les principes, alors, par régression, la communauté s'identifie *a minima* comme un ensemble de justiciables dont le projet serait tourné vers une revendication de reconnaissance et d'égalité au regard des droits fondamentaux dont ils sont légitimes à réclamer les bénéfices⁴⁷¹. Cette prise en compte est, dès lors, la finalité d'un pouvoir en commun, d'une politique par les droits de l'homme. La somme des revendications particulières aboutit à une unité sommative en constant mouvement, à condition de « rompre avec la pensée sous forme de substances isolées et passer à une réflexion sur des rapports et des fonctions »⁴⁷².

45. Dans ses *Principes de droit public*, le Doyen HAURIOU avait déjà présenté, sous son approche institutionnelle, le processus d'harmonisation et de perfectionnement de la

⁴⁶⁸ COMMAILLE (J.), « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », *op. cit.*, p. 310.

⁴⁶⁹ Sur ce point, voir : Partie 2, Titre 2, chap. 2.

⁴⁷⁰ RICEUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2005, p. 46.

⁴⁷¹ Voir en ce sens, COLLIOT-THELENE (C.), « Démocratie, communauté et individualisme », *op. cit.*, p. 50.

⁴⁷² ÉLIAS (N.), *La société des individus*, Paris, Fayard, coll. Pocket, 2012, p. 55.

communauté par l'interaction constante des parties par rapport au tout⁴⁷³. Comme cela a été présenté, la démocratie contemporaine ne souscrit pas au perfectionnisme du doyen toulousain. Le standard démocratique de justiciabilité du droit entend construire une nouvelle forme de politisation, sous les repères des droits de l'homme, au détriment des liens communautaires de jadis. Là sont donc ses conditions. « Plutôt que de se traduire dans une fictive autolégislation, qui serait l'expression d'une communauté unanime, elle se marque, de façon plus réaliste, par l'expression de revendications exprimées par des individus exerçant des droits égaux. Ces revendications des exclus des cercles du pouvoir influent de façon non négligeable sur son exercice, soit sous forme d'impulsions, soit de contrôles. Dans ces conditions, le rôle des institutions représentatives est moins de garantir l'autolégislation que de contraindre les dirigeants à rendre des comptes. Et, dans ce contexte, se dégage une intéressante conception du peuple, en creux et en négatif, comme "supplément", plutôt que comme ce trop-plein illusoire d'un *demos* consensuel »⁴⁷⁴. Le standard de la justiciabilité du droit se construit autour d'un nouveau mythe, selon lequel il garantirait l'actualisation permanente du droit, en impliquant les justiciables dans ce processus. Rendre la démocratie justiciable au nom des droits fondamentaux, c'est la démocratiser dans sa propension à inclure un certain *demos* dans l'évolution du droit, de sorte que la somme des contestations subjectives se voit objectivée au profit d'un sens commun sans cesse corrigé, réévalué, et dépassant le cas échéant les strictes frontières de la communauté nationale. Si l'analyse du droit positif permet d'identifier et définir les contours d'un tel standard, son implication dans une repolitisation de la démocratie demeure plus difficile à discerner. C'est précisément ce projet que cette étude se propose de critiquer.

⁴⁷³ « Tout individu, dans l'État, peut faire marcher l'État et faire que son acte se rapporte à l'État, à la condition d'agir dans la procédure, et si tous les individus n'agissent pas ainsi, grâce à l'organisation collective de l'entraide mutuelle, ceux qui agissent le font au bénéfice des autres, comme aussi, grâce à l'organisation de la contrainte, ceux qui voudraient agir en dehors des procédures de l'État en sont empêchés. Ainsi, les procédures utilisent les initiatives individuelles pour mouvoir l'automate social qu'est l'État, elles les recueillent quand elles se produisent et les provoquent quand elles ne se produisent pas. Elles les sollicitent de diverses manières qui, cependant, se rattachent toutes à cette idée centrale, qu'une procédure entraîne toujours dans une même opération plusieurs individus, et que sur tous ces atomes entraînés dans son tourbillon, il y a des chances pour que l'un au moins envisage sérieusement et utilement l'acte qu'il s'agit d'accomplir ». HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, réed. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, pp. 701-702.

⁴⁷⁴ OST (F.), *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016, p. 494.

§ 3. METHODE DE L'ETUDE

46. Dans son *Introduction à la philosophie politique*, Raymond ARON avertit son lecteur sur un impératif primordial : « expliquer un régime politique ou l'analyser, dit-il, c'est toujours le dépoétiser »⁴⁷⁵. Chez les juristes, cette perspective de « dépoétisation » a notamment été proposée par Hans Kelsen⁴⁷⁶, sous les consignes d'un relativisme méthodologique reposant sur l'idée que « toute proposition descriptive peut éventuellement être remplacée par une autre tant dans le cadre de l'évolution d'une théorie que dans l'histoire des théories où des pans entiers de propositions peuvent s'effondrer au bénéfice de nouvelles conceptions tout aussi fragiles »⁴⁷⁷. L'approche descriptive ici proposée se refuse à toute substantialisation, ou du moins à toute vérité définitive : la démocratie est toujours *située*, elle est ainsi toujours le compromis décidé par le peuple et traduit en normes dans l'ordre juridique⁴⁷⁸. « Ce qui caractérise la posture relativiste n'est pas tant le conflit axiologique que l'acceptation de ce conflit sous la forme d'une convention implicite aux termes de laquelle les protagonistes du conflit sont d'accord de ne pas être d'accord parce que les points de vue échangés et débattus n'expriment aucune vérité »⁴⁷⁹. Il appartient alors à la science du droit de décrire le système démocratique en question afin de pointer la singularité de sa signification⁴⁸⁰. Tenter dès lors de « dépoétiser » la démocratie, c'est prendre l'immensité et la diversité des discours portées sur elle pour les resituer et les rationaliser. Tout d'abord, la philosophie politique, la science politique ou la sociologie n'ont de cesse d'en renouveler les réflexions quant à sa perte de repères et à la quête de nouveaux fondements à sa légitimité. Mais elle est aussi immanquablement liée au droit constitutionnel. Sa juridictionnalisation a été, pendant plusieurs décennies, un moteur de renouvellement qui, aujourd'hui, au sein de la discipline, appelle à de nouvelles thèses pour mieux en saisir les réalités. Ensuite, la question de la justiciabilité irradie les problématiques de la démocratie moderne. La démarche de la présente étude consiste alors à analyser les raisons faisant de la justiciabilité un critère de la démocratie. Il convient, pour ce

⁴⁷⁵ ARON (A.), *Introduction à la philosophie politique. Démocratie et révolution*, Paris, éd. de Fallois, coll. Références, 1997, p. 55. Nous renvoyons, par ailleurs, à une des grandes études de l'auteur sur le sujet : ARON (R.), *Penser la liberté, penser la démocratie*, Paris, Gallimard, coll. Quarto, 2005, 1814 p.

⁴⁷⁶ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 20-38.

⁴⁷⁷ « [...] La démocratie constitue un relativisme juridique structurel au sens où une norme ne vaut que dans un contexte particulier qui en définit les conditions de validité et non par nature et définitivement ». PFERSAMNN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 165.

⁴⁷⁸ Voir *infra*, P. 2, T. 1, Chap. 1, sect. 1.

⁴⁷⁹ VIALA (A.), « La cohabitation du savant et du politique dans l'œuvre de Kelsen », *op. cit.*, p. 219.

⁴⁸⁰ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 346.

faire, de distinguer son ambition, en tant que projet et idéal politique, de sa réalité juridique, en tant qu'objet du droit constitutionnel, afin d'en proposer un cadre théorique adapté. L'analyse du contentieux permet enfin de mesurer et d'évaluer sa contribution à l'évolution du droit et au principe d'autonomie qu'elle est censée mettre en œuvre. Il s'agit, autrement dit, de procéder à une méthode analytique, s'employant à « expliquer ou élucider les termes, les concepts ou les structures du droit en analysant les éléments et en montrant comment le tout est compréhensible comme ordonnancement cohérent des parties »⁴⁸¹. En suivant cette démarche, au regard de ce que le droit montre et permet de déduire, il est possible de présenter l'implication du standard de justiciabilité dans le processus d'autonomie démocratique, sa spécificité, et quelles en sont les limites.

⁴⁸¹ MACCORMICK (N.), « Analytique (approche du droit) », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 24.

§ 4. PROBLEMATIQUE

47. La justiciabilité est le point de ralliement du constitutionnalisme à la démocratie. Elle en a changé le vocabulaire et les moyens d'action. Sous l'égide de l'État de droit, elle se présente comme un critère de démocratie, en s'imposant comme standard de garantie de revendication des droits fondamentaux en justice. De surcroît, elle s'apparente à un référentiel d'évaluation d'une ouverture de la Constitution à la société par le contentieux, qui permettrait de renouveler un principe d'autonomie démocratique depuis longtemps essoufflé par la logique du gouvernement représentatif classique. Si cette nouvelle fiction est aujourd'hui largement acceptée et médiatisée, autant dans le discours politique que dans le droit positif, elle pose néanmoins un certain nombre de difficultés quant à sa cohérence et à la signification du concept de démocratie qu'elle entend véhiculer. Sa concrétisation juridique a progressivement formé un régime juridique propre à encadrer et diversifier la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux ; et c'est en même temps sur le plan politique qu'elle a changé la démocratie en tant que régime. En s'inscrivant et en participant à un mouvement de dépolitisation, au profit d'une vision procédurale, elle en redessine les repères : elle reconnaît des procédures juridictionnelles, des droits fondamentaux justiciables et des sujets de droits justiciables. Dans ce contexte, la démocratisation de la Constitution, l'internationalisation de la souveraineté ou la substitution du citoyen par le modèle du sujet de droit justiciable sont autant de phénomènes qui appellent à apprécier sous un angle actualisé ses concepts fondateurs. En effet, si le principe d'autonomie implique, par principe, une communauté politique de citoyens, membre du corps souverain, le paradigme droit-de-l'homme prescrit, quant à lui, sous couvert du principe d'universalité, que tout sujet de droit justiciable puisse soumettre au juge une interprétation de ses droits fondamentaux ; qu'il soit, ou non, membre du corps souverain (citoyen, national ou étranger). C'est alors une conception spécifique de l'autonomie qui entre en scène. L'autonomie politique traditionnelle se voit distinguée d'une autonomie normative, avec ses traits spécifiques, donnant une faculté à un justiciable de susciter la création, la correction ou la suppression d'un droit auquel il est soumis. Si, en outre, la possibilité de contestation juridictionnelle des droits fondamentaux est un impératif légitime et une obligation juridique pour la démocratie, visant à encadrer la démocratie politique, elle concourt, à sa manière, à une forme de repolitisation. Prenant appui sur un principe d'égale garantie et d'égal pouvoir de prétention à susciter la correction du droit par une communauté identifiée de sujets de droits, elle participe, selon ses propres termes, à une forme de pouvoir fondée sur une logique

concurrentielle d'interprétation du bien commun. Pour lui rendre alors sa cohérence, il demeure opportun de ne pas concevoir la revendication des droits selon un principe exclusivement libéral de non-interférence entre les sphères privées et publiques, mais plutôt dans l'expression d'un consentement critique, où chaque revendication individuelle, à l'issue de la décision juridictionnelle, rétroagit sur l'ensemble de l'ordre juridique. Cette contribution à l'évolution et à l'actualisation du droit ne peut être négligée, elle est désormais un repère de la démocratie contemporaine. Mais, en même temps, elle crée elle-même de nouvelles fictions légitimantes. L'idée d'un peuple-juge, qui renouvellerait le phénomène démocratique, ne s'applique que partiellement dans la réalité juridique, car, en réorientant sa confiance vers le modèle de tiers impartial, incarné dans le juge, elle lui impose, par là même, l'immense responsabilité de maintenir un équilibre précaire et en tension entre l'Un et le Multiple. Comme tout projet démocratique qui se projette vers l'autonomie de la communauté, il dévoile fatalement sa part d'idéal.

*

* *

48. Afin de comprendre en quoi le concept de justiciabilité impose de nouveaux repères à la démocratie, et pour mettre celui-ci face à ses innovations et ses contradictions, il convient de développer deux angles d'analyse visant à comparer sa signification de son implication. Si, en effet, il peut être présenté comme un critère de démocratie, il l'est de manière conditionnée et non absolue. Dans un premier temps, il s'agira de revenir sur l'environnement qui a poussé la justiciabilité à obtenir son statut de référence, en superposant l'environnement idéologique et politique propice à son développement et à sa concrétisation au sein de l'ordre juridique en tant que standard. En ce sens, la justiciabilité illustre la synthèse d'un projet de dépolitisation qui s'incarne comme un modèle de développement de la démocratie en générant la transformation du modèle de citoyen en celui de justiciable (**PREMIERE PARTIE**). Son statut de critère de la démocratie appelle, dans un second temps, à évaluer sa participation à la logique d'autonomie. Pour ce faire, elle traduit une ambition de repolitisation et, en cette qualité, doit être appréhendée comme un instrument d'expression de la démocratie induisant un principe d'autonomie fondée sur la revendication des droits (**SECONDE PARTIE**).

PREMIERE PARTIE

UN PROJET DE DEPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA TRANSFORMATION JURIDIQUE DU CITOYEN EN JUSTICIABLE

« Le recours au juge est un contrôle offert à tous, directement. C'est le seul des contre-pouvoirs que l'on peut exercer seul et quand on veut ; c'est aussi le plus pragmatique et c'est enfin, le seul qui peut prendre en compte des notions aussi importantes et aussi actuelles que la dignité ou le récit de soi »⁴⁸².

49. La « démocratie des droits de l'homme » est un concept qui, aujourd'hui, apporte autant de certitudes que d'incertitudes ; certitudes quant au fait qu'elle reste une forme de démocratie, incertitudes dans le sens où elle est l'assise idéologique d'un concept particulier susceptible de troubler certaines traditions. Ces hésitations découlent directement du relativisme qui lui est inhérent : le choix du concept amène à questionner ses implications⁴⁸³. Si les droits de l'homme sont désormais considérés comme un moyen de « démocratisation » de la démocratie, c'est à l'issue d'un long processus de concrétisation de l'idéologie droit-de-l'homme, laquelle s'est formée avec la Déclaration des droits d'homme et du citoyen de 1789 pour ensuite atteindre son acception « moderne » avec les grandes déclarations succédant à la Seconde Guerre mondiale⁴⁸⁴. Prenant pour référentiel inconditionnel l'inhérence de droits intangibles propres à la personne humaine, cette dernière a progressivement construit une démocratie de *sujets de droits* et non exclusivement de *sujets politiques*. « La notion de droits fondamentaux attachés à la personne humaine commence à pénétrer la conscience universelle, et le droit international naissant invoque le droit naturel pour affirmer qu'il est des droits dont chacun est investi sans considération de citoyenneté et ne peut être privé par un quelconque gouvernement »⁴⁸⁵. Si, en effet, la protection des droits fondamentaux est originairement un

⁴⁸² GARAPON (A.), SALAS (D.), « La victime plutôt que le droit », *Esprit*, 2007, n° 11, p. 80.

⁴⁸³ « La démocratie est-elle compatible avec les droits de l'homme ? Il n'y a pas de réponse qui ne dépende pas des conceptions que l'on se fait de la démocratie, des droits de l'homme, du peuple ou de la constitution ». TROPER (M.), « La démocratie et les droits de l'homme dans les révolutions d'Amérique et de France », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J.-M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 75.

⁴⁸⁴ Voir à ce propos, FAURE (C.), *Ce que déclarer les droits veut dire : histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 2011, pp. 291-370.

⁴⁸⁵ LOCHAK (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, coll. politique d'aujourd'hui, 1985, p. 76.

privilège accordé aux membres de la communauté souveraine, celle-ci se voit relativisée au nom de l'universalité. La conséquence directe de ce processus est que la démocratie s'accorde et s'oblige à penser les droits fondamentaux en dehors de la citoyenneté, de sorte que les individus qui en sont exclus « peuvent vivre et se déployer en parallèle et non grâce aux droits du citoyen »⁴⁸⁶. C'est ainsi que s'opère une transformation, entendue comme changement de forme : le citoyen devient un justiciable, mais il disparaît également derrière un corpus plus large de sujets de droits justiciables. Ainsi a-t-elle bousculé ses certitudes et ses traditions ; car c'est à son tour la notion de peuple, fondement absolu de cette forme de gouvernement, qui en devient confuse. Ce *demos* se résume-t-il au corps des citoyens et (ou) des nationaux, ou est-il élargi à l'ensemble des sujets identifiés par l'ordre juridique et habilités à contester les atteintes portées à leurs droits ? C'est précisément là le premier point que pose la question de la dépolitisation de la démocratie. L'universalité des droits impose de nouveaux repères, en extrapolant du lien politique entre citoyen et État, elle dépolitise le *demos* en adoptant le référentiel plus large du sujet de droit justiciable (**Titre 1**). À ceci s'ajoute une autre implication : en rajoutant en effet à la communauté politique une exigence de respect des droits fondamentaux, notamment contenus dans la Constitution, découlant en grand partie des conventions internationales et engendrant la reconnaissance objective de droits individuels propres à toute personne, la démocratie ne peut pas seulement se satisfaire du principe d'autonomie politique. C'est alors qu'intervient la seconde facette de la dépolitisation : l'obligation de garantie des droits en justice devient indispensable à la démocratie (**Titre 2**). Obéissant aux impératifs posés par le principe d'État de droit, celle-ci fait appel à un autre acteur indispensable : le juge. Partant de là, le principe de garantie juridictionnelle des droits fondamentaux donne une autre facette au sujet titulaire de droits par une généralisation vers celui de justiciable, lequel est autorisé à bénéficier d'un certain nombre de procédures destinées à assurer le respect de ses droits. Progressivement, donc, c'est le consensus autour de la notion de démocratie qui se transforme et qui conduit à l'introduction progressive du standard de justiciabilité au sein de la théorie constitutionnelle.

⁴⁸⁶ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2018, p. 323.

TITRE PREMIER

UNE DEPOLITISATION DU *DEMOS* FONDÉE SUR LE PRINCIPE D'UNIVERSALITÉ DES DROITS

50. L'idéologie universaliste prend racine sur la distinction ambiguë entre l'homme et le citoyen proclamée dans la Déclaration de 1789⁴⁸⁷ en mobilisant à la fois les droits inhérents à l'homme par nature et ceux dont jouissent les individus membres du corps souverain. Cette hésitation a été, à ce titre, brillamment mise en lumière par Hannah ARENDT, dénonçant l'existence paradoxale de « sans-droits », ces hommes oubliés des droits de l'homme. Opposant la réalité à la fiction, son postulat de départ s'appuie, en effet, sur un constat simple et pragmatique : « les Droits de l'homme, en principe inaliénables, se sont révélés impossibles à faire respecter — même dans les pays où la Constitution se fondait sur eux —, chaque fois qu'y sont apparus des gens qui n'étaient plus citoyens d'un État souverain »⁴⁸⁸. Le changement de paradigme que connaît cette universalité, à compter de la seconde moitié du XXe siècle, va cependant inspirer une nouvelle ouverture : elle va donner priorité à un corpus de droits intangibles à l'attention de « l'Homme », en tant que personne humaine, sans référence à une quelconque appartenance à une communauté politique. L'universalité pose effectivement pour la démocratie une question cruciale : « quelle serait au demeurant la raison d'être des droits de l'homme s'ils n'étaient sous-tendus par la conviction qu'ils ne valent pour tous ? »⁴⁸⁹ La contradiction sous-entendue dans cette interrogation soulève, autrement dit, une faille dans les promesses de l'universalisme révolutionnaire. La conséquence est que « le moteur de la “démocratisation de la démocratie” semble avoir été bien plutôt la revendication d'égalité, qui trouvait sa légitimation dans les déclarations des droits de l'homme et non pas dans le principe de la souveraineté du peuple »⁴⁹⁰. La vision traditionnelle du sujet politique, appréhendé comme

⁴⁸⁷ Voir à ce propos, RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Pluriel, 1988, pp. 351-354 ; MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, p. 17.

⁴⁸⁸ ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, trad. M. Leiris et H. Frappat, Paris, Fayard, coll. Essais, 2010, p. 292.

⁴⁸⁹ LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2010, p. 167.

⁴⁹⁰ COLLIOT-THELENE (C.), « Démocratie, communauté et individualisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *op. cit.*, p. 47. D'ailleurs, cette idée renvoie notamment à la célèbre critique formulée par Edmund BURKE à l'encontre de la DDHC, laquelle sera reprise et reformulée par Michel VILLEY. Voir en ce sens, BURKE (E.), *Réflexions sur la Révolution de France*, Paris, A. Égrot, 1790, pp. 84-87 ; VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, rééd. Quadrige, 2014, pp. 153 et svt. Pour une vue d'ensemble voir : VIALA (A.), *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. Cour magistral, 2010, pp. 62-69.

membre du corps souverain, est ainsi troublée et insérée au sein d'un ensemble plus vaste et diversifié de sujets de droit, sans oublier qu'en même temps, ce sujet-là demeure celui qui, directement ou par la voie de représentants, autorise cette reconnaissance. La concrétisation normative des préceptes universalistes rend l'analyse complexe, car elle peut orienter vers un raisonnement dichotomique. En effet, « les notions d'universalité et de positivisation ne sont pas particulièrement faciles à articuler puisqu'elles diffèrent quant aux contenus et aux destinataires des droits, propres à chaque système juridique. La souveraineté de l'État a donc été considérée comme contraire à l'universalité des droits »⁴⁹¹. Parler alors de « l'érosion de la souveraineté »⁴⁹², revient plutôt à considérer une perte de primauté, d'éminence, ou d'exclusivité du statut de citoyen souverain, aujourd'hui essoufflé en ses traductions juridiques, laissant place à la promotion d'un référent présentant un plus grand potentiel qu'est le sujet de droit. En témoigne, principalement, la reconnaissance progressive par l'ordre juridique de droits propres à la personne humaine, se voulant indifférente aux critères de nationalité ou de citoyenneté. Autrement dit, l'émancipation de l'individu par ces « droits de l'homme » n'est pas seulement une question politique ou idéologique, elle se traduit également, sur le plan juridique, par une généralisation et une objectivation de la garantie des droits. C'est précisément au regard de ces observations que le lien entre citoyens et État est sujet à une extrapolation qui, dans prise dans son sens littéral, appelle à une posture méthodologique consistant à « appliquer une chose connue à un autre domaine pour en déduire des conséquences »⁴⁹³. Parmi ces conséquences, figure alors un lien relationnel diversifié. La participation des sujets de l'ordre juridique à la création du droit s'opère, en ce sens, selon deux moyens distincts : par l'exercice de la citoyenneté et des droits politiques, mais aussi par la contestation des droits fondamentaux au moyen de procédures juridictionnelles. Ces présupposés amènent alors à présenter deux conséquences majeures. La première est que les sujets de droits fondamentaux ne forment pas un groupe uniforme. L'universalité impose une logique de principe qui ne peut être appliquée, en pratique, de manière absolue. C'est là son principal paradoxe : l'identification des sujets de droit justiciables, se concrétise d'abord, en droit positif, selon une logique de catégorisation (Chapitre 1). Cette entreprise a, ensuite, pour seconde conséquence, de mettre en lumière un phénomène de diversification au sein de la notion *demos*. Cette nouvelle grille d'évaluation vient

⁴⁹¹ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 275.

⁴⁹² COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, p. 251.

⁴⁹³ « Extrapoler », in REY (A.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2010, p. 821.

ainsi appuyer le constat d'un bouleversement des repères de la citoyenneté (Chapitre 2). Tout cela contribue finalement à montrer que le lien entre citoyen et État, sous l'égide du principe de souveraineté, est insuffisant pour rendre compte des divers processus agissant au nom de l'évolution du droit. L'exercice des droits politiques n'est dès lors pas le moyen exclusif de contribution à la création du droit ; la contestation juridictionnelle implique en effet plus largement un ensemble de catégories de sujet de droits fondamentaux.

CHAPITRE 1. DE L'UNIVERSALISATION A LA CATEGORISATION : L'IDENTIFICATION DES SUJETS DE DROIT JUSTICIABLES

« Les droits de l'homme ne sont ni une illusion ni une chimère. Leur invention est acquise ; leur découverte chemine. Mais de quel homme nous parlent-ils ? »⁴⁹⁴

51. Le principe d'universalité des droits a progressivement contribué à faire de tout individu un sujet de droit, indépendamment de son appartenance à une communauté politique spécifique. C'est sur ce fondement qu'il est possible de postuler la spécificité de la citoyenneté par son cantonnement au droit politique. Néanmoins, l'idéologie universaliste, se voulant *latu sensu* a-catégorielle et non-discriminatoire, dispose d'un pouvoir d'influence aussi fort qu'incertain. De là est-il nécessaire de séparer l'idéal du concret. Dans son sens idéologique, l'universalisme renvoie à des droits supposés propres à la qualité humaine d'un individu et « fait référence à leur qualité intrinsèque, exclusive et sans aucune mise en contexte ». Dans son sens positif ou concret, l'universalité postule un renvoi « à des droits rationnels et valides pour tous les hommes », mais en les envisageant comme des droits relatifs et situés au regard de l'ordre juridique dans lequel ils sont proclamés⁴⁹⁵. De cette manière, « l'homme des droits de l'homme se définit toujours mieux, sans pour autant jamais avoir été “donné” »⁴⁹⁶. Il est en effet toujours construit, soit dans son idée, car *l'homme* de 1789 n'est pas la *personne humaine* de 1946, soit dans son droit, car l'universalité d'après-guerre est celle d'un sujet de droit internationalisé et émancipé de toutes discriminations fondées sur la nationalité⁴⁹⁷. De là, une question s'impose : « la personnalité juridique, de nature objective et universelle, peut-elle être cantonnée par une nationalité juridique, arbitraire et exclusive ? »⁴⁹⁸ L'universalité, en optant pour une réponse négative, dévoile un paradoxe dont les développements suivants s'évertueront à pointer les contradictions. En effet, le projet d'*universalisme* passe, aujourd'hui, par une catégorisation des

⁴⁹⁴ VEDEL (G.), « Les droits de l'homme : Quels droits ? Quel homme ? », in *Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p. 357.

⁴⁹⁵ Nous renvoyons ici à la distinction proposée par le professeur PECES-BARBA. PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 271. Dans le même sens, voir également, FELLOUS (G.), *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, Paris, La Documentation française, coll. Les études, 2010, pp. 211-213.

⁴⁹⁶ BERNS (Th.), « Typologie des droits de l'homme et spécificité collective : une approche philosophique », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 398 p. 225.

⁴⁹⁷ « La liberté définie en 1789 est confirmée en 1946, mais ce n'est pas la même ; nul ne le soutiendrait en considérant dans le concret la zone réservée de liberté de l'individu et les garanties dont il dispose pour la défendre ». CHESNOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, 1953, vol. III, n° 1, p. 60.

⁴⁹⁸ DECAUX (É.), « Le droit à une nationalité en tant que droit de l'homme », *RTDH*, 2011, n° 86, p. 243.

sujets de droit afin de parvenir à une *universalité* dite concrète et positive. Pour ce faire, l'égalité des droits cède le pas à une égalisation de fait⁴⁹⁹. Dans cette acception, la logique universaliste se veut ainsi non-absolue, et « il résulte que l'universalisme des droits de l'homme est converti en un relativisme »⁵⁰⁰. Enfin, catégoriser, c'est identifier un sujet de droit et qualifier un degré plus ou moins élevé de spécificités propres à sa situation juridique, qui est éventuellement assimilée à d'autres sujets disposant de caractéristiques similaires, de sorte que se forme *in fine* une catégorie⁵⁰¹. Octroyer des droits spécifiques à certaines catégories de sujets de droit permet donc de contrebalancer les inégalités. Selon cette logique, elle n'est plus statutairement déterminée selon des critères politiques. Le point de départ réside, en effet, dans le fait que l'universalité dissipe, par principe, le critère d'appartenance à une communauté politique (Section 1). Le référentiel de la personne humaine impose une autre catégorisation des destinataires de droits fondamentaux et dévoile, à cette occasion, l'objectivité de principe du statut de justiciable. Ce changement de référentiel n'empêche cependant pas que certaines catégories de destinataires disposent de plus ou moins de droits, soit sur le plan quantitatif, soit sur le plan qualitatif. Par-là, la garantie des droits s'illustre selon un schéma de cercles concentriques de droits fondamentaux⁵⁰². Cette remarque est ici fondamentale, car elle permet « l'association de la justiciabilité à une gradation de garanties »⁵⁰³. L'exemple des droits fondamentaux accordés aux étrangers en est l'illustration la plus caractéristique. L'analyse de la

⁴⁹⁹ « [...] alors qu'on n'a jamais autant brandi le droit à la différence, il n'est parallèlement question que d'égalité de fait et non plus seulement d'égalité de droit, alors pourtant que la première est infiniment plus uniformisatrice que la seconde ». LE POURHIET (A.-M.), « Droit à la différence et revendication égalitaire : les paradoxes du post-modernisme », in ROULAND (N.) (dir.), *Le droit à la différence*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 253.

⁵⁰⁰ PARARAS (P. J.), « L'impossible universalité des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, n° 85, p. 19. Selon l'auteur, c'est par ce paradoxe que l'universalité *stricto sensu* est rendue « impossible », car les droits de l'homme « s'auto-réfutent, étant donné qu'ils prohibent toute discrimination, mais en même temps ils imposent le respect de la "différence" d'autrui et des valeurs dont celui-ci est porteur » (*Ibid.*, p. 6). C'est notamment dans le domaine du droit international que la doctrine relativiste de l'universalité des droits de l'homme a trouvé de fortes impulsions, en pointant les problèmes relatifs à la conciliation entre un universalisme interétatique, le principe de souveraineté et de diversité culturelle. En ce sens, voir par exemple : DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, 439 p. ; FELLOUS (G.), *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, *op. cit.*, pp. 17-186 ; FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires, op. cit.*, pp. 365-370 ; APCHAIN (H.), « La reconnaissance supranationale des droits de l'homme : une universalité relative », in FERRAND (J.), PETIT (H.) (dir.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme. L'Odyssée des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2003, vol. 3, p. 204 ; KOUDE (R. K.), « Les droits de l'homme : de l'intuition universaliste à l'universalité récusée ? », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 909-938.

⁵⁰¹ « Les catégories rassemblent des référents identitaires qui ont une définition fonctionnelle et une fonction opératoire puisque des règles juridiques statutaires en découlent ». ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003, p. 77.

⁵⁰² Voir, MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 78.

⁵⁰³ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, p. 167.

garantie des droits accordée aux non-nationaux permet précisément de mettre en évidence cette gradation (Section 2).

SECTION 1. L'UNIVERSALITE DES DROITS DE L'HOMME COMME SORTIE DE LA COMMUNAUTE POLITIQUE

52. « L'appréhension globaliste des droits permet de retrouver la personne au-delà de l'individu et des rattachements catégoriels »⁵⁰⁴. En effet, le principe de l'universalisme, pris au sens étymologique du terme, vient du latin *universum*, signifiant « tourné vers l'un »⁵⁰⁵. Cette logique fondamentale induit l'idée selon laquelle « le sujet abstrait des droits de l'homme peut s'adapter à toute personne, quelle que soit sa culture »⁵⁰⁶. Dès lors, ce sujet des droits de l'homme ne saurait être discriminé en raison de son appartenance à une communauté politique spécifique, notamment par la détention de la nationalité. En présupposant que le statut de citoyen réserve principalement, à qui en jouit, des droits de nature politique, il est possible de constater que l'universalité, par principe, vise à transcender toute appartenance statutaire basée sur un critère politique. Cette proposition a par exemple été énoncée par Hans KELSEN, pour lequel la distinction entre les nationaux et les non-nationaux repose principalement sur l'habilitation de ces premiers à participer à la formation de la volonté politique. Autrement dit, cette distinction repose sur une répartition entre les sujets de l'ordre juridique étant reconnus comme souverain et ceux qui ne le sont pas⁵⁰⁷. À l'origine, celle-ci est le fruit d'une construction théorique destinée à justifier la conceptualisation et la légitimité de la théorie de la souveraineté ; telle est l'initiative donnée par Jean BODIN⁵⁰⁸. Si l'universalisme proposé par la Déclaration de 1789 souffre de nombreuses ambiguïtés sur ce point, c'est bien avec l'universalisme d'après la Seconde Guerre mondiale que le référentiel des droits relatifs à la personne humaine va progressivement troubler la distinction⁵⁰⁹. En effet, cette prétention à l'a-politisme est caractérisée par l'affirmation de droits dits indérogeables et imprescriptibles⁵¹⁰, proclamés en réaction aux atrocités du passé⁵¹¹ et suivant une méthode consistant à « définir l'inhumain pour caractériser la nature humaine »⁵¹². La concrétisation progressive du modèle de la personne

⁵⁰⁴ ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 496.

⁵⁰⁵ Voir sur ce point, LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, pp. 15-18.

⁵⁰⁶ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGD, Lextenso, coll. Cours, 6^e éd., 2020, p. 53.

⁵⁰⁷ KELSEN (H.), « La naissance de l'État et la formation de sa nationalité, les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie », *Revue de droit international*, 1929, II, p. 636, cité in MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁰⁸ Voir, BODIN (J.), *Les six livres de la République*, L. I, chap. VI.

⁵⁰⁹ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 391.

⁵¹⁰ « [...] deux adjectifs qui expriment le caractère intangible de "l'irréductible" humain ». DELMAS-MARTY (M.), *Résister, responsabiliser, résister*, Paris, Seuil, 2013, p. 126.

⁵¹¹ Voir, par exemple : FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, *op. cit.*, pp. 365-370.

⁵¹² *Ibid.*

humaine, en droit international puis en droit national, s'impose alors comme critère premier et suffisant de reconnaissance du sujet des droits fondamentaux. Elle montre, en même temps, que les droits fondamentaux ne sont pas l'apanage des nationaux, tout en considérant que l'identification des sujets de droit par l'ordre juridique demeure une prérogative souveraine. Ainsi, l'universalité contribue aujourd'hui à troubler la distinction entre homme et citoyen. Une généalogie du principe d'universalité et de sa concrétisation en droit positif impose une posture relativiste⁵¹³ d'une part, parce que l'universalisme est un concept dont les usages évoluent ; en témoigne le passage de l'homme de 1789 à la personne humaine d'après-guerre (§ 1). D'autre part, la concrétisation juridique de l'universalité suit la même logique. Elle est construite, progressive, et donc relative (§ 2), de sorte que l'universalité, au sens strictement juridique, demeure toujours en décalage avec l'idéologie qui semble la précéder.

⁵¹³ « *Au demeurant, l'évolution des droits de l'homme depuis qu'ils ont été énoncés pour la première fois en 1789, leurs réécritures successives faites d'enrichissements, de mutations et même de métamorphoses devraient suffire à nous convaincre que l'universalité à laquelle ils prétendent n'est pas une donnée immuable et intangible, qu'elle est toujours à construire et reconstruire* ». LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 4^e éd., 2018, p. 54. Dans le même sens, voir : DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, op. cit., spéc. pp. 219-240.

§ 1. D'un universalisme à l'autre : de l'homme à la personne humaine

53. L'évolution du concept d'universalité entre 1789 et 1948 montre que celui-ci est bien un objet construit, et donc, conjoncturellement déterminé. Tout d'abord, la pluralité des inspirations philosophiques des Lumières, manifestées par les débats à l'Assemblée constituante, aboutit à une compilation de principes n'ayant pas de véritable cohérence. Il est alors difficile de dégager un sens clair au concept d'universalité dans l'esprit de la Déclaration, tant ses rédacteurs n'en avaient pas une vision consensuelle. La distinction opérée dans les termes entre « homme » et « citoyen » interroge. Si les deux terminologies semblent avoir été mobilisées de manière indifférente par les constituants⁵¹⁴, il reste à savoir s'il s'agit de l'universalité des droits de l'homme en tant que sujet abstrait de ces droits, ou bien plus strictement de l'universalité des droits du citoyen. À vrai dire, l'inspiration contractualiste du présent texte laisse supposer une universalité de l'homme par sa nature, laissant ensuite place à un individu social, disposant de droit de citoyenneté une fois le corps souverain formé. La fin de la Seconde Guerre mondiale a ensuite provoqué une nouvelle impulsion en réaffirmant et redéfinissant l'universalité des droits de l'homme en se concentrant essentiellement sur les droits inhérents à la personne humaine sans considération d'une quelconque appartenance politique. Ce nouvel usage de l'universalité s'explique notamment par le fait que cette dernière est ici conçue selon un prisme plus internationaliste qu'interniste. Ainsi passe-t-on de l'homme de 1789 à la personne humaine du Préambule de 1946 ou encore de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Ce nouveau sens donné à l'universalité se veut intrinsèquement a-catégoriel et prône, pour être opératoire, des garanties d'effectivité des droits se concrétisant par leur justiciabilité. Par suite, le justiciable doit être indistinctement homme ou citoyen. La présentation de ces mutations s'avère donc être un préalable nécessaire pour déterminer le sens exact de l'universalité des droits aujourd'hui et pour démontrer la dissolution du référentiel d'appartenance politique. Dans un premier temps, il est opportun de revenir sur la confusion sémantique propre à la distinction entre « homme » et « citoyen » telle que présentée lors de l'élaboration de la DDHC (A) pour, dans un second temps, voir en quoi le passage au référentiel de la personne humaine a contribué à l'annihilation de ces distinctions statutaires (B).

⁵¹⁴ Voir à ce propos, MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 53.

A. L'homme et le citoyen : une confusion propre à l'élaboration de la DDHC de 1789

54. Considérer la Déclaration de 1789 comme la première proclamation moderne de l'universalité des droits appelle à un certain nombre d'éclaircissements. Pour comprendre les prétentions de ce projet, il est important de voir dans la volonté de ses rédacteurs que la distinction entre « homme » et « citoyen » n'est pas précisément réfléchie, mais qu'elle traduit plutôt un usage sémantique relativement confus. La Déclaration porte en elle des lacunes insolubles pour qui l'interpréterait avec un regard contemporain sur l'universalité, mais elle figure également, dans le langage des constituants, comme une compilation désordonnée de principes naturels. « L'accouchement d'un sens d'ensemble de la Déclaration est impossible [...] Voici des Tables de Loi qui sont le résultat de découpages, de collages et de rapetassages, le fruit de négociations, de transactions, de consensus dont la signification subjective a varié d'un Constituant à l'autre »⁵¹⁵. Comme point de départ, sur le plan philosophique, celle-ci traduit une réflexion ontologique sur la liberté naturelle de l'homme (proclamée en son article premier) pour promouvoir une universalité *a priori*. Les droits dits du « citoyens » reflètent, quant à eux, le passage de l'individu d'un état de nature à un État civil. Dès lors, là où les droits de l'homme préexistent à la communauté politique, les droits du citoyen sont des droits politiques permettant la formation et la pérennisation de cette communauté sous l'onction transcendante de la loi. Ce premier usage de l'universalité reste donc confus et pose une interrogation fondamentale. La relation entre l'homme et le citoyen traduit-elle, dans les termes, une indifférence ou une distinction ? À cette question, il s'agit de voir que les confusions propres au texte ne permettent pas d'avoir une réponse rigoureusement tranchée. Deux lectures peuvent être proposées. La première est basée sur un principe d'indifférence amenant à considérer sur un même plan l'homme *et* le citoyen (1). La seconde montre une tendance plus nuancée en présupposant l'alternative entre l'homme *ou* le citoyen (2).

⁵¹⁵ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, pp. 334-335.

1. L'homme *et* le citoyen

55. Une indifférence sémantique chez les rédacteurs de la DDHC. La dichotomie entre l'homme et le citoyen au sein de la Déclaration de 1789 a toujours été source de questionnements, renvoyant simultanément à l'usage donné au concept d'universalité par les constituants. « Il n'y a point d'homme dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc. ; [...] mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir jamais rencontré de ma vie ; s'il existe, c'est bien à mon insu »⁵¹⁶. Cette affirmation de Joseph DE MAISTRE en est une illustration et donne, comme l'ont fait d'autres orateurs, une vision strictement « universaliste » de l'universalité, dans le sens où elle ne conditionne pas la nature de l'homme et l'inhérence de ses droits à son époque ou à sa communauté politique d'appartenance. D'autres observations similaires témoignent du fait que « ces droits sont de tout temps et de toutes les nations »⁵¹⁷, ou encore qu'« il ne s'agit pas ici de faire une déclaration des droits seulement pour la France, mais pour l'homme en général »⁵¹⁸. Néanmoins, la vraie interrogation demeure celle consistant à se demander si cette distinction a réellement fait l'objet d'hésitations lors des débats à la constituante. Nombreuses études ont été consacrées à ce sujet et montrent bel et bien que les rédacteurs de la présente déclaration n'ont pas usés de réflexions poussées sur le plan terminologique pour distinguer l'homme et le citoyen⁵¹⁹. Pour le professeur RIALS, elle représente « la convergence ultime des contradictions » ou encore « un compromis sans compromis »⁵²⁰. Tout d'abord, cette inattention résulte de la portée volontairement déclaratoire du texte alors en préparation⁵²¹. L'idée étant qu'il est nécessaire de déclarer des principes naturels pour ensuite les concrétiser dans les constitutions à venir. Il s'agit au départ d'un exposé philosophique sur la nature de l'homme en tant qu'homme libre. En d'autres termes, « on ne peut donner d'autre explication à la transcendance des droits de l'homme que la

⁵¹⁶ MAISTRE (J. de), *Considérations sur le France*, Londres, 2^{de} éd., 1797, p. 102.

⁵¹⁷ DEMEUNIER (J. N.), « Reprise de la discussion sur la déclaration des droits, lors de la séance du 3 août 1789 », in MADIVAL (J.), LAURENT (E.) (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, première série (1787-1799), Paris, Librairie administrative P. Dupont, t. VIII, 1875, p. 334.

⁵¹⁸ PETION DE VILLENEUVE (J.), « Suite de la discussion du projet relatif à la déclaration des droits, lors de la séance du 23 août 1789 », MADIVAL (J.), LAURENT (E.) (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, op. cit., p. 475.

⁵¹⁹ Nous renvoyons ici à plusieurs études concernant la rédaction de la DDHC. Voir, par exemple : RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Pluriel, 1988, pp. 321-404 ; LUCHAIRE (F.), « La lecture actualisée de la Déclaration », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Recherches politiques, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, 1989, pp. 215-240 ; BAECQUE (A. de), « Le choc des opinions : le débat des droits de l'homme, juillet-août 1789 », in BAECQUE (A. de), SCHMALE (W.), VOVELLE (M.) (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, 1988, pp. 7-32.

⁵²⁰ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 383.

⁵²¹ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 49.

transcendance de l'homme lui-même»⁵²². Sur le plan philosophique donc, il s'agit d'une universalité *a priori*⁵²³. C'est exactement ce que présuppose l'article 1^{er} de la Déclaration : « Tous les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». De plus, la Déclaration est également un projet politique visant à légitimer un nouvel état du pouvoir, celui du citoyen comme source de toute souveraineté, s'exprimant dans la bouche du législateur, par le biais de la volonté générale⁵²⁴. Ces deux versants apparaissent alors, pour le commentateur, comme un point de friction : à qui bénéficient ces droits ? À l'homme, au citoyen ou les deux ? Les analyses historiques concernant le processus rédactionnel de la DDHC⁵²⁵ montrent une absence de cohérence de fond. Compilant à la fois, et plus ou moins fidèlement, la pensée des Lumières⁵²⁶ et l'inspiration des déclarations américaines proclamées quelques années auparavant, le résultat se présente comme un compromis plus ou moins confus quant aux termes et aux formules utilisées. Hippolyte Adolphe Taine regrettait, par exemple, un ensemble de « dogmes abstraits [...] tantôt vagues, tantôt contradictoires »⁵²⁷. Si la mobilisation des termes « homme » et « citoyen » demeure donc incertaine, l'interprétation qui peut en être faite appelle à se demander s'il s'agit d'une véritable dichotomie ou d'une simple indifférence. Comme le rappelait, par ailleurs, Gérard de Lally-Tollendal, alors député à l'Assemblée constituante : « si, entre douze cents que nous sommes, nous avons tant de peine à nous réunir sur la manière d'entendre cette déclaration, croirons-nous que l'intelligence de vingt-quatre millions d'hommes s'y fixe d'une manière uniforme ? »⁵²⁸.

⁵²² VEDEL (G.), « Les droits de l'homme : Quels droits ? Quel homme ? », *op. cit.*, p. 358.

⁵²³ « L'universalité est issue de ce que ces droits classiques, en tant que développement de la moralité fondamentale, sont les instruments d'organisation de la société, du pouvoir et du Droit qui rendent possible le développement moral de toutes les personnes ». PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 285.

⁵²⁴ Art. 6, DDHC 1789. Voir aussi, BOURETZ (P.), « Égalité et liberté. À la recherche de fondements du lien social », *Droits*, 1989, n° 8, p. 75.

⁵²⁵ Voir par exemple, TOUSIGNANT (N.), « Comment écrire l'histoire des droits de l'homme ? », in NANDRIN (J.-P.), *Hommes et normes. Enjeux et débats du métier d'un historien*, Bruxelles, Presses de l'université de Saint-Louis, coll. Histoire, 2016, pp. 565-596.

⁵²⁶ Voir, notamment : JELLINEK (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, Paris, éd. Albert Fontemoing, 1902, pp. 9-20 ; CONAC (G.), DEBENE (M.), TEBOUL (G.) (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, pp. 7-52.

⁵²⁷ « Au contraire, dans la déclaration de l'Assemblée nationale, la plupart des articles ne sont que des dogmes abstraits, des définitions métaphysiques, des axiomes plus ou moins littéraires, c'est-à-dire plus ou moins faux, tantôt vagues, tantôt contradictoires, susceptibles de plusieurs sens et susceptibles de sens opposés, bons pour une harangue d'apparat et non pour un usage effectif, simple décor, sorte d'enseigne pompeuse, inutile et pesante, qui, guindée sur la devanture de la maison constitutionnelle et secouée tous les jours par des mains violentes, ne peut manquer bientôt de tomber sur la tête des passants ». Taine (H.A.), *Les origines de la France contemporaine. La Révolution. L'anarchie* (1878), Paris, Hachette, 1901-1904, t. 2, 24^e éd., pp. 40-41. Disponible à l'adresse : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k206157q>.

⁵²⁸ LALLY-TOLLENDAL (G. de), « Discours du 19 août 1789 sur la Déclaration des droits de l'homme », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1989, t. I, p. 355.

56. L'homme universel et le citoyen politique. Cette confusion langagière, dont Jean-Jacques ROUSSEAU avait par ailleurs déjà mis en garde dans le *Contrat social*⁵²⁹, peut tout d'abord servir à placer les deux termes sur des plans différents. L'*homme* est ici un être philosophique, dans le sens où les droits de cet *homme* sont « des exigences universelles d'humanité »⁵³⁰. Le *citoyen*, quant à lui, est un être politique qui, en tant que souverain, incarne et participe à la formation de volonté générale⁵³¹. « Les jusnaturalistes en posant l'antériorité ontologique de l'homme sur le citoyen, insistent sur la liberté de l'individu, alors que les tenants des droits du citoyen accordent la priorité à l'organisation sociale »⁵³². Comme l'a expliqué Jean RIVERO, les droits de l'homme sont des libertés, en ce qu'elles donnent à l'individu, quel qu'il soit, une sphère d'autonomie. Les droits du citoyen, en tant que droits civils et politiques sont assimilés, quant à eux, à des pouvoirs, puisqu'ils assurent une implication dans la conduite de la Cité⁵³³. Dans la logique libérale traditionnelle, si le but du pouvoir politique est d'assurer la conservation et la garantie des droits de l'homme, alors les droits du citoyen permettraient aux droits de l'homme d'exister. La différence de statut semble ici bien marquée et la relation entre les deux ne dévoile pas de formes symétriques : « si être *citoyen* implique être *homme*, l'inverse n'est pas vrai. Deux conditions distinctes sont donc réunies, être *homme*, être (conjointement) *citoyen*, pour que soit valide la Déclaration de 1789 »⁵³⁴. Le passage de l'homme au citoyen est ainsi ce qui fait translation entre le naturel et le civil, le métaphysique et le concret. De là, il apparaît que le citoyen est mis en avant, « chaque individu étant une entité dont l'autonomie est référée à la seule transcendance de la loi »⁵³⁵. L'habilitation donnée au législateur de retranscription de la volonté générale marque cette distance : les droits naturels de l'homme préexistent à la communauté politique, les droits civils et politiques du citoyen, quant à eux, s'exercent au sein de la communauté politique concrète⁵³⁶. Elle est également ce qui permet de limiter, suivant la période, les titulaires des droits politiques attachés à la citoyenneté comme les femmes, les

⁵²⁹ « À l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de Peuple, et s'appellent en particulier Citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et Sujets, comme soumis aux lois de l'État. Mais ces termes se confondent souvent et se prennent l'un pour l'autre ; il suffit de les savoir distinguer, quand ils sont employés dans toute leur précision ». ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I, chap. VI.

⁵³⁰ GOYARD-FABRE (S.), « La Déclaration des droits ou le devoir de l'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1989, n° 8, p. 45.

⁵³¹ Voir, par exemple : SIEYES (É.), « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et citoyen. Discours prononcé le 21 juillet 1789 », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française, op. cit.*, pp. 1013-1015.

⁵³² SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2000, p. 30.

⁵³³ RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^e éd., t. 1, 2003, p. 7.

⁵³⁴ PETIOT (G.), « De la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (1789) à la « Déclaration universelle des droits de l'homme » (1948), constantes et changements », *Linx*, 2005, n° 52, p. 143.

⁵³⁵ BOURETZ (P.), « Égalité et liberté. À la recherche de fondements du lien social », *Droits*, 1989, n° 8, p. 75.

⁵³⁶ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français, op. cit.*, p. 52.

aliénés, ou encore les citoyens dits « passifs »⁵³⁷. Cette idée découle sur un autre point de distinction, qui est celui de la vocation de ces droits. En effet, là où les droits naturels de l'homme tendent à conserver leur portée déclaratoire, sauf à ce que le législateur les concrétise par la loi⁵³⁸, les droits relatifs à la citoyenneté ont quant à eux vocation à être précisés dans les textes constitutionnels⁵³⁹. Mais, là encore, comme le précise le professeur RIALS, les droits naturels ne disparaissent pas à proprement parler et une bonne fois pour toutes, mais « ils ne sauraient cependant être revendiqués utilement et légitimement. Tant que les droits du citoyen — la loi — les accomplissent d'une façon ou d'une autre [...] ils ne doivent pas être rejetés dans un avant de l'état social, dans un "avant-dire-droit" révolu : ils sont appelés à demeurer l'étalon actuel de la volonté politique »⁵⁴⁰. Ce sous-entendu d'un « toujours-là » se manifeste d'ailleurs dans le texte, et renvoie par-là même à une idée lockienne, voyant dans les lois civiles une transfiguration des lois naturelles, comme le montre l'article 1^{er} : après leur naissance, les hommes « demeurent » libre et égaux ; de même que l'article 2 rajoute que leur conservation est « le but de toute association politique ». Néanmoins, l'esprit de la Déclaration cède à une exigence plus concrète. Les droits qui y sont proclamés sont, en effet, liés à l'objet de la constitution : l'organisation politique du pouvoir et de la société⁵⁴¹. La Déclaration ne suffit pas à connaître les droits du citoyen, c'est à la constitution elle-même de les prévoir. En ce sens, la Déclaration n'est qu'un guide rédactionnel⁵⁴².

2. L'homme *ou* le citoyen

57. Les paradoxes d'une distinction. « Avec ce principe que les hommes naissent libres et demeurent égaux en droits, je demanderais à tous les faiseurs de système ce qu'ils

⁵³⁷ DUBOIS (J.-P.), « Citoyenneté, citoyennetés », in GONOD (P.), DUBOIS (J.-P.) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Journée d'études du 23 mai 2002, Faculté Jean-Monnet (Université Paris-sud - Paris XI), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires - Actes, 2003, p. 50.

⁵³⁸ Il s'agit, par exemple, sous la III^e République, des grandes lois sur les libertés comme celle de 1881 sur la liberté de la presse, 1901 sur la liberté d'association ou encore celle de 1905 sur la laïcité.

⁵³⁹ PICARD (É.), « La notion de citoyenneté », in MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est-ce qu'une société ?*, Université de tous les savoirs, Paris, éd. O. Jacob, 2000, vol. 3, pp. 711-731.

⁵⁴⁰ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., pp. 395-396.

⁵⁴¹ « Si les députés se sont finalement entendus sur le principe d'une déclaration, c'est qu'elle était pensée comme le préalable essentiel à l'institution des pouvoirs et à la rédaction de la Constitution ». MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 59. Il s'agit là de la définition de « constitution » majoritairement partagée à cette époque, qui se retrouve notamment chez SIEYES. Voir, SIEYES (É. J.), « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et citoyen. Discours prononcé le 21 juillet 1789 », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, op. cit., pp. 1012-1013.

⁵⁴² « La Déclaration est là pour les établir [les droits de l'homme], la Constitution est pour les modifier et les circonscrire ». DUPORT (A.), « Discours du 18 août 1789 sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, op. cit., p. 280.

feront des furieux, des insensés, des femmes, des enfants et des étrangers »⁵⁴³. La présente interrogation de LANJUINAIS évoque précisément le dilemme de la Déclaration. Y a-t-il véritablement distinction ou indifférence entre l'homme et le citoyen ? Autrement dit, jusqu'où est-il possible de constater un principe d'équivalence entre ces deux ? Préalablement, rien n'indique, d'une part, que cette distinction s'avère aussi importante dans l'esprit des rédacteurs. Aussi, la lecture de la Déclaration doit être faite avec les yeux de son époque et doit, de ce fait, se rapprocher d'un exercice d'exégèse. D'autre part, si le terme « homme » a été quantitativement plus utilisé que celui de « citoyen », en comptant autant les travaux préparatoires que le texte final⁵⁴⁴, il ne permet pas d'aboutir à une conclusion fiable. Il est alors nécessaire de prendre en compte deux présupposés : le sens donné au concept d'universalité en 1789 et l'interprétation libérale de la Déclaration. Premièrement, dans l'esprit des constituants, l'universalité est motivée par l'abolition des différences statutaires en réaction au système d'Ancien régime⁵⁴⁵. L'acte visant à inscrire l'inhérence de droits naturels propres à l'homme reste néanmoins un acte normateur⁵⁴⁶, qui « indique à l'humanité son devoir-être »⁵⁴⁷. Ce projet énonce des prescriptions et donne un certain sens à l'universalité des droits : étant donné que l'homme dispose de droits par nature, il a le droit naturel d'être libre en tant que citoyen. En vulgarisant quelque peu, cela suppose que l'universalité ouvre un droit à l'universalité sous le principe d'une égale liberté. En ce sens, « si l'époque révolutionnaire n'a pas éprouvé le besoin de produire une Déclaration universelle des droits de l'homme, c'est parce que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était déjà une déclaration universelle. Les droits du citoyen n'étaient pas réservés aux nationaux »⁵⁴⁸. C'est par la suite la concrétisation de ces droits, dans les textes constitutionnels, qui engendrera une « nationalisation de la citoyenneté » et entravera la « dynamique émancipatrice » des droits

⁵⁴³ LANJUINAIS (J.-D.), « Discours à la Convention du 21 messidor an III (9 juillet 1795) », *Moniteur*, n° 295, 25 messidor an III (13 juillet 1795), p. 1198.

⁵⁴⁴ Nous renvoyons ici à la recension proposée par Paul DELVAUX. Voir, DELVAUX (P.), *La controverse des droits de l'homme de 1789*, Thèse dactyl., Université Paris-II, 1986, tome 1, p. 129.

⁵⁴⁵ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, p. 130. Cette idée se remarque, par exemple, dans les mots de LALLY-TOLLENDAL. Ce dernier plaide en ce sens pour que « la déclaration de nos droits soit la déclaration des droits de tous ; que l'homme, le citoyen, le sujet, le monarque, y trouvent chacun ce qui doit lui appartenir et que ce soit, pour ainsi dire, un pacte social, un contrat universel, qui, en distribuant la justice à toutes les parties d'être justes, et qui, en leur procurant le bonheur, les amène à l'union ». LALLY-TOLLENDAL (G. de), « Discours du 11 juillet 1789 sur la Déclaration des droits de l'homme », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, op. cit., p. 355.

⁵⁴⁶ C'est par exemple ce qu'explique Emmanuel KANT dans ses réflexions sur la DDHC. Voir, en ce sens, KANT (E.), *Doctrine du droit, in Métaphysique des mœurs*, trad. A. Philonenko, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1971, p. 131.

⁵⁴⁷ GOYARD-FABRE (S.), « La Déclaration des droits ou le devoir de l'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1989, n° 8, p. 51.

⁵⁴⁸ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, op. cit., p. 97.

proclamés⁵⁴⁹. Secondement, l'influence de la pensée libérale a permis, *a contrario*, de se concentrer sur l'homme en tant qu'individualité — et donc dans sa sphère privée — face au pouvoir et non spécifiquement comme citoyen⁵⁵⁰. Il s'agit là, par exemple, du droit des modernes énoncé par Benjamin CONSTANT⁵⁵¹ et qui témoignera de toute sa consistance avec la notion de droits subjectifs. Les droits subjectifs concrétisent l'indifférence entre l'homme et le citoyen sans vouloir mobiliser des considérations d'âge, de genre, de condition sociale, d'origine ou d'appartenance. De cette manière, les droits de l'homme de la Déclaration subliment l'individuel et l'unification du corps social s'opère par le « rejet du fait catégoriel »⁵⁵².

58. Vers l'universalisme des sujets de droit. L'histoire le montre : après la Déclaration de 1789 s'en suit un « mouvement continu d'approfondissement des seuls droits de l'homme dans les déclarations de droits », alors que les droits de citoyenneté connaissent une évolution plus longue et balbutiante⁵⁵³. Il n'en demeure pas moins que le concept d'universalisme prôné par la DDHC se base sur un présupposé individualiste dépendant de la concrétisation par le législateur des droits considérés comme devant être octroyés à l'homme ou au citoyen. « L'universalisme reste donc celui du sujet de droit dans un système donné et non celui de tous les droits dans tous les systèmes »⁵⁵⁴. Ce relativisme connaîtra néanmoins un nouveau rebond avec l'internationalisation des droits de l'homme.

B. L'émergence de droits relatifs à la personne humaine : vers l'annihilation des distinctions statutaires

59. L'après Seconde Guerre mondiale est un événement marquant pour le concept d'universalité où se remarque un nouvel élan de réflexion sur l'usage à donner au concept. L'universalité va, en effet, se réincarner à l'aune d'un nouveau référentiel qu'est celui de la personne humaine. Là où la Déclaration de 1789 a contribué à créer une tension entre l'homme et le citoyen en distinguant l'individu dans son individualité et le citoyen rattaché à une

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 115.

⁵⁵⁰ COLLIOT-THELENE (C.), « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus Politicum*, 2008, n° 1.

⁵⁵¹ CONSTANT (B.), « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », in *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Paris, Gallimard, Folio/Essais, 1997, pp. 602-618.

⁵⁵² Voir, ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵³ Sur ce point, voir la démonstration proposée par Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC. MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.* pp. 63-70.

⁵⁵⁴ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 54

communauté politique donnée, ce nouvel universalisme prône une conciliation faisant que les droits de l'homme, concrétisés en droits fondamentaux, se voient octroyés à tout sujet de droit indépendamment de son appartenance politique. L'homme et le citoyen sont alors confondus sous l'identité commune du sujet de droit. Proclamés dans le Préambule de 1946 et développé en droit international avec l'adoption de la DUDH de 1948⁵⁵⁵, ce nouveau concept de l'universalité est le résultat des concrétisations qui en ont été faites en droit supranational et en droit interne. Trois étapes de cette évolution peuvent ici être proposées. Le référentiel de l'humanité, sous l'égide du modèle de personne humaine, permet premièrement de mesurer les mutations du concept d'universalité (1). L'exemple de la concrétisation juridique du principe de dignité de la personne humaine est, deuxièmement, un des exemples les plus significatifs de ces mutations (2). L'étape suivante est alors celle de la proclamation du caractère intergénérationnel des droits. Ce phénomène trouve, troisièmement, une illustration opportune dans l'affirmation, encore incertaine, des droits de solidarité (3).

1. Les mutations du concept

60. Retrouver l'humain dans l'homme. Lorsque Pierre-Victor MALOUEY déclare à l'Assemblée constituante, le 1^{er} août 1789, que « la liberté doit être comme l'astre du jour, qui luit pour tout le monde »⁵⁵⁶, il est difficile de voir dans ses propos un visionnaire ou un serviteur de l'universalisme de l'homme *et* du citoyen. Une des faiblesses de cette doctrine est néanmoins pointée par CONDORCET, lorsque celui-ci s'interroge sur la circonscription de la catégorie « homme » dans la Déclaration : « qui est-ce qui ose se plaindre en France de la cruauté avec laquelle les protestants français sont privés des “droits de l'homme et du citoyen” ? »⁵⁵⁷ Effectivement, cet universalisme ne semble pas être parfaitement inclusif. Il est créateur de tensions, entre l'homme comme sujet individuel, et le citoyen, en tant que sujet politique⁵⁵⁸. Il en découle, en quelque sorte, la formation d'un modèle de « l'individu incertain »⁵⁵⁹. Or, la fin

⁵⁵⁵ Concernant l'élaboration de la DUDH, voir par exemple : FELLOUS (G.), *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, *op. cit.*, spéc. pp. 192-210.

⁵⁵⁶ MALOUEY (P.-V.), « Discours du 1^{er} août 1789 sur la Déclaration des droits de l'homme », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, *op. cit.*, p. 453.

⁵⁵⁷ CONDORCET (J.-A.-N de), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain, suivie de Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Paris, Masson et fils, 1822, p. 399.

⁵⁵⁸ Voir à ce propos, MARCHAND (A.), « Du citoyen et de quelques figures du sujet », in *Études offertes au Professeur Michel Maillé*, Faculté de droit Montpellier I, coll. Mélanges, 2008, vol. 2, pp. 349-376.

⁵⁵⁹ Nous empruntons la formule à Alain EHRENBURG. EHRENBURG (A.), *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, coll. Sciences Humaines et Essais, 1995, 358 p.

de la Seconde Guerre mondiale et les souvenirs de ses atrocités ont suscité la formation d'un nouveau concept d'universalité, dont les réflexions ont majoritairement été impulsées en droit international. Là où l'expression « homme et citoyen » connotait une différenciation statutaire, le référentiel de l'humanité va imposer sa primauté pour affirmer et présenter une idéologie des droits de l'homme portée sur la condition humaine. Faisant écho aux mots de MONTAIGNE, il y est déclaré que « chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition »⁵⁶⁰, de sorte que l'humanité transcende désormais le générationnel. Elle est négation des catégories et réification en un modèle de référence : l'humanité comme unité de personnes, comme « famille d'hommes »⁵⁶¹. L'éthique de la vision personnaliste mobilise alors l'appartenance à l'humanité pour concilier l'individuel et le collectif et, de ce fait, dissoudre les tensions relatives aux distinctions statutaires. « Les droits de l'individu se trouvent ainsi limités en raison des conditions d'existence inhérente à l'appartenance à l'humanité ». De cette manière s'opère la « revalorisation de l'universel »⁵⁶². Ainsi « l'homme et le citoyen » laissent leur place à « l'homme sans le citoyen »⁵⁶³. Catégoriser, c'est déshumaniser⁵⁶⁴.

61. Les proclamations juridiques de droits relatifs à l'humanité. Si le Préambule de la Constitution de 1946 proclame cette idée⁵⁶⁵, elle est rappelée avec force dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, notamment dans son article 2 relatif au principe de non-discrimination. Il y est prescrit le fait que « chacun » puisse se prévaloir de « toutes les libertés proclamées dans la présente Déclaration, sans distinction aucune »⁵⁶⁶. Autre constat intéressant, les préambules de la Constitution de 1958 ne mentionnent, de leur côté, que leur attachement aux droits de l'homme, laissant au corps de la Constitution nationale le soin de préciser les droits des citoyens⁵⁶⁷. La DUDH réaffirme, de surcroît, le primat de la personne

⁵⁶⁰ MONTAIGNE (M. de), *Essais*, III, 2.

⁵⁶¹ LA CHAPELLE (Ph. de), « Les droits de l'homme, exigence d'universalisme », in *Mélanges en l'honneur de René Cassin*, Paris, Pedone, 1969, t. 1, p. 48. Voir également, dans le même sens : DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, coll. Libraire du XXe siècle, 1994, p. 175.

⁵⁶² ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 475.

⁵⁶³ PETIOT (G.), « De la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (1789) à la « Déclaration universelle des droits de l'homme » (1948), constantes et changements », *op. cit.*, p. 151.

⁵⁶⁴ ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 479.

⁵⁶⁵ Préamb., al. 1^{er}, Const. 1946 : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

⁵⁶⁶ L'abolition des distinctions statutaires est ainsi réaffirmée. Les droits proclamés sont octroyés à chacun sans considérations « *de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ». Art. 2, DUDH 1948.

⁵⁶⁷ Préamb. Const. 1958 : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la*

humaine par rapport à la communauté politique, en énonçant dans son article 21 que « toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays ». L'appartenance à l'humanité est, comme le préconisait Hannah ARENDT, une nouvelle communauté d'appartenance⁵⁶⁸, qui transcende l'identité politique en traduisant une sorte de dénationalisation de l'individu, indifféremment de sa nationalité ou de sa citoyenneté⁵⁶⁹. Le seul bémol reste, cependant, celui relatif au fait que la Déclaration de 1948 demeure, sur le plan juridique, une sorte de déclaration d'intentions entre États ; son caractère obligatoire lui faisant défaut⁵⁷⁰. Elle est seulement, mais surtout, l'évocation d'un nouveau paradigme de l'universalité véhiculé par le droit international. Enfin, la retranscription juridique du principe d'universalité se fonde sur une certaine morale, identifiée comme fondement de ces droits. Comme l'a démontré le professeur PECES-BARBA⁵⁷¹, celle-ci se présente sur trois plans. Sur le plan rationnel (raison), premièrement, elle postule que tous les êtres humains se voient attribués des droits. Deuxièmement, elle considère, selon un point de vue temporel (historique), que ces droits sont suffisamment généraux et abstraits pour être valables de tout temps. Troisièmement, il en résulte logiquement que, sur le plan spatial (culturel), lesdits droits sont applicables à toutes les sociétés politiques. La rupture de l'individu au profit de la personne donne une identité juridique à l'humanité (qui se décline par exemple, par la reconnaissance des crimes contre l'humanité, du patrimoine commun de l'humanité ou encore du génome humain) et est créatrice d'un ensemble d'obligations, à la fois envers l'individu et envers l'État.

62. La dépolitisation des droits de l'homme comme politique des droits de l'homme. Cette appréhension contribue à construire une certaine conception des droits fondamentaux. En ce sens, ils peuvent être considérés comme « les droits substantiels qui appartiennent à tout être humain quelle que soit sa position dans une société donnée »⁵⁷². Cette

Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Il est entendu, ensuite, par « corps de la Constitution nationale », les dispositions contenues dans le texte constitutionnel hors préambule.

⁵⁶⁸ ARENDT (H.), *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1985, p. 167.

⁵⁶⁹ SOYSAL (Y. N.), *Limits of Citizenship*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, cite in COLLIOT-THÉLÈNE (C.), *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, p. 174.

⁵⁷⁰ Voir, LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁷¹ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 271. Selon le professeur PECES-BARBA, ces droits, considérés comme universels, sont à l'origine des prétentions morales « qui se convertissent en droits quand elles intègrent le Droit positif ». (*Ibid.* p. 281).

⁵⁷² BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 110. L'auteur utilise d'ailleurs cette définition pour faire la distinction entre droits fondamentaux et libertés publiques. « Les libertés publiques, sont celles qui appartiennent à tous les individus placés dans un rôle social particulier, qui implique donc une certaine discrimination, une qualité pour bénéficier de ces droits ». Pour une étude sur la question, voir : ETOA (S.), *La passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »*. *Analyse des discours juridiques français*, Paris, Mare et Martin, 2016, 460 p.

vision a d'ailleurs été récemment remobilisée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son *Avis relatif à l'approche fondée sur les droits de l'homme* du 3 juillet 2018, laquelle prône, dans cette lignée, une « vision holistique » des droits de l'homme, indispensable pour combattre les discriminations fondées sur les appartenances statutaires, dont l'exemple le plus frappant est la protection du droit des migrants et des apatrides⁵⁷³. Ceci montre bien que ce concept d'universalité reste d'actualité. Si cette approche est largement partagée, elle fait le fruit d'un effort continu de concrétisation en droit positif. Elle confirme également que l'universalité est un but à atteindre, un projet dont la dimension dépasse l'individualité et ramène à une acception particulière du vivre-ensemble. « Un droit humain n'est pas seulement une réclamation individuelle. C'est une relation sociale, liant sujets et débiteurs par l'objet du droit, au niveau du principe universel qu'est la dignité. Un droit est ainsi déterminé selon la subjectivité, son objectivité et son opposabilité »⁵⁷⁴. C'est justement là, dans cette finalité d'effectivité, que va se déployer le statut de justiciable. La justiciabilité est une des conditions majeures de concrétisation de cette universalité, et c'est notamment par le principe de dignité de la personne humaine que cette logique a trouvé son élan le plus significatif.

2. La dignité de la personne humaine comme « principe matriciel »

63. La concrétisation juridique des droits relatifs à l'humain. Le concept de dignité de la personne humaine a permis la réhabilitation de l'humanité, en tentant de dissiper la confusion générée par la catégorisation sur les droits de l'homme⁵⁷⁵. Plus encore, la dignité induit une nouvelle lecture des droits de l'homme, en plaçant la personne comme référentiel de reconnaissance du sujet de droit⁵⁷⁶. « En deux mots, si la liberté est l'essence des droits de

⁵⁷³ « C'est une approche qui conduit en n à protéger les personnes par-delà les catégories juridiques et les régimes de protection qui leur sont éventuellement associés [...] L'universalité, l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'Homme, sur lesquelles repose cette approche, impliquent de mener des politiques intersectorielles intégrées et holistiques pour garantir la protection de tous ». CNCDH, « Avis relatif à l'approche fondée sur les droits de l'homme », 3 juillet 2018, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/180703_avis_approche_fondee_sur_les_droits_de_lhomme_vdef.pdf, pp. 8-9.

⁵⁷⁴ MEYER-BISCH (P.), « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 58.

⁵⁷⁵ « La personne est un être humain que le droit protège pour sa valeur absolue ». BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p. 166. Nous renvoyons, par ailleurs, aux réflexions proposées par le Professeur BIOY dans sa thèse concernant l'impact du paradigme de la personne humaine sur l'évolution du concept de sujet des droits fondamentaux. (Voir, *Ibid.*, pp. 143-170).

⁵⁷⁶ HAURER (B.), « Notes sur le respect de la dignité humaine », in NEIRINCK (Cl.), SERIAUX (A.), LABRUSSE-RIOU (C.) (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, PUAM, 1996, p. 203.

l'homme, la dignité est l'essence de l'humanité »⁵⁷⁷. De cette manière, le rôle juridique de la dignité est « de représenter juridiquement le refus de l'exclusion et de la dégradation de l'humain dans l'homme »⁵⁷⁸. L'universalité prend ici le sens d'une éthique publique présupposant que tous les individus sont destinataires des droits de l'homme⁵⁷⁹. Par le principe de dignité de la personne humaine, l'universalité « n'autorise pas de stratégies, de calculs, de compromis ou de transactions en matière de droits fondamentaux, ni même de justification rationnelle légitimant la distinction entre nationaux et étrangers »⁵⁸⁰. Ainsi, « nul », chacun », « toute personne », ou encore « tout individu » sont titulaires de droits. Tout d'abord, cette logique personnaliste, « a-catégorielle », se concrétise juridiquement sous différentes sources dont le principe de dignité sert de support à un ensemble de droits qui lui sont dérivés⁵⁸¹. De là lui vient son caractère « matriciel » et son rôle de pilier des déclarations modernes de droits. Sur le plan international, la DUDH de 1948 proclame notamment dans son préambule « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », ainsi que son lien logique avec le principe d'égalité, pour assurer aux hommes d'être « égaux en dignité et en droits »⁵⁸². Dans ce même esprit, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît, lui aussi, la « dignité de la personne humaine »⁵⁸³. Concernant la Convention EDH, elle est principalement protégée par le principe d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, prévu à l'article 3, et par l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé énoncée à l'article 4. Comme l'a récemment rappelé la Cour, par ailleurs, ces prescriptions sont combinées avec l'article 1^{er} de la Convention, de sorte à matérialiser la responsabilité des États⁵⁸⁴. Au niveau du droit de l'Union européenne, l'article 2 TUE proclame la dignité humaine comme valeur fondatrice de l'Union, au même titre que la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, ou encore les droits

⁵⁷⁷ EDELMAN (B.), « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz*, 1997, n° 23, p. 185.

⁵⁷⁸ PAVIA (M.-L.), « La découverte de la dignité humaine », in PAVIA (M.-L.), REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 8.

⁵⁷⁹ Le référentiel est ici celui de « l'irréductible humain ». DECAUX (E.), « Dignité et universalité », in HELMONS (S. M.) (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs, les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, Université catholique du Louvain, Centre des droits de l'homme, 1999, coll. Académia, p. 164.

⁵⁸⁰ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 393.

⁵⁸¹ Voir sur ce point, MATHIEU (B.), « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Recueil Dalloz*, 1996, n° 33, p. 285.

⁵⁸² Voir Préambule, art. 1, 7, 10, 22 et 23 DUDH 1948. Sur cette question, voir : FELLOUS (G.), *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, *op. cit.*, pp. 223-230.

⁵⁸³ Voir, Préambule et art. 10, PIDCP 1966.

⁵⁸⁴ « Combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux États contractants de garantir aux personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention, leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que ces personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». CEDH, 28 février 2019, *Kahn c. France*, n° 12267/16, §73.

de l'homme⁵⁸⁵. La jurisprudence *Omega*⁵⁸⁶ de la Cour de justice est, en outre, venue l'élever au rang de principe général du droit de l'Union européenne, faisant d'elle une partie des droits constitutionnels communs aux États membres. Au niveau national, il faudra attendre 1994 pour que le Conseil constitutionnel l'érige en principe de valeur constitutionnelle⁵⁸⁷, ainsi que le célèbre arrêt *Morsang-sur-Orge*, un an plus tard, pour que le Conseil d'État en face une composante de l'ordre public⁵⁸⁸.

64. Les différentes déclinaisons du principe. L'application du principe de dignité humaine s'est étendue, ensuite, sous plusieurs formes. Elle se décline, tout d'abord, en plusieurs droits. Sont par exemple concernés, l'inviolabilité, l'intégrité⁵⁸⁹ et l'absence de patrimonialisation du corps humain, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie⁵⁹⁰, le respect dû aux morts⁵⁹¹, l'intégrité de l'espèce humaine⁵⁹², l'interdiction des

⁵⁸⁵ Art. 2, TUE : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ».

⁵⁸⁶ CJUE, 14 octobre 2004, *Omega Spielballen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, §34.

⁵⁸⁷ Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2 et 18 ; D. 1995, p. 237, note B. MATHIEU ; RDP, 1994, p. 1621, obs. F. LUCHAIRE ; RFDC, 1994, p. 800, note L. FAVOREU.

⁵⁸⁸ CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727 ; *AJDA*, 1995, p. 878 et 942, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVVAUX ; *RFDA*, 1995, p. 1204, concl. P. FRYDMAN ; RDP, 1996, p. 536, note M. GROS et J.-Ch. FROMENT. L'application de la dignité humaine, comme composante de l'ordre public, a par la suite été élargie par le Conseil d'État, notamment concernant le rôle de la SNCF pendant la Seconde Guerre mondiale ou encore dans les ordonnances dites « Dieudonné ». CE, 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glemanede*, n° 314499 ; CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/Société Les Productions de la Plume*, n° 374508 ; CE, ord., 10 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374528 ; CE, ord., 11 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374552. Voir, en ce sens : MAUS (D.), « À propos des ordonnances *Dieudonné* : dignité de la personne humaine et ordre public », *Recueil Dalloz*, 2014, n° 3, p. 200 ; BONNEFOY (O.), « Dignité de la personne humaine et police administrative », *AJDA*, 2016, n° 8, p. 418.

⁵⁸⁹ Cons. const., n° 94-343/344 DC, 27 juillet 1994, *précitée*. Dans une décision du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a néanmoins précisé que le recours à des examens osseux afin de déterminer l'âge éventuel de mineurs étrangers ne contrevenait pas aux dispositions de l'alinéa 1^{er} du Préambule de 1946. Voir, Cons. const., n° 2018-768-QPC, 21 mars 2019, *M. Adama S. [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge]*, cons. 17 et 18 ; PARINET (P.), « La constitutionnalité des tests osseux : pas de printemps pour les mineurs non accompagnés ! », *Recueil Dalloz*, 2019, n° 13, p. 742.

⁵⁹⁰ Voir à ce propos, MATHIEU (B.), « La jurisprudence selon Ponce Pilate (constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et la contraception) », *Recueil Dalloz*, 2001, n° 31, pp. 2533-2537.

⁵⁹¹ Concernant l'interdiction des discriminations, du proxénétisme, et du respect dû aux morts, celles-ci sont par exemple prévues au titre II, chap. V du Code pénal relatif aux « atteintes à la dignité des personnes ».

⁵⁹² Cons. const., n° 94-343/344, 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, précitée*.

discriminations, du proxénétisme, du racisme⁵⁹³, et des traitements inhumains et dégradants⁵⁹⁴. Par extension, la dignité protège également les conditions d'existence des individus, notamment concernant le droit à un logement décent⁵⁹⁵, ou encore les conditions de séjour des étrangers, principalement par l'identification de situations de vulnérabilité spécifiques. Dans son arrêt *Kahn c. France*, du 28 février 2019, la Cour EDH a en outre précisé, sous fondement de l'article 3 de la Convention, « qu'un traitement était "dégradant" en ce qu'il était de nature à inspirer à ses victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir »⁵⁹⁶. Par extension, le Conseil constitutionnel a également rappelé que la dignité, ou l'action humanitaire visant à sa conservation, peut constituer une immunité pénale en cas de délit de solidarité envers un étranger en situation irrégulière⁵⁹⁷. Le principe de dignité de la personne humaine témoigne donc de diverses déclinaisons et est éminemment tributaire de l'interprétation propre à chaque juge. Ce qui importe ici, néanmoins, c'est qu'indépendamment de son relativisme et des évolutions éventuelles que les juges lui réservent, il reste, quoiqu'il en soit, la marque la plus significative d'un droit fondamental transcendant les appartenances statutaires.

3. L'affirmation incertaine des droits de solidarité

65. Une nouvelle génération de droits. « La personne exprime l'impossibilité de penser l'homme en dehors des groupes sociaux auxquels il est intégré, les transcendant par sa propre fin, mais indissociable d'eux »⁵⁹⁸. L'évolution de l'approche personnaliste a dérivé sur

⁵⁹³ Voir par exemple, Loi n° 86-1067, 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, JORF du 1^{er} octobre 1986, p. 11749.

⁵⁹⁴ Pour une mobilisation récente, voir : CEDH, 25 avril 2017, *Rezmives et autres c. Roumanie*, n° 61467/12, 39516/13, 48231/13 et 68191/13, §72 ; BENOIT-ROHMER (F.), « Dignité humaine : l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (art. 4 de la Charte) », *RTDeur*, 2019, n° 2, chron. pp. 388-390. CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldaru*, aff. C-404/15 et C-659/15 ; CJUE 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/18.

⁵⁹⁵ Cons. const., n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, cons. 6 ; Cons. const., n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 3 ; Art. 1^{er}, Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11, le 20 mars 1952.

⁵⁹⁶ La Cour EDH a condamné la France pour traitement inhumain et dégradant et atteinte à la dignité, pour la non prise en charge par l'administration d'un mineur étranger non accompagné dans les « bidons-villes » de Calais. Voir, CEDH, 28 février 2019, *Kahn c. France*, n° 12267/16, §72-95.

⁵⁹⁷ « Si l'aide apportée est une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux, la personne fournissant cette aide ne bénéficie d'une immunité pénale que si cette prestation est destinée à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger. L'immunité n'existe, pour tout autre acte, que s'il vise à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger ». Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], cons. 13.

⁵⁹⁸ RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, op. cit., p. 83.

un autre type de droits, appelés droits de solidarité. Ils appartiennent à ce qu'il est parfois considéré comme étant la troisième génération de droits de l'homme. Après les droits civils et politiques, conçus comme libertés d'agir (« droits de... »), puis les droits sociaux et droits créances (« droits à... »), cette troisième génération mobilise des droits collectifs. Il s'agit, notamment, des droits de l'homme relatifs à l'environnement⁵⁹⁹, du droit à la paix, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁶⁰⁰, du droit au développement, ou encore du droit au respect du patrimoine commun de l'humanité. « Ils sont invocables par tout homme mais opposables seulement à la puissance publique sur le mode, le plus souvent, du droit objectif »⁶⁰¹. Autrement dit, ils prennent en compte l'homme intégré, par sa condition, et par les groupes auxquels il est susceptible d'appartenir. Ils permettent, de surcroît, de renforcer la force de gravité de l'individu autour du groupe⁶⁰². Universalisme et solidarité se rejoignent alors vers une acception commune : l'affirmation d'un patrimoine commun de l'humanité en chaque homme⁶⁰³. Après la liberté et l'égalité, cette nouvelle génération place les droits de l'homme dans une nouvelle aire⁶⁰⁴. L'avantage de l'approche générationnelle permet, tout d'abord, de fournir des repères temporels au processus de juridicisation des droits. Elle met de plus en évidence l'implication de l'État dans la concrétisation de ces droits. Ce qui caractérise les droits de solidarité est, en effet, leur faculté à être à la fois opposables et exigibles à l'État. Il est ainsi postulé la nécessité d'une action solidaire de tous les acteurs (pouvoirs publics, individus particuliers ou groupés) selon une responsabilité partagée⁶⁰⁵. Le critère principal est celui de l'appartenance aux générations présentes et futures⁶⁰⁶. Cette logique est par exemple exprimée au dernier alinéa du

⁵⁹⁹ Il s'agit principalement du droit à un environnement sain. Aujourd'hui constitutionnalisés par la Charte de l'environnement de 2004, les droits relatifs à l'environnement ont longtemps été proclamés par des textes internationaux. On peut notamment citer la Déclaration de Stockholm de 1972 qui, dans son article 1^{er}, proclame par exemple que « *l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures* ». Nous citerons également, la Déclaration commune des pays et organisations participant à la conférence internationale sur la protection de l'atmosphère du globe, le 11 mars 1989 à La Haye, ou encore la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement des principes de gestion des forêts de 1992.

⁶⁰⁰ Charte des Nations Unies, art. 1§ 2.

⁶⁰¹ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 36.

⁶⁰² Voir, à ce propos : HECQUARD-THERON (M.), « Du sens du terme dans les textes juridiques », in HECQUARD-THERON (M.), *Solidarité(s). Perspectives juridiques*, Paris, LGDJ, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Actes de colloques, 2009, p. 228.

⁶⁰³ Voir, en ce sens : LEVINAS (E.), « Les droits de l'homme et les droits d'autrui », in *Hors sujet*, Paris, Fata morgana, coll. Biblio essais, 1987, pp. 157-170.

⁶⁰⁴ VASAK (K.), « La Déclaration universelle des droits de l'homme trente ans après », *Courrier de l'UNESCO*, novembre 1977, p. 29.

⁶⁰⁵ OST (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 93.

⁶⁰⁶ Voir, VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp. 11-23.

préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, selon lequel la jouissance des droits de ladite Charte « entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures ». Plus récemment, dans une décision du 31 janvier 2020, le Conseil constitutionnel a proclamé, quant à lui, en vertu des dispositions du préambule de la Charte de l'environnement, « que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle »⁶⁰⁷.

66. Une normativité controversée. Si tant est que les droits de solidarité puissent se rassembler sous un « droit à être homme »⁶⁰⁸, impliquant par-là la responsabilité de l'homme en tant qu'être social, collectif et trans-générationnel, ceux-ci semblent en même temps concrétiser une idéologie prescrivant une certaine finalité politique des droits de l'homme⁶⁰⁹. Pour une partie de la doctrine internationaliste, ces droits sont un exemple du lien entre universalité et indivisibilité des droits⁶¹⁰. Ils ont néanmoins fait l'objet d'une controverse relative à leur qualification de droits de l'homme en tant que tels. Les impulsions constatées en droit international ont été confrontées à un certain scepticisme. Selon Jean RIVERO, notamment, cette inflation serait génératrice d'une dilution du concept de droit de l'homme. Quatre raisons sont avancées : l'incertitude quant à l'identification des titulaires de ces droits, l'imprécision de leur objet, l'indétermination de leur modalité d'opposabilité et la difficulté d'organiser des sanctions⁶¹¹. Dans le même sens, le professeur SUDRE les qualifie de « pseudo-droits »⁶¹², participant à la dénaturation des droits de l'homme et à ce même argument d'une perte de leur unité conceptuelle⁶¹³. Selon ce dernier, le droit au développement économique social et culturel, ou le droit à la paix sont des droits déclaratoires, des projets, qui n'identifient véritablement aucun droit, ni aucun homme. En somme, le problème décisif reste celui de leur titularité. Selon Robert PELLOUX, « il paraît chimérique d'espérer que ces droits puissent, dans un avenir

⁶⁰⁷ Cons. Const., n° 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques]*, cons. 4 ; ROBLOT-TROIZIER (A.), « La protection de l'environnement : un nouvel objectif de valeur constitutionnelle, une nouvelle invocabilité, un nouveau contrôle ? », *RFDA*, 2020, n° 3, pp. 501-511.

⁶⁰⁸ MEYER-BISCH (P.), *Le corps des droits de l'homme*, éd. Universitaire Fribourg Suisse, coll. Interdisciplinaire série « Documents », 1992, p. 241.

⁶⁰⁹ ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 489.

⁶¹⁰ Voir, par exemple : VASAK (K.), « La Déclaration universelle des droits de l'homme trente ans après », *op. cit.*, pp. 29-32 ; MEYER-BISCH (P.), « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », *op. cit.*, p. 61 ; FELLOUS (G.), *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, *op. cit.*, pp. 129-136.

⁶¹¹ Voir, RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 102-105.

⁶¹² SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2019, 14^e éd., p. 100.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 108.

relativement proche, bénéficier d'une protection juridictionnelle »⁶¹⁴. Enfin, de manière moins négative, la professeure LOCHAK constate que, même imparfaite, la consécration de ces droits en droits de l'homme effectifs, est similaire à celle subie par les droits économiques et sociaux de « deuxième génération » : celle-ci fut lente et demeure encore inachevée. Pour l'heure, ces droits de « troisième génération » tirent les droits de l'homme vers un autre défi qui reste, aujourd'hui, toujours insatisfaisant et encore trop récent pour être véritablement affirmé⁶¹⁵.

67. Une concrétisation relative en droit positif. Non sans considérer que ces droits ne puissent exister ou ne pourraient exister, le constat dominant est celui, d'une part d'une incompatibilité avec la culture française et européenne des droits de l'homme et, d'autre part, d'un manque de garanties procédurales. L'exemple sud-américain montre néanmoins que cette affirmation est possible, mais aussi qu'elle est relativement liée au système qui l'aménage⁶¹⁶. La limite à l'universalisme juridique est là : il est toujours circonscrit à l'ordre juridique qui le qualifie. En l'état actuel du droit positif, il semble que seul le droit à un environnement sain soit effectivement protégé⁶¹⁷. Il reste, sur le plan constitutionnel, le seul exemple concret. Devant la Cour EDH, il demeure protégé par ricochet, autrement dit lorsque l'atteinte en question contredit un droit garanti par la Convention. Si la Cour de Strasbourg a en effet considéré que la « hantise de la pollution » pouvait faire naître chez le requérant un préjudice moral⁶¹⁸, elle réalise le plus souvent son contrôle sous le volet procédural de l'article 8 CEDH, lorsque le droit au respect de la vie privée et familiale est doublé par des nuisances en lien avec l'environnement⁶¹⁹. Ainsi, selon cette interprétation, il s'agirait plus de droits individuels que de

⁶¹⁴ PELLOUX (V. R.), « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *RDP*, 1981, n° 1, p. 68.

⁶¹⁵ LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 41.

⁶¹⁶ La Cour constitutionnelle de Colombie a par exemple consacré un droit de protection à la nature, faisant de cette dernière un sujet de droit, dont la titularité est intergénérationnelle. Pour une synthèse sur la question, voir : LAFFAILLE (F.), « Le juge, l'humain et l'Amazonie. La constitutionnalité éco-centrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018) », *RJE*, 2018, vol. 43, pp. 549-563 ; « Constitution éco-centrique et État social de droit. À propos du constitutionnalisme andin », *RFDC*, 2019, n° 118, pp. 333-335 ; COHENDET (M.), FLEURY (M.), « Droit constitutionnel et droit international de l'environnement », *RDFC*, 2020, n° 122, pp. 271-297 ; LE QUINIO (A.), « Droit constitutionnel, environnement et peuples autochtones en Amérique latine », *RFDC*, 2020, n° 122, pp. 299-320.

⁶¹⁷ Cons. Const., n° 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *précitée*.

⁶¹⁸ CEDH, 25 novembre 1993, *Zander*, série A, n° 279-B, §31.

⁶¹⁹ Il peut s'agir, par exemple, de nuisances causées par l'exploitation d'un aéroport (CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner*, Série A, n° 172), ou par des émanations nauséabondes provenant d'une station d'épuration (CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, Série A, n° 303-C). Ainsi la Cour mobilise des obligations positives de protection et (ou) d'information envers les États concernant les risques potentiels concernant des activités dangereuses pour la santé et l'environnement (CEDH, 27 janvier 2009, *Tatar c. Roumanie*, n° 67021/01, §118 ; CEDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et al. c. Italie*, n° 30765/08). Voir, SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 745-751.

droits de solidarité à proprement parler. Son application en droit national ne contribue d'ailleurs pas à en éclaircir les contours, tant sur le sens à donner au concept de solidarité que sur sa conciliation avec les autres principes constitutionnels.

68. Si le droit international et européen semble avoir été un des moteurs principaux de l'émergence d'une universalité des droits concentrée sur l'humain sans discriminations, ses applications et ses aménagements en droit national sont plus difficiles à discerner. Il est alors intéressant d'analyser ces droits tels qu'ils sont proclamés et tels qu'ils sont appliqués.

§ 2. Une concrétisation juridique relative de l'universalité

69. La concrétisation juridique du principe d'universalité des droits met en avant certains paradoxes⁶²⁰, visibles principalement dès lors que sont comparées les prétentions à l'universalité sur le plan idéologique et les compromis présentés par l'ordre juridique pour les satisfaire. Si le droit supranational a largement concouru au développement du droit interne concernant l'affirmation de droits fondamentaux à la plus large catégorie de sujets de droit possible, l'universalité reste en proie à un certain relativisme. D'une part, l'évolution du droit positif montre que les droits fondamentaux se conçoivent aisément sans considération statutaire. L'appartenance politique à un État ou une nation n'effacent pas la personne humaine. Cependant, l'universalité des droits nécessite, d'autre part, des aménagements. Comme vu précédemment, soit certains droits fondamentaux dévoilent leur exclusivité en garantissant l'exercice de droits politiques du citoyen, soit il est nécessaire de moduler le champ des droits fondamentaux pour l'adapter aux différentes situations qu'ils sont susceptibles de régir. L'universalité devient ainsi une forme de politique — en tant qu'idéologie — visant à promouvoir l'indifférenciation des destinataires de droits. Mais, pour y parvenir, la jouissance de ces droits doit être plus ou moins conditionnée. Sur ce point, le principe d'égalité se présente comme un principe charnière, en ce qu'il interdit les discriminations dans la mise en œuvre de la garantie de droits. Pour ce faire, néanmoins, le droit positif prescrit un certain nombre d'aménagements, de sorte que l'égalité, dans sa logique, exige un certain nombre d'inflexions (A). Elle est donc à la fois un des principes indispensables à l'universalité et celui qui met en lumière ses limites. Un autre exemple récent permet d'analyser la mise à l'épreuve de l'universalité. L'interprétation récente donnée par le Conseil constitutionnel du principe de fraternité⁶²¹, et les débats qu'elle a pu susciter, donne un aperçu opportun des tensions et les limites qui lui sont inhérentes (B).

⁶²⁰ Voir, LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*

⁶²¹ Voir, Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *précitée*.

A. Les inflexions inhérentes au principe d'égalité

70. La diversité des titulaires et des situations juridiques oblige, en vertu du principe d'égalité, à autoriser certaines discriminations ou en interdire d'autres⁶²². Autrement dit, l'universalité des droits est idéalement absolue, et concrètement relative. Il en ressort que « le principe va jouer le rôle d'un "droit-tuteur", en conditionnant la protection d'autres droits fondamentaux »⁶²³. Le couple indissociable entre liberté et égalité, proclamé depuis la Déclaration de 1789, a instauré un universalisme abstrait en déclarant à la fois l'égalité de tous les hommes par nature, sans condition, et l'égalité des citoyens devant la loi. L'application concrète du principe a néanmoins fait l'objet d'aménagement pour optimiser son application en pratique. Pour ce faire, le droit positif a évolué de sorte à se rapprocher d'un universalisme considérant l'égalité comme une fin : des différences de situations justifient des différences de traitements. L'universalisme se compose avec un certain « différencialisme ». Il a, d'ailleurs, « toujours supposé la prise en compte de différences de situations concrètes »⁶²⁴. Autrement dit, l'universalité s'apprécie par la proportionnalité et fait de l'égalité un « instrument d'équipondération »⁶²⁵. L'égalité, à son tour, s'opère entre des catégories distinctes de sujets de droit, en s'appliquant de manière variable, afin de corriger des inégalités de fait. C'est de cette manière que s'est progressivement matérialisé le passage entre un universalisme abstrait à un universalisme concret (1). Le paradigme moderne de l'universalité des droits de l'homme aboutit, en outre, à ce que le principe d'égalité ne s'applique pas exclusivement entre citoyens ; il s'étend à tous les sujets de droit. Par extension, il est donc nécessaire d'en faire état, car son application va également donner un aperçu de l'étendue du corpus des justiciables. Juridiquement, l'exemple le plus significatif est celui du principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité (2). Cependant, au regard de la diversité des catégories de sujets de droit, le principe d'égalité est un correctif ne pouvant aboutir à une égalité parfaite ;

⁶²² L'emploi du terme discrimination paraît *a priori* antinomique par rapport à l'égalité. Il suppose ici un seuil de justifications ou de non-justifications relatives à une différence de traitement qui peut être prescrite au regard de critères objectifs. C'est par exemple pour cette raison que le professeur JOUANJAN propose de parler de « spécifications de l'égalité ». JOUANJAN (O.), « Logiques de l'égalité », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2020, n° 4, p. 8.

⁶²³ MELIN-SOUCRAMANEN (F.), « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », in SAULNIER-CASSIA (E.), TCHEN (V.) (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative*, Paris, Dalloz, coll. Actes et commentaires, 2009, p. 109.

⁶²⁴ Nous reprenons ici la thèse proposée par la professeure BUI-XUAN. Voir, BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus, 2004, p. 5.

⁶²⁵ L'« équipondération » est ici entendue comme « l'exigence d'un système équilibré de poids et mesures (juridiques) dans le traitement des différentes catégories de personnes ». JOUANJAN (O.), « Logiques de l'égalité », *op. cit.*, p. 6.

il régit de ce fait la logique de catégorisation, et donc des droits susceptibles d'être justiciables pour certaines catégories d'individus. Ainsi, ce principe de non-discrimination autorise tout de même un seuil de tolérance délimitant l'autorisation de certaines discriminations (3).

1. De l'universalisme abstrait à l'universalisme concret

71. Il est possible de constater un décalage dès lors que sont opposés l'universalisme en tant qu'idée historiquement conditionnée et en tant que principe structurant l'ordre juridique. De la même manière dont s'interroge M. GENEVOIS, « l'égalité devant la loi serait-elle l'apanage des citoyens, alors que notre tradition juridique a vu le triomphe progressif d'une conception universaliste de l'égalité ? » La raison historique de cette ambivalence se trouve dans le mythe de l'égalité devant la loi comme règle ultime d'harmonisation de la société, hérité des préceptes rousseauistes⁶²⁶ et mobilisé dans le discours jacobin à la Révolution⁶²⁷. L'universalisme de 1948 a poursuivi sur ce plan en prescrivant le lien indissociable entre liberté et égalité. Le principe est posé : la liberté n'est telle que si elle est la même pour tous⁶²⁸. Selon la professeure COLLIOT-THELENE, l'association entre l'universalisme des droits de l'homme et la charge symbolique contenue dans la loi donne une vision dynamique du *demos* permettant de reconnaître des sujets de droit potentiellement exclus de la communauté politique (comme c'est le cas des étrangers)⁶²⁹. La réalité montre, effectivement, que cet universalisme est immanquablement confronté à la catégorisation des droits, laquelle apparaît comme le moyen de garantir une protection plus large, en déclinant les droits en fonction de titulaires plus isolés (femmes, enfants, handicapés, étrangers, etc.)⁶³⁰. Si cette logique semble paradoxale, c'est qu'elle mobilise en réalité deux usages du concept d'universalisme et permet d'opposer égalité juridique et inégalité de fait. D'un côté, l'universalisme abstrait suppose l'égalité des droits en réfutant toute prise en considération de spécificités singulières inhérentes à l'individu ou à un groupe d'individus. Il construit, de cette façon, un rempart idéologique insurmontable contre les discriminations, en prônant que « les hommes naissent libres et égaux en droit »⁶³¹ et en garantissant « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de

⁶²⁶ Par exemple, ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre II, chap. II.

⁶²⁷ Sur ce point, SEVE (R.), « La loi au défi de l'individualisation », in BOULAD-AYOUD (J.), ROBERT (P.), MELKEVIK (B.) (dir.), *L'amour des lois*, Québec, Presses universitaires de Laval, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 469.

⁶²⁸ BENOIT-ROHMER (F.), « L'égalité dans la typologie des droits », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 136.

⁶²⁹ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, op. cit., p. 126.

⁶³⁰ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 54.

⁶³¹ Art. 1^{er}, DDHC 1789.

religion »⁶³². Par extension, le Pacte de 1966⁶³³, ainsi que l'article 14 de la Convention EDH⁶³⁴, reprennent ce principe de non-discrimination à tout individu, indépendamment de toutes considérations relatives à la citoyenneté. Or, d'un côté, en se positionnant comme « aveugle aux différences »⁶³⁵, cet universalisme abstrait bute contre la diversité sociale qui, dans une logique différente, pousse le législateur ou les juges à reconnaître des catégories de sujets de droit, précisément pour estomper les discriminations dont ils sont victimes⁶³⁶. *In fine*, elle tend à se rapprocher d'une protection universelle. Là se dévoile, d'un autre côté, l'universalisme concret : reconnaître les différences et renoncer à l'uniformité de la règle pour garantir une protection universelle afin de s'extirper d'un principe d'égalité « hors du réel »⁶³⁷. « Pour atteindre l'idéal universaliste, pour garantir une application identique de la règle de droit à tous les individus concrets par-delà leurs différences et les protéger contre les discriminations, on est parfois amené à désigner ceux que l'on veut ainsi protéger et donc à rompre, de façon plus ou moins manifeste, avec la formulation universaliste de la règle »⁶³⁸. C'est pour cette raison que sont distinguées l'égalité formelle, selon laquelle la loi s'applique de la même manière à tout sujet de droit, de l'égalité réelle, supposant qu'il est possible de traiter différemment des situations différentes au regard, notamment, de l'intérêt général ou de l'objectif poursuivi par la loi. La logique est finaliste ; elle cherche à limiter les inégalités. « En un certain sens, le principe de non-discrimination protège l'homme situé en fonction de certaines de ses caractéristiques et non l'homme abstrait »⁶³⁹.

⁶³² Art. 1^{er}, Const. 1958.

⁶³³ Art. 26, PIDCP 1966 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

⁶³⁴ Art. 14, Conv. EDH : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». Le principe de non-discrimination a d'ailleurs été interprété comme un droit autonome et une obligation positive pour les États. Voir, CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz et autres*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, Série A, n° 94.

⁶³⁵ LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 60.

⁶³⁶ La catégorisation s'opère, notamment, en référence au genre, au handicap, au sexe, à la nationalité, etc. Nous renvoyons, concernant la question de la catégorisation des sujets de droit, aux inventaires proposés par Yaël ATTAL-GALY et la professeure LOCHAK. Voir, *ibid.*, pp. 84-116 ; ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, pp. 249-348.

⁶³⁷ ARDANT (Ph.), « L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité concrète », in *La personne humaine sujet de droit*, Paris, PUF, Publications de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 1994, p. 136.

⁶³⁸ LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, *op. cit.*, p. 76.

⁶³⁹ BENOIT-ROHMER (F.), « L'égalité dans la typologie des droits », *op. cit.*, p. 144.

2. L'interdiction de principe des discriminations fondées sur la nationalité

72. Les fondements constitutionnels. L'universalisme abstrait et la garantie de non-discrimination sont également construits à partir d'une conception de la souveraineté, ancrée dans l'ordre juridique, fondée sur le principe d'indivisibilité de la République⁶⁴⁰. La formulation de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, selon laquelle la République « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », pose l'idée maîtresse de l'interdiction des discriminations dans l'ordre juridique⁶⁴¹. Il s'agit là d'une « égalité négative »⁶⁴², en ce que ces prescriptions fondent un absolu, garantissant l'unité du peuple français⁶⁴³. La conséquence est l'exclusion de la notion de groupe. C'est par exemple, en ce sens, que le Conseil a refusé la notion de « peuple corse » en 1991⁶⁴⁴, ou que le Conseil d'État refuse la reconnaissance d'une minorité ayant une identité religieuse⁶⁴⁵. En outre, s'il est admis certaines dérogations fondées sur l'âge⁶⁴⁶, la localisation géographique⁶⁴⁷ ou encore les particularités des collectivités d'outre-mer⁶⁴⁸, celles-ci demeurent justifiées par des différences de situations dont l'appréciation est rendue au service de l'égalité. Cette logique d'indifférenciation⁶⁴⁹ aboutit, en résumé, à un « renversement du classement catégoriel », dans le sens où certaines catégories d'individus sont reconnues comme ayant les mêmes droits que d'autres catégories. Cette conception s'explique aussi par le fait que l'égalité est un projet

⁶⁴⁰ MOUTOUH (H.), *Recherches sur un droit des groupes en droit public français*, Thèse dactylographiée, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1997, p. 166.

⁶⁴¹ LEBEN (Ch.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, n° 5, p. 345.

⁶⁴² Nous reprenons ici l'expression employée par le professeur MELIN-SOUCRAMANIEN. Voir, MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 92.

⁶⁴³ LUCHAIRE (F.) « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, n° 102, p. 1234.

⁶⁴⁴ Cons. const., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 11 à 13.

⁶⁴⁵ CE Ass., 14 avril 1995, *Koen et consistoire des israélites de France*, *RFDA*, 1995, p. 585, concl. Y. AGUILA ; *AJDA*, 1995, p. 572, J. H. STAHL et D. CHAUVAU. Voir également, l'avis de la Haute assemblée du Conseil d'État le 2 juillet 1995, relatif à la Convention-cadre pour la protection des minorités (EDCE, 1995, p. 397), où le Conseil d'État réaffirme le refus de reconnaissance de minorité ayant une identité ethnique, car contraire au principe d'indivisibilité de la République. Dans le même sens, la haute juridiction administrative avait interdit, des années auparavant, l'octroi de congés à une catégorie d'agents publics en raison de leurs origines ethniques (CE, 21 novembre 1962, *République malgache c/Mme Rasafindranaly*), l'interdiction d'accès d'enfants étrangers à l'école publique (CE, 26 juillet 1982, *GISTI*, n° 22931/22934), ou encore toute discrimination fondée sur la nationalité concernant l'octroi de l'allocation d'un congé parental d'éducation (CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c/Lery*, *RFDA*, 1990, p. 575, concl. D. LEVIS ; Dr. Soc., 1989, p. 767, note X. PRETOT).

⁶⁴⁶ Cons. const., n° 77-79 DC, 5 juillet 1977, *Loi portant diverses dispositions en faveur de l'emploi des jeunes et complétant la loi n° 75-574 du 4 juillet 1975 tendant à la généralisation de la sécurité sociale*, cons. 2 à 4.

⁶⁴⁷ Cons. const., n° 82-138 DC, 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, cons. 13.

⁶⁴⁸ Cons. const., n° 84-174 DC, 25 juillet 1984, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion*, cons. 5 ; Cons. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 12 à 14.

⁶⁴⁹ Voir à ce propos, LOCHAK (D.), « Droit, normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, Paris, PUF, CURAPP, 1983, pp. 51-77.

politique. Les organes de l'État façonnent la texture de sorte que, le temps faisant son œuvre, le principe juridique d'égalité est réinterprété continuellement, au gré d'une politique des droits de l'homme donnée. « Dénonçant la contradiction entre les mots et les choses, l'égalité proclamée et les inégalités instituées, des acteurs, dans des contextes politiques chaque fois différents, s'emparent de la performativité de l'énoncé apparemment constatatif "les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit" pour attaquer l'ensemble des mesures du droit positif qui contredisent cet énoncé. Autrement dit, dans ces mobilisations, ce ne sont pas les inégalités instituées qui accusent l'énoncé égalitaire comme faux, c'est l'énoncé égalitaire qui dénonce les inégalités instituées comme "incohérentes" avec l'exigence d'une société démocratique »⁶⁵⁰. Le législateur réitère, par exemple, le fait que les situations des individus ne peuvent pas être entravées par les caractéristiques prévues à l'article 1^{er} de la Constitution⁶⁵¹. « Les hommes, les citoyens sont identifiés à travers des catégories à l'intérieur desquelles ils sont égaux »⁶⁵². C'est enfin sous ce même fondement que le Conseil constitutionnel a proclamé, dans sa décision n° 89-269 DC, le principe selon lequel la jouissance des droits fondamentaux ne peut, en principe, être conditionnelle à la nationalité, mais doit être « reconnue à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁶⁵³. Il reste néanmoins en prendre en considération le fait que l'ensemble de ces prescriptions juridiques trouve certaines limites dans leurs applications en pratique. En témoignent notamment les saisines régulières présentées devant le Défenseur des droits, relatives à des discriminations fondées sur la nationalité qui, de manière générale, ont pour principales conséquences la privation de l'accès à un droit⁶⁵⁴.

73. Les exigences conventionnelles. De son côté, la Cour EDH a argué, sous

⁶⁵⁰ RENNES (J.), « Illégitimer des distinctions en droit. Stratégies politiques et enjeux épistémologiques », *Politix*, 2011, n° 94, p. 53.

⁶⁵¹ Le législateur a précisé et réaffirmé la prohibition des discriminations dans la loi du 1^{er} juillet 1972 (loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, JORF n° 0154 du 2 juillet 1972, p. 6803) complétée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (n° 2016-1547, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1), interdisant notamment le refus de fournir bien ou service, d'embauche ou de licenciement, d'accorder le bénéfice d'un droit, pour motif fondé sur l'origine d'une personne ou son appartenance ou non à une « *ethnie, une nation, une race, ou une religion déterminée* ». Voir, Art. 225-1 et svt du Code pénal ; art. L. 1132-2 et svt du Code du travail. Également, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit dans ces articles 23, 32 et 33 des peines aggravées concernant la provocation à la haine ou la diffamation si sont concernés un individu ou un groupe d'individus pour des raisons d'origine, de race de religion ou de nation.

⁶⁵² ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, op. cit., p. 91.

⁶⁵³ Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33.

⁶⁵⁴ Défenseur des droits, *Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer*, mai 2019, p. 26. Pour une analyse sur la question, voir : RIVIERE (C.), « La contribution du défenseur des droits au respect effectif des droits des étrangers », *Titre VII. Les Cahiers de Conseil constitutionnel*, 2021, n° 6, pp. 58-66.

fondement du principe de non-discrimination, que même si ce dernier ne dispose que d'une valeur subsidiaire, il s'oppose tout de même à toute discrimination, notamment fondée sur la nationalité, sauf à ce que celle-ci soit face l'objet d'une « justification objective et raisonnable », qu'elle poursuive un but « légitime » et qu'elle présente « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁶⁵⁵. Il est à remarquer, en effet, que la Cour exerce un contrôle renforcé, laissant déduire une certaine présomption d'irrégularité des discriminations basées sur la nationalité. « Dans cette perspective, la nationalité n'est conçue que comme une valeur relative en matière de protection des droits »⁶⁵⁶. Une vision concrète de l'universalité laisse entrevoir que, par-delà le principe de non-discrimination et la pluralité des catégories d'individus et des situations juridiques, le principe d'égalité demeure immanquablement à géométrie variable.

3. L'autorisation de certaines discriminations

74. Des exceptions cantonnées à des discriminations secondaires. Le premier constat concernant l'autorisation des discriminations est celui d'une certaine a-systémie. D'un côté, la logique universaliste présuppose l'égalité et la non-discrimination comme un droit de l'homme, et le cas échéant un droit fondamental. Mais, d'un autre côté, un regard supplémentaire sur l'article 1^{er} de la Constitution semble montrer que le principe de non-discrimination reste également assuré par la « légalité devant la loi de tous les citoyens ». Dès lors, une interprétation *stricto sensu* amène à conclure au fait que le bénéfice du principe d'égalité est lié au statut de la citoyenneté et que, de ce fait, les citoyens jouissent d'un « privilège constitutionnellement protégé »⁶⁵⁷. Il est alors possible de distinguer, plus précisément, à l'instar du professeur PFERSMANN⁶⁵⁸, les discriminations primaires et les discriminations secondaires. En vertu de l'idéologie universaliste, les discriminations primaires sont interdites par le système en raison du fait qu'elles se basent sur les éléments substantiels inhérents la nature humaine.

⁶⁵⁵ CEDH, 11 septembre 1996, *Gayguzusuz c. Autriche*, n° 17371/90, §50.

⁶⁵⁶ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., p 314.

⁶⁵⁷ L'expression est utilisée par le professeur PFERSMANN sur question de la qualification de « droits fondamentaux » reconnus à une catégorie restreinte d'individus reconnus par l'ordre juridique comme disposant d'un statut privilégié. Une telle qualification est ainsi rendue problématique en ce que la notion de droits fondamentaux prend sa source dans une idéologie des droits de l'homme, prenant pour référentiel la personne humaine. Voir, PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in FAVOREU (L.) et alii., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2012, p. 97.

⁶⁵⁸ *Ibid.*

C'est en ce sens qu'est proclamée l'interdiction des discriminations fondées sur la race⁶⁵⁹, la couleur de peau, l'origine, le sexe, etc. Les discriminations secondaires, quant à elles, autorisent un traitement différentiel en raison de certains critères objectifs. Il revient alors au législateur ou au juge⁶⁶⁰ d'adapter le principe d'égalité à différentes catégories de destinataires pour leur assurer une marge de liberté. Là est la justification. « La manière dont une catégorie d'individus est désignée selon une caractéristique ou une autre introduit l'effet d'une particularité, voire d'une déviance à l'égard de la norme standardisée, ce qui légitime alors une intervention étatique concrète de contrôle et de protection »⁶⁶¹. Ce raisonnement peut conduire, par extension, à concevoir des discriminations positives, comme faisant office de « technique d'équitabilité »⁶⁶², pour compenser des inégalités de fait envers certains groupes d'individus⁶⁶³.

75. Les autorisations constitutionnelles de discriminations. Cet usage du concept d'égalité, en tant qu'« égalité par la différenciation »⁶⁶⁴, conduit à admettre des variations entre les droits octroyés aux citoyens et aux non-citoyens au regard du critère de nationalité et de régularité de séjour. Cette conception est parfaitement illustrée dans les décisions n° 89-269 DC et n° 93-325 DC du Conseil constitutionnel. La lecture de ces deux décisions, et des commentaires doctrinaux assimilés, sont représentatifs de l'affirmation de cette vision de l'égalité. Dans la décision de 1989, le juge constitutionnel prône un principe d'indifférenciation des destinataires⁶⁶⁵. En 1993, en revanche, la consécration du statut constitutionnel des étrangers s'est accompagnée, paradoxalement selon une partie de la doctrine, par un « raidissement »⁶⁶⁶ du régime. Le Conseil précise, à ce titre, « qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national » ; qu'ainsi ces derniers « se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux »⁶⁶⁷. Si dès lors, leur

⁶⁵⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 29.

⁶⁶⁰ FAVOREU (L.), « Note sous la décision n° 98-269 DC du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1990, n° 2, p. 330.

⁶⁶¹ ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁶² PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 283.

⁶⁶³ Voir à ce propos, LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, n° 111, pp. 55-71.

⁶⁶⁴ LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.*, 1987, n° 11, p. 778.

⁶⁶⁵ Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 35 : « Considérant que l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice de l'allocation supplémentaire, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement, méconnaît le principe constitutionnel d'égalité ».

⁶⁶⁶ DUPEYROUX (J.-J.), PRETOT (X.), « Le droit de l'étranger à la protection sociale », *Dr. soc.*, 1994, n° 1, p. 71.

⁶⁶⁷ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2.

présence sur le territoire de la République suffit à leur reconnaître un droit général de jouissance des droits fondamentaux constitutionnels⁶⁶⁸, le critère de nationalité justifie tout de même une différence de situation et donc de traitement. Dès lors, « les droits fondamentaux attachés à la citoyenneté constituent des droits spécifiques résultants d'une discrimination secondaire »⁶⁶⁹ et autorise des modulations dans l'application du principe d'égalité.

76. L'analyse de l'universalité au regard du principe d'égalité met en avant un principe relatif, car compromissaire. Le fondement universaliste des droits fondamentaux permet de montrer un dépassement de principe de la politique de distinction entre national/citoyen et étranger/non-citoyen. Il propose le cadre général qui conditionne, ensuite, quels droits pourront être revendiqués en justice par quels sujets de droit. Dans cette optique, la communauté politique n'est ainsi pas un référentiel fermé. Mais, si de manière générale, l'universalisme tend à gommer les distinctions statutaires relatives au statut de la nationalité ou de la citoyenneté, il apparaît plus pertinent, selon un prisme positiviste, de raisonner en termes de gradation de la titularité des droits fondamentaux.

B. L'exemple du principe constitutionnel de fraternité

77. La fraternité met au défi l'universalité ; elle en dévoile certains paradoxes. Dans ses fondements philosophiques, elle rappelle, d'une part, le dilemme présenté par l'opposition entre la doctrine kantienne et malthusienne. La proposition d'un droit cosmopolitique chez KANT, comme moyen de parvenir à une « paix perpétuelle et durable », passe notamment par l'admission d'un *droit de visite* de l'individu dans un pays étranger⁶⁷⁰. Ce droit, « dû à tous les

⁶⁶⁸ Cons. const., n° 93-325 DC, *précitée*, cons. 3 : *Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; [...] qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés* ».

⁶⁶⁹ PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 98.

⁶⁷⁰ KANT (É.), *Projet de paix perpétuelle*, trad. J. Gribelin, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2013, p. 55. La proposition relative à un droit cosmopolitique chez KANT, qu'il développe notamment dans son *Projet de paix*, se fonde sur un premier présupposé relatif à la finitude de la surface de la Terre. L'obligation morale d'hospitalité repose sur un constat logique, en raison « de la commune possession de la surface de la Terre sur laquelle, puisqu'elle est sphérique, ils ne peuvent se disperser à l'infini, mais doivent finalement se supporter les uns les autres et dont personne à l'origine n'a plus qu'un autre le droit d'occuper un tel endroit ». En partant de ce constat, KANT ne propose pas que l'étranger arrivant sur le territoire d'un État puisse disposer d'un droit d'accueil, car cela reviendrait à l'assimiler sans médiation à la communauté nationale. En vertu d'un principe d'universalité du droit, en revanche, celui-ci concède que l'étranger puisse jouir de la possibilité de se proposer à la communauté, en invoquant un droit de *visite*, entendu comme « droit qu'a tout homme de se proposer comme membre de la société ». Il est autrement dit formalisé un droit à l'assimilation ou à l'intégration.

hommes, est celui de se proposer à la société »⁶⁷¹, s'incarne comme « la fin ultime tout entière de la doctrine du droit »⁶⁷² et préfigure la formation d'une citoyenneté mondiale. Il correspond ainsi à la juridicisation des relations d'hospitalité entendues dans toute la variété de ses déclinaisons »⁶⁷³. *A contrario*, l'allégorie du *Grand banquet de la nature* proposée par MALTHUS se concentre sur une vision communautaire du rapport à l'individu étranger, voyant l'hospitalité comme un facteur d'appauvrissement. Il s'agit là d'une thèse protectionniste, considérant tout acte humanitaire comme néfaste à l'harmonie de la communauté⁶⁷⁴. D'autre part, la fraternité va trouver un retentissement moderne chez Emmanuel LEVINAS en s'appuyant sur une philosophie des droits de l'homme tournée vers l'altérité. Ces droits sont ici appréhendés comme « les droits de l'autre homme et [qu']ils expriment par-delà l'épanouissement des identités dans leur identité même et leur instinct de libre conservation, le pour-l'autre du social du pour-l'étranger »⁶⁷⁵. Ces réflexions renvoient aujourd'hui un écho très instructif. En effet, le retour du principe constitutionnel de fraternité dans le débat politique et juridique, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 6 juillet 2018, a donné une nouvelle manifestation de

⁶⁷¹ De là se justifie l'indispensabilité de l'exigence d'une fédération pacifique entre les nations et un droit de visite pour les individus. La limite de ce droit de visite se trouve, néanmoins, dans le droit de résidence entendu comme droit de propriété sur l'État d'accueil. Circonscrit de cette manière, ce droit est ainsi « le droit de tenter d'être en communauté avec tous et, pour atteindre ce but, d'explorer toutes les régions de la terre, bien qu'il ne puisse pas avoir un droit d'installation (*ius incolatus*) sur le sol d'un autre peuple, sans contrat particulier » (KANT (É.), *Doctrine du droit*, in *Métaphysique des mœurs*, trad. A. Philonenko, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1971, p. 236, § 62). La conscience de l'humanité, au-delà de prisme communautaire, s'incarne finalement en obligation morale pour les individus, de sorte qu'est adoptée une certaine vision de l'universalité basée sur un référentiel holistique. C'est par exemple ce que développe le philosophe dans son *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, dans lequel celui-ci déclare que « le plus grand problème pour l'espèce humaine, celui que la nature la force à résoudre, est de parvenir à une société civile administrant universellement le droit ». Voir, KANT (É.), *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique* (1784), trad. L. Ferry, Gallimard, coll. Folio plus philosophie, 2009, « cinquième proposition », pp. 18-19.

⁶⁷² KANT (É.), *Doctrine du droit*, *op. cit.*, p. 236, § 62.

⁶⁷³ DELEIXHE (M.), « Une réévaluation du droit cosmopolitique kantien », *Revue française de science politique*, 2014, n° 64, p. 80.

⁶⁷⁴ La thèse malthusienne, imagée sous la forme d'un banquet, se base sur la logique de l'appauvrissement par le partage. Ainsi l'auteur argue-t-il que l'hospitalité envers un membre non reconnu et engagé dans la communauté ne peut aboutir à une quelconque aide. Selon l'auteur, « celui qui naît dans un monde déjà occupé, s'il ne peut obtenir de quoi subsister de ses parents à qui il est en droit d'en demander, et si la société n'a pas besoin de son travail, n'a pas le moindre droit de prétendre à la plus petite portion de nourriture ». Le risque d'une multiplication des actes de solidarité envers les individus étrangers entraînerait, à long terme, la faillite et la perte d'identité de la communauté d'accueil. « Dès que la nouvelle se répandra qu'on accorde des secours à tout venant, la salle sera bientôt remplie d'une multitude qui en sollicitera. L'ordre et l'harmonie de la fête seront troublés ; l'abondance qui régnait auparavant se changera en disette ; et le bonheur des convives sera détruit par le spectacle de la misère et de l'humiliation qui s'offre de toutes parts dans la salle et par les clameurs importunes de ceux qui enragent avec raison de ne point trouver les secours qu'on leur avait fait espérer ». Voir, MALTHUS (Th.), *Essai sur le principe de population*, 2^e éd, Paris, Guillaumin et Cie, 1884, p. 531. Pour une critique de cette pensée, nous renvoyons notamment à celle formulée par Pierre-Joseph PROUDHON. Voir, PROUDHON (P.-J.), « Les Malthusiens », Paris, 10 août 1848, Boulé, 1849, disponible à l'adresse : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k62988d.texteImage>.

⁶⁷⁵ LEVINAS (E.), *Altérité et transcendance*, Paris, Fata Morgana, coll. Essais, 1995, p. 155.

la question de l'universalité des droits, par l'abrogation partielle du « délit de solidarité »⁶⁷⁶. Il ne s'agit pas ici des droits de solidarité, mais du principe de solidarité en tant que corollaire du principe de fraternité. Si le retentissement que cette décision a pu avoir ne peut être négligé, c'est en partie parce qu'il met en lumière la portée relative de l'universalité. À ce propos, un éclairage historique de la notion permet de mieux comprendre les tensions qui l'animent (1). La fraternité est aujourd'hui à la fois confrontée aux exigences de l'État de droit, et à une tradition partagée entre l'idéologie droit-de-l'homme et celle prônant l'immanence de la nation souveraine. L'occasion pour le Conseil constitutionnel de reconnaître la valeur constitutionnelle de la fraternité par le prisme du « délit » de solidarité a permis de renouveler le débat sur son acception universaliste et d'en mettre en évidence les contradictions (2).

1. Perspective historique : fraternité universelle et fraternité patriotique

78. Les origines philosophiques de la fraternité universelle. L'analyse des principes de solidarité et de fraternité met en évidence la tension prospérant entre le référentiel politique communautaire et un référentiel universaliste des droits. Un bref aperçu historique de la notion de fraternité permet, tout d'abord, de prendre connaissance des origines du débat⁶⁷⁷ et de mettre en perspective la démonstration. Si la notion est difficile à cerner, c'est parce qu'elle est conjoncturelle, autant sur le plan politique que juridique. La première occurrence majeure de la fraternité est née de la philosophie des lumières en tant qu'idéologie, où celle-ci est assimilée à l'Humanité. Elle embrasse ici l'humain, laïcisé, doué de raison. Cette vision de la *fraternité universelle* se retrouve par exemple chez VOLTAIRE, MONTESQUIEU, DIDEROT, D'ALEMBERT ou encore CONDORCET. L'article de Louis de JAUCOURT sur le « patriotisme » dans *L'Encyclopédie* en est un témoignage. Ce dernier déclare, en effet, que « le patriotisme le plus parfait est celui qu'on possède quand on est si bien rempli des droits du genre humain qu'on les respecte vis-à-vis de tous les peuples du monde »⁶⁷⁸. Il est ici défini sous le prisme d'une vision universaliste de l'homme, conditionnant la fraternité universelle.

⁶⁷⁶ Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*.

⁶⁷⁷ Il est ici question de se concentrer sur les grandes lignes de l'évolution de la notion. La thèse du professeur BORGETTO a déjà procuré une expertise historique très développée. Pour toutes précisions, il est donc proposé de se référer à cet ouvrage. BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1993, 689 p.

⁶⁷⁸ JAUCOURT (L. de), « Patriotisme », in *L'Encyclopédie*, 1751, 1^{re} éd., t. 12, p. 181.

79. Le tournant révolutionnaire et la naissance de la fraternité patriotique.

Ensuite, la Révolution de 1789 marque, pour la fraternité, un tournant définitionnel. Imprégnée de la révolution politique de cette époque, elle prend alors le sens d'une *fraternité patriotique*. S'inspirant de la vision contractualiste rousseauiste⁶⁷⁹, la fraternité est instrumentalisée pour servir de fondation au discours politique sur l'État-nation, sous couvert du principe de solidarité nationale⁶⁸⁰. Elle est un « mythe fondateur du droit public révolutionnaire »⁶⁸¹, mobilisé pour donner forme à « l'unité et l'union nationale »⁶⁸². Fraternité et solidarité sont ainsi proclamées de concert, et forment un des couples fondateurs de l'État républicain en prônant le lien indissociable entre les individus membres du pouvoir souverain : « désormais tous sont censés être frères, à la fois parce qu'en étant tous libres et égaux, tous sont supposés posséder une Patrie et parce qu'en formant une Nation, tous sont supposés faire partie intégrante du pouvoir souverain »⁶⁸³. Cette fois-ci, la fraternité prend sens de manière plus restrictive : le référentiel n'est ici plus l'humain, mais le citoyen appartenant à une nation⁶⁸⁴. Si la fraternité universelle trouvera quelques points de survivance⁶⁸⁵, la fraternité patriotique primera quant à elle en suivant la prospérité de l'État-nation. Elle sert, en cela, de point de distinction entre le citoyen et l'étranger⁶⁸⁶. C'est, par suite, en droit international que la fraternité universelle ressurgira, dans la même mouvance que les droits relatifs à l'humain. L'article premier de DUDH de 1948 énonce, par exemple, que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.

⁶⁷⁹ Cette logique induit la reconnaissance exclusive des membres du contrat social. Elle présuppose une vision de la fraternité entre les individus ayant pour caractéristique commune d'être identifiés comme souverain. Elle recentre la fraternité autour du principe communautaire, « à savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté ». ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, L. 1, chap. VI.

⁶⁸⁰ Voir, BLAIS (M.-Cl.), « Solidarité : une idée politique ? », in HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Solidarité(s). Perspectives juridiques*, Paris, LGDJ, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Actes de colloques, 2009, pp. 35-46.

⁶⁸¹ BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 17.

⁶⁸² *Ibid.*, p. 48.

⁶⁸³ BORGETTO (M.), « Fraternité et solidarité : un couple indissociable ? », in HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Solidarité(s). Perspectives juridiques*, op. cit., p. 11.

⁶⁸⁴ Voir sur ce point, BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., pp. 60-80.

⁶⁸⁵ Concernant l'époque révolutionnaire, la fraternité universelle résiste, par exemple, avec l'abolition du droit d'aubaine. Comme le déclare Bertrand BARERE, « le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quel que soit leur pays ou leur gouvernement [...] et que la France libre doit ouvrir sein à tous les peuples de la terre, en les invitant à jouir sous un gouvernement libre des droits sacrés et inaliénables de l'humanité » (Discours du 6 août 1790, *Archives parlementaires*, t. 17, p. 627). Un même regain pour la fraternité universelle se retrouve, également, lors de la révolution de février 1848. Voir à ce sujet, BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., pp. 274-280.

⁶⁸⁶ Le titre 1^{er}, 3^e de la Constitution 1791 illustre bien cette idée en énonçant, par exemple, qu'« il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens et les attacher à la Constitution, à la patrie et aux lois ».

Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

80. Distinction et assimilation entre fraternité et solidarité. D'un point de vue généalogique, le constat général est que le couple fraternité/solidarité est tantôt associé, tantôt dissocié. L'inclusion de la fraternité dans le préambule de la Constitution de 1958⁶⁸⁷, comme devise nationale de la République rappelée par l'article 2⁶⁸⁸, ainsi que son inscription à l'article 72-3⁶⁸⁹ pour la reconnaissance des peuples d'outre-mer, n'a cependant pas contribué à en éclaircir le sens, d'un point de vue juridique, par manque d'interprétation officielle. Comme le montre le professeur BORGETTO, fraternité et solidarité se distinguent sur le plan éthique. « Alors que la fraternité postule et implique nécessairement, dans son sens dérivé et figuré, un sentiment d'amour et d'amitié envers autrui ou, ce qui revient au même, se trouve dotée d'une charge affective et sentimentale qui lui est consubstantielle, on ne retrouve rien de tel, en revanche, dans le concept de solidarité »⁶⁹⁰. Elles finissent par se rejoindre dans leur application juridique, de sorte que la fraternité sert à justifier la solidarité. Cette évolution prend un intérêt dans la lecture qu'elle permet de la décision du Conseil constitutionnel de 2018, notamment par sa censure partielle du délit de solidarité sous fondement du principe de fraternité.

2. Le « délit de solidarité » : le retour de la fraternité universelle en débat

81. Un débat relancé par la jurisprudence constitutionnelle. Questionné sur la constitutionnalité du « délit de solidarité », interdisant aux termes de l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) toute aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier, à l'exception d'immunités pénales en cas d'aide humanitaire délimitées par l'art. 622-4 du même code⁶⁹¹, le Conseil constitutionnel a abordé le principe de

⁶⁸⁷ Al. 2, Préamb. Const. 1958 : « La République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique ».

⁶⁸⁸ Art. 2 al. 4 Const. 1958 : « La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité" ».

⁶⁸⁹ Art. 72-3 Const. 58 : « La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».

⁶⁹⁰ BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, op. cit., p. 7.

⁶⁹¹ L'article L. 622-4 CESEDA (dans sa rédaction issue de la loi n° 2012-1560 du 31 déc. 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées), exclut de toute poursuite « l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait [...] 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et consistait à fournir des conseils ou accompagnements juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux destinées à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger, ou bien toute autre aide visant à préserver la dignité ou l'intégrité physique de celui-ci ».

fraternité pour consacrer « la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national »⁶⁹². Censurant partiellement la loi en se basant sur les articles 2 et 72-3 de la Constitution, le Conseil a fait découler du principe de fraternité la solidarité, en cantonnant de délit de solidarité à l'aide à l'entrée sur le territoire national et en légalisant l'aide au séjour si celle-ci est motivée par une démarche humanitaire et non lucrative⁶⁹³. De cette manière, la Haute juridiction entend garantir une « conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public »⁶⁹⁴.

82. Une doctrine partagée quant au caractère universel du principe de fraternité.

Il est intéressant de remarquer que les débats doctrinaux consécutifs à cette décision ont remis au goût du jour la confrontation des fraternités universelle et patriotique. Tout d'abord, l'emploi du terme « autrui », par le juge constitutionnel, témoigne d'une vision à tendance universaliste, ou tout du moins, indifférente à l'appartenance communautaire⁶⁹⁵. Considérant que l'immunité pénale octroyée pour les actes de solidarité n'est seulement permise que si ces derniers visent « à préserver la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger »⁶⁹⁶, le référentiel de la dignité de la personne humaine, par le critère de l'acte humanitaire, reste l'élément justificatif de cette permission. Il trace la voie « de la fraternité entre les citoyens à la fraternité entre les hommes »⁶⁹⁷. Ensuite, la connotation politique d'une telle affaire est indéniable et a suscité de vives réflexions en raison des tensions qu'elle crée entre l'universalité de la protection des droits fondamentaux et la souveraineté. Selon le professeur MATHIEU, l'élargissement extra-communautaire de la fraternité contribue à troubler la distinction entre les droits de la communauté nationale et ceux des étrangers en raison d'une conception trop confuse de l'acte humanitaire⁶⁹⁸. Les limites du lien entre démocratie et droit fondamentaux se révèlent alors :

⁶⁹² Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *précitée*, cons. 8.

⁶⁹³ *Ibid.*, cons. 14. Voir à ce propos, SAAS (Cl.), « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », *Recueil Dalloz*, 2018, n° 34, pp. 1894-1898 ; DE JEAN DE LA BATIE (A.), « Aide aux étrangers en situation irrégulière : victoire en demi-teinte de la cause humanitaire », *Recueil Dalloz*, 2019, n° 1, pp. 49-53 ; BORGETTO (M.), « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2018, n° 30-35, 23 juillet, p. 1487.

⁶⁹⁴ Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *précitée*.

⁶⁹⁵ PONSEILLE (A.), « Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain », *Constitutions*, 2018, n° 3, p. 399. Voir aussi le commentaire « officiel » de la décision, p. 19. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018717qpc/2018717_718qpc_ccc.pdf.

⁶⁹⁶ Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *précitée*.

⁶⁹⁷ MATHIEU (B.), « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *Constitutions*, 2018, n° 3, p. 389.

⁶⁹⁸ « En censurant la disposition législative contestée, le Conseil constitutionnel tend à estomper les différences entre les droits du citoyen et les droits indérogeables de l'homme. Ce faisant il affaiblit la protection même de la communauté nationale qu'il tend à

« un peuple se définit par son identité, l'homme se définit par son universalité »⁶⁹⁹. Par les droits fondamentaux viendraient alors se confondre le peuple et l'homme. L'imprécision dans la signification allouée au principe de fraternité et l'éviction de l'argument de la souveraineté par le Conseil sont un point de critique majeur de cette position. C'est par exemple ce qu'il ressort du commentaire de Jean-Éric SCHOETTL⁷⁰⁰. Après le premier pas intenté par la décision du 13 août 1993⁷⁰¹, sur la protection constitutionnelle des étrangers sur le territoire national, puis celui de la décision du 16 juillet 1996⁷⁰², où le Conseil laisse encore une large marge d'appréciation au législateur pour arbitrer entre humanité et souveraineté, la décision du 18 juillet 2018 marque une rupture par la signification qu'elle alloue à la fraternité⁷⁰³. L'oubli volontaire de l'argument de la souveraineté est, selon Jean-Éric SCHOETTL, l'aveu d'une faiblesse de motivation de la part du Conseil qui, d'une part, tente de donner un sens juridique à un principe se voulant être un « idéal » (art. 72-3 de la Constitution), ou *a minima* une « traduction de l'idéologie républicaine »⁷⁰⁴, et, d'autre part, fait perdre le peu de sens qu'il lui reste en effaçant le référentiel de la communauté nationale qui lui est associé. Est alors condamné un jugement politique s'apparentant à une « leçon d'humanisme »⁷⁰⁵ de la part du juge, au détriment d'une justification juridique poussée. « La fraternité aurait ainsi englouti la souveraineté »⁷⁰⁶. Il reste néanmoins à préciser que le Conseil autorise l'immunité pénale en question concernant les comportements soutenant le séjour et non l'entrée d'un étranger sur le territoire. Mais la primauté donnée à la fraternité universelle peut, *a contrario*, être soutenue selon un autre argument. Contre la thèse communautaire, prônant une « fraternité brisée », l'ascendant est plutôt donné à la protection universelle des droits fondamentaux, faisant du délit de solidarité « un oxymore indéfendable dans un État de droit »⁷⁰⁷. C'est notamment ce qui avait été défendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son

dissoudre dans une conception humanitaire assez vague ». MATHIEU (B.), « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *op. cit.*, p. 389.

⁶⁹⁹ MATHIEU (B.), *Le droit contre la démocratie*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Forum, 2017, p. 147.

⁷⁰⁰ SCHOETTL (J.-É.), « Fraternité et constitution. Fraternité et souveraineté », *op. cit.*, pp. 959-965.

⁷⁰¹ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 81 à 95 ; D., 1994, p. 111, obs. D. MAILLARD DESGREES DU LOU ; *Dr. soc.*, 1994, p. 69, étude J.-J. DUPEYROUX et X. PRETOT ; *RFD*, 1993, p. 871, note B. GENEVOIS.

⁷⁰² Cons. const., n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 11 et 12.

⁷⁰³ Voir, TUSSEAU (G.), « Le Conseil constitutionnel et le “délit de solidarité” », *Revue critique de droit international privé*, 2019, n° 1, pp. 35-64.

⁷⁰⁴ SCHOETTL (J.-É.), « Fraternité et constitution. Fraternité et souveraineté », *op. cit.*, p. 495.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ Voir, en ce sens : DONNARUMMA (M. R.), « Le “délit de solidarité”, un oxymore indéfendable dans un État de droit », *RFDC*, 2019, n° 117, pp. 55-58.

avis du 17 mai 2017, intitulé « mettre fin au délit de solidarité »⁷⁰⁸. Le droit communautaire semble enfin aller dans ce même sens, comme en témoignent la directive du 28 novembre 2002⁷⁰⁹ ou encore la résolution prise par le Parlement européen le 5 juillet 2018⁷¹⁰.

83. La tentative avortée de la proclamation de la liberté fondamentale d'aider autrui. Le dernier point ayant été soulevé a enfin été celui de savoir si le droit à la fraternité pouvait constituer un droit subjectif⁷¹¹. La question a, en effet, été posée devant le tribunal administratif de Besançon le 28 août 2018⁷¹² à l'occasion d'une requête en référé invoquant la liberté fondamentale d'aider autrui, sous fondement de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Contrôlant un arrêté « anti-mendicité », le juge du fond en a profité pour énoncer qu'une telle mesure avait pour effet d'éloigner du centre-ville « certaines catégories de personnes particulièrement vulnérables » et qu'à cet effet le maire avait « indirectement, mais nécessairement porté atteinte à la liberté d'aider autrui, laquelle ne prend, parfois, spontanément corps qu'à la vue de personnes dans le besoin ». L'opportunité de cette déclaration n'a cependant pas permis, au regard du cas d'espèce, d'annuler l'arrêté contesté, considérant que la présente mesure n'était « ni suffisamment grave, ni manifestement illégale ». Renvoyé en appel devant le Conseil d'État, une partie de la doctrine s'est interrogée sur les suites de la décision du Conseil constitutionnel, à savoir si la haute juridiction de l'ordre administratif viendrait « confirmer une avancée aussi emblématique pour la protection des droits fondamentaux » et « placer la fraternité au cœur du procès administratif »⁷¹³. Dans un arrêt du 6 septembre 2018⁷¹⁴, celui-ci n'a malheureusement pas pu confirmer la position du tribunal administratif en raison d'une restriction procédurale. Pendant la période de renvoi, le maire de Besançon a abrogé l'arrêté litigieux pour prendre un autre arrêté reprenant peu ou prou les termes de l'ancien. Si le requérant a entrepris de faire échec au prononcé d'un non-lieu à statuer en arguant l'illusion du caractère abrogatif dudit arrêté, le Conseil d'État a estimé que les conclusions présentées

⁷⁰⁸ CNCDH, avis, *Mettre fin au délit de solidarité*, 18 mai 2017. Disponible à l'adresse : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-mettre-fin-au-delit-de-solidarite>.

⁷⁰⁹ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

⁷¹⁰ Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 sur les lignes directrices destinées aux États membres pour empêcher que l'aide humanitaire ne soit érigée en infraction pénale, 2018/2769(RSP).

⁷¹¹ SCHOETTL (J.-É.), « Fraternité et constitution. Fraternité et souveraineté », *op. cit.*, p. 960.

⁷¹² TA Besançon, ord., 28 août 2018, *M. Guardado c. Commune de Besançon* n° 1801454 ; AJDA, 2018, p. 1640, note A. KORSKOFF.

⁷¹³ PENA (A.), « L'entrée de la fraternité en droit administratif : entre acceptation du principe et restriction procédurale », *Recueil Dalloz*, 2019, n° 14, p. 774. Dans le même sens, voir : DE MONTECLER (M.-Ch.), « De la fraternité découle la liberté fondamentale d'aider autrui », *Dalloz actualité*, 10 septembre 2018, n° 10.

⁷¹⁴ CE, 6 septembre 2018, *M. Guardado c/ Commune de Besançon*, n° 423725.

aux fins de suspension de l'exécution du nouvel arrêté étaient irrecevables, lesquelles étaient présentées en appel pour la première fois. La question reste ainsi en suspens. Malgré l'impulsion donnée par le juge du fond, la fraternité reste donc, pour l'instant, cantonnée à son champ constitutionnel.

84. L'interprétation « universaliste » de la fraternité est une des dernières manifestations du paradigme de l'universalité, tel qu'il est conçu depuis la seconde moitié du XX^e siècle. La mise sous silence de l'argument de la souveraineté, ou plus largement du référentiel de la communauté nationale, pour faire primer la protection des droits fondamentaux est évocatrice d'une certaine tendance, mais elle n'est cependant pas absolue. L'universalité abstraite est sans cesse confrontée à la différenciation de situations juridiques particulières. En ce sens, le professeur JOUANJAN résume ainsi « qu'il n'y a pas de rationalité absolue inhérente à l'égalité juridique [...]. Le principe d'égalité impose une obligation de justification. Cette justification suppose l'examen des réalités sociales qui ne sont pas susceptibles d'être réduites en algorithmes, en déterminations formelles à partir desquelles il suffirait de calculer l'égalité »⁷¹⁵. Tel est le dilemme confrontant universalité et égalité. Pour rendre compte, de manière plus probante encore, de la manière dont il oblige à concevoir une universalité par catégorisation, il reste maintenant à se tourner vers le droit des étrangers. Il s'agit là, en effet, de l'exemple le plus éloquent des enjeux et des limites à la logique d'universalité et, plus encore, en permettant *in fine* de confirmer l'idée selon laquelle la garantie des droits obéit à une logique par gradation.

⁷¹⁵ JOUANJAN (O.), « Logiques de l'égalité », *op. cit.*, p. 8.

SECTION 2. UNE GRADATION DANS LA GARANTIE DES DROITS ACCORDEE AUX NON-NATIONAUX

85. « Les droits de l'homme s'adressent à l'être humain dans son universalité. Les libertés publiques sont centrées sur les seuls nationaux. Quant aux droits fondamentaux, leurs bénéficiaires sont plus nombreux. Les étrangers sont les premiers concernés »⁷¹⁶. La catégorisation des droits fondamentaux contribue à créer un degré plus ou moins élevé d'inclusion ou d'exclusion au sein des sujets de droit, de sorte à former un schéma de cercles concentriques⁷¹⁷. Dans la logique de la Déclaration de 1789, l'universalité s'entend surtout comme une universalité de la règle de droit, applicable à tous les citoyens⁷¹⁸. Le droit public français a néanmoins évolué, de manière variable, en prenant en compte la diversité des catégories d'individus. « La généralité de la règle de droit a en effet très vite été entendue comme une généralité intra-catégorielle, non comme une universalité. La logique de catégorisation est en effet inhérente au droit »⁷¹⁹. De prime abord antinomique, cette association permet d'illustrer les concrétisations du principe d'universalité prévues en droit positif. De là apparaît une des facettes de l'universalité. Le postulat selon lequel toute personne dispose de droits laisse place à une concrétisation de cette universalité fondée sur une catégorisation des destinataires visant à ce que chacun jouisse du plus de droits possibles au regard de la particularité de sa situation (tout en gardant à l'esprit que la pratique du contentieux ne traduit pas toujours les possibilités offertes par l'ordre juridique). L'évolution du droit des étrangers, sous l'influence de la Cour EDH, puis en droit constitutionnel interne depuis le début des années 90, a mis en lumière un double phénomène. D'une part, sous l'égide du principe d'universalité des droits de l'homme, le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité s'est peu à peu affirmé de sorte à garantir indifféremment le bénéfice des droits fondamentaux à tout individu. Par suite, « un étranger, qu'il soit en situation régulière ou non, a la capacité d'agir en justice, la possession de la nationalité française n'étant pas une condition de recevabilité d'un recours contentieux »⁷²⁰. D'autre part, si l'étranger dispose d'un régime juridique spécifique quant à la garantie des droits fondamentaux, que l'ordre juridique lui accorde, il représente une catégorie

⁷¹⁶ DORD (O.), « Droits fondamentaux », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 262. Dans un sens similaire, voir : TCHEN (V.), « Recherche sur les droits fondamentaux des étrangers », *LPA*, 1995, n° 61, p. 4.

⁷¹⁷ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 78.

⁷¹⁸ LEBEN (Ch.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *op. cit.*, p. 300.

⁷¹⁹ BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, p. 7.

⁷²⁰ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 82.

de sujet de droit dépourvue d'uniformité et d'homogénéité. Le droit constitutionnel des étrangers se construit par l'utilisation de droits fondamentaux constitutionnellement garantis dont les pouvoirs publics disposent d'un pouvoir de concrétisation relativement étendu. Selon une vue d'ensemble, comme présentée par le professeur TCHEN, « les normes générales de la Constitution ont largement été mobilisées pour baliser le pouvoir réformateur du législateur en droit des étrangers, souvent pour justifier l'action des pouvoirs publics, parfois pour en fixer les limites »⁷²¹. La garantie des droits varie, en effet, en fonction de la situation de l'étranger. La régularité du séjour ou la stabilité de la résidence laissent, par exemple, apercevoir une gradation. La généralisation des droits s'accompagne alors, dans un même temps, d'une particularisation en fonction des sous-catégories d'étrangers⁷²². Afin de mettre en évidence cette articulation, il convient tout d'abord de développer en quoi, au regard du droit positif, le statut constitutionnel de l'étranger demeure un statut conditionné (§ 1). Au sein même de la catégorie d'étranger, ensuite, les différentes sous-catégories engendrées par le droit positif permettent d'étoffer d'autant plus l'illustration du phénomène de catégorisation (§ 2).

⁷²¹ TCHEN (V.), « La constitutionnalité du droit des étrangers : essai de synthèse », *Titre VII. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2021, n° 6, p. 10.

⁷²² GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Monchrestien, 1998, p. 256.

§ 1. La nature conditionnée du statut constitutionnel de l'étranger

86. La décision du 13 août 1993, dite *maîtrise de l'immigration*⁷²³, a été l'opportunité pour le Conseil constitutionnel de proclamer, selon la formule proposée par Bruno GENEVOIS, un « statut constitutionnel de l'étranger »⁷²⁴. L'apport de cette décision a été crucial, car il a permis d'instaurer un régime juridique propre et défini pour des individus étant caractérisés par leur « non-appartenance à une collectivité de référence »⁷²⁵. Il en ressort, d'une part, que les étrangers peuvent bénéficier de droits fondamentaux spécifiques à leur situation et, d'autre part, qu'ils disposent, de manière plus ou moins conditionnée, des mêmes droits que les nationaux. En cela, la décision du 13 août 1993 précise bien que les étrangers ne jouissent pas des droits fondamentaux de manière générale et absolue et qu'il est dès lors loisible au législateur d'adopter des règles différentes à ces derniers, tant que celles-ci respectent « les libertés et droits de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁷²⁶. Aussi le droit positif donne-t-il une définition négative de l'étranger se basant sur son extériorité vis-à-vis de la communauté souveraine. Selon les termes de l'article L. 111-1 du CESEDA, « sont considérées comme étrangers au sens du présent code les personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité ». Si en pratique le régime juridique de l'étranger s'est progressivement construit par une succession de textes plus ou moins complexes et cohérents entre eux⁷²⁷, son régime constitutionnel permet, tout de même, de faire ressortir les tendances générales d'une extension de la garantie des droits sans condition d'appartenance à la communauté nationale. Mais, à son tour, ce régime juridique met en lumière une tension entre la relativisation de critère de nationalité avec le critère de résidence sur le territoire (A). Ce qui fait de plus sa spécificité, sur le plan constitutionnel, c'est que ce régime se fonde sur des bases administratives⁷²⁸. Là est d'ailleurs le terrain privilégié des critiques relatives aux lacunes de la garantie des droits ; il est

⁷²³ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*. Voir à ce propos, FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^e éd., n° 42, p. 699.

⁷²⁴ GENEVOIS (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, 1993, n° 5, p. 871.

⁷²⁵ LOCHAK (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 51.

⁷²⁶ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 2.

⁷²⁷ Voir à ce propos l'état des lieux proposé par Anne-Virginie MADEIRA dans sa thèse. MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, pp. 206-211.

⁷²⁸ Tel que l'énonce le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 avril 1997, il s'agit d'un « régime juridique qui confère à l'autorité administrative des pouvoirs étendus ». Cons. const., n° 89-266 DC, 9 janvier 1999, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 24.

l'illustration opportune d'une certaine précarité⁷²⁹. Il s'agit, en d'autres termes, d'un régime qui reste conditionné, en ce qu'il n'est pas un régime de liberté, mais un régime d'autorisation, restrictif de libertés et s'appuyant sur le référentiel de l'atteinte à l'ordre public (B).

A. Le critère de résidence comme référentiel de garantie des droits

87. Le statut constitutionnel proclamé par la décision du 13 août 1993 n'étend pas la garantie des droits sans condition. Si la nationalité ne forme plus un critère pour bénéficier de la garantie des droits, étendant par là même le champ des destinataires de droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel a imposé la condition de résidence sur le territoire national⁷³⁰. Cette condition permet, néanmoins, de constater une extension du champ des destinataires de droits. Or ce principe n'échappe pas à la catégorisation des destinataires, puisque la qualité de la résidence, notamment par le critère de stabilité, conditionne l'étendue des garanties allouées à l'étranger. Il n'en demeure pas moins que le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité aboutit à ce que l'identification de destinataires des droits fondamentaux s'effectue ici, non plus en référence à la communauté nationale, mais plutôt au regard d'une communauté de résidents. D'aucuns parlent alors, à ce titre, du « règne de la résidence »⁷³¹. Parallèlement, la création de la citoyenneté européenne avec le Traité de Maastricht en 1992, et plus tard la Charte DFUE, ont largement participé au déploiement du régime juridique du résident ainsi qu'à son ouverture à un nombre plus grand de destinataires. Au regard de ces évolutions, il est donc possible d'appréhender le critère de résidence comme une alternative à celui de la nationalité (1) et de constater, en outre, la contribution à son élargissement par le régime propre à la citoyenneté européenne (2).

1. La résidence comme alternative à la nationalité

88. L'identification de l'étranger en tant que sujet de droit. Si la présence d'un étranger sur le territoire peut suffire à faire de celui-ci un destinataire de droits fondamentaux,

⁷²⁹ Voir, SLAMA (S.), « Conseil constitutionnel et éloignement des étrangers : un tonneau des danaïdes constitutionnel », *Titre VII. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2021, n° 6, pp. 12-22.

⁷³⁰ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 3. Le juge constitutionnel avait déjà proclamé un tel principe dans une décision trois ans auparavant (voir, Cons. const., n° 90-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 73). La décision de 1993 est ici retenue en tant que référence, en ce qu'elle est celle qui a véritablement systématisé le régime juridique de l'étranger.

⁷³¹ Voir, en ce sens : ISIDRO (L.), *L'étranger et la protection sociale*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2017, vol. 167, 578 p.

le critère de la résidence est, tout d'abord, un des référentiels les plus marquants de la décision *Maîtrise de l'immigration* du 13 août 1993. Il habilite le législateur à prendre des mesures spécifiques à l'égard des étrangers, à condition que ce dernier respecte les « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire national »⁷³². Cette décision est fondatrice en ce qu'elle propose, pour la première fois, de systématiser et d'isoler parmi les droits fondamentaux ceux dont bénéficient à la fois les nationaux et les étrangers. Ainsi écarte-t-elle, au profit du citoyen, un corpus réservé de droits politiques⁷³³. De là se dessine, ensuite, l'identité du sujet de droit qu'est l'étranger. Le citoyen est un sujet de droit particulier, membre d'une collectivité juridiquement constituée, rassemblée sous le principe d'État-nation⁷³⁴, et habilité à participer à la formation de la volonté des organes de l'État. L'étranger résident, quant à lui, se singularise par sa non-appartenance à l'État-nation, et par sa soumission inconditionnelle à la souveraineté de l'État, en raison de sa présence sur le territoire et non au regard de son statut de membre de la communauté politique. Le principe posé par la décision du 13 août 1993 confirme donc que la garantie des droits n'est subordonnée ni au statut de citoyen, ni celui de national. En conséquence, l'article 2 de la DDHC de 1789, selon lequel « le but de toute association politique est la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », se délie de sa lecture traditionnelle visant à conditionner la liberté individuelle à la liberté politique, pour au contraire les autonomiser. Le lien politique entre le citoyen et l'État étant inopérant, c'est par la proclamation du lien territorial de résidence que la relation entre l'individu étranger et l'État se forme. Est ici opérée l'inclusion de l'étranger au sein de la catégorie générale des destinataires de droits fondamentaux et non une extension à proprement parler des droits fondamentaux eux-mêmes. Ainsi, concernant l'étranger, « les droits concernés ne lui sont pas reconnus en tant qu'il est dans une situation d'égalité avec le national qui lui aussi en est titulaire, mais en tant que les textes constitutionnels s'adressent aussi à lui »⁷³⁵. Il devient donc un « sujet de droit constitutionnel »⁷³⁶.

⁷³² Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 3. Si la présente décision marque la consécration du « statut constitutionnel » de l'étranger, la formule avait déjà été employée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33 et par le Conseil d'État, notamment dans un arrêt CE Ass., 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, n° 10097.

⁷³³ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁷³⁴ LAGARDE (P.), *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2011, p. 1.

⁷³⁵ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, p. 321.

⁷³⁶ GENEVOIS (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *op. cit.*, p. 871.

89. L'identification d'une « communauté de résidents ». La place croissante de ce dernier dans la jurisprudence constitutionnelle, depuis début des années 90⁷³⁷, a contribué à faire du critère de résidence un élément stable de reconnaissance de droits fondamentaux. Dès lors, si l'appartenance à la communauté nationale octroie des « privilèges » constitutionnels aux citoyens, un ensemble de droits fondamentaux peut être attribué, comme le propose Anne-Virginie MADEIRA dans sa thèse, à une « communauté de résidents »⁷³⁸ non nationaux. En conditionnant l'action du législateur dans la décision de 1993, le juge constitutionnel a d'ailleurs inséré un élément d'a-systémie au regard des prescriptions de l'article 34 de la Constitution, aux termes duquel ce premier doit veiller à la garantie des libertés publiques accordées aux « citoyens ». Le lien de résidence, en transformant la simple présence sur le territoire en appartenance⁷³⁹, permet d'identifier une « communauté sociale sur laquelle s'exerce le pouvoir de l'État »⁷⁴⁰ ; laquelle prenant sa forme, bien évidemment, au regard des critères de reconnaissances prescrits par l'ordre juridique. En outre, concernant, par exemple, le domaine de la protection sociale⁷⁴¹, partie importante des droits octroyés aux résidents étrangers sur le territoire, celle-ci mobilise en majorité des droits créances, formant des obligations positives pour l'État, et instaurant de ce fait une relation verticale avec l'étranger, qui dispose ainsi de la faculté de réclamer ses droits⁷⁴². De cette manière, la reconnaissance du critère de résidence stable a permis de construire un lien effectif entre l'individu étranger et l'État qui, n'étant plus conditionné à la nationalité, se suffit à lui-même pour affirmer la reconnaissance d'un corpus de droits fondamentaux. La non-exclusivité de la nationalité concernant le bénéfice de la protection des droits a principalement été impulsée, comme cela a été vu précédemment, par le droit international et communautaire, en véhiculant une vision moins exclusive de l'universalité des droits de l'homme⁷⁴³. Si d'ailleurs, étrangers, nationaux et citoyens sont soumis à la même souveraineté de l'État, plusieurs initiatives jurisprudentielles ont proclamé le principe de non-discrimination dans la garantie des droits sous fondement du critère de nationalité. En se référant notamment au Préambule de la Constitution de 1946, notamment son alinéa 10⁷⁴⁴,

⁷³⁷ Voir les décisions : Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33 et Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 3. Voir à ce propos, GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », *op. cit.*, p. 265.

⁷³⁸ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, p. 212.

⁷³⁹ À ce propos, voir : art. L. 313-7 à L. 313-11 du CESEDA.

⁷⁴⁰ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, p. 324.

⁷⁴¹ Pour un développement complet sur la question, nous renvoyons à l'ouvrage suivant : ISIDRO (L.), *L'étranger et la protection sociale*, *op. cit.* Voir également, *infra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2, A., 4., b.

⁷⁴² Voir, *infra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2, A.

⁷⁴³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, B.

⁷⁴⁴ Préamb. 1946, al. 10 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

le Conseil d'État a précisé, dans un arrêt du 8 décembre 1978, « que les étrangers résidant régulièrement en France, ont, comme les nationaux, le droit de mener une familiale normale »⁷⁴⁵. En outre, dans l'arrêt *Ville de Paris c. M. Levy* de 1989, celui-ci a rappelé que le critère de nationalité ne saurait justifier l'instauration d'une différence de traitement concernant l'attribution d'une prestation sociale d'assistance⁷⁴⁶. Autrement dit, le principe d'égalité n'autorise pas à considérer la nationalité comme un critère d'accès aux droits sociaux. Le présent principe sera, à ce titre, confirmé la même année par le Conseil constitutionnel⁷⁴⁷. Dans la même logique, la Cour de justice de l'Union européenne a également énoncé qu'un ressortissant d'un État membre, ayant la nationalité européenne, ne peut se voir refuser des prestations sociales dans un autre État membre, si ce dernier séjourne régulièrement dans ledit État⁷⁴⁸. L'ensemble de ces exemples permettent ainsi de constater la substitution, dans certains domaines, du critère de résidence à celui de la nationalité, rendant ce dernier non exclusif au bénéfice de la garantie des droits. « Le critère de la nationalité est alors d'application limitée, le critère de la résidence régulière ou non sur le territoire emportant finalement des conséquences plus importantes »⁷⁴⁹. Il est par ailleurs opportun de remarquer que le droit de vote donné aux ressortissants de l'Union européenne aux élections municipales témoigne, une fois de plus, de la relativisation des droits exclusifs réservés aux nationaux au profit du critère de résidence⁷⁵⁰.

2. Une conception élargie par la citoyenneté européenne

90. Le statut de résident en droit de l'Union européenne permet également de mettre en lumière un régime juridique pour les étrangers permettant la jouissance de droits en dehors de la condition de nationalité. Par principe, l'ordre juridique communautaire distingue les ressortissants communautaires des ressortissants des pays tiers⁷⁵¹. Parmi ces derniers, figurent

⁷⁴⁵ CE Ass., 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, n° 10097. À ce titre, le juge poursuit « que, s'il appartient au Gouvernement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers ».

⁷⁴⁶ CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c. M. Levy*, n° 78113. Voir, PRETOT (X.), « L'illégalité de la subordination à condition de nationalité de l'attribution des prestations d'aide sociale facultative. Note sous CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris c. M. Levy* », *Dr. soc.*, 1989, n° 11, p. 767.

⁷⁴⁷ Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *précitée*, cons. 33 à 35.

⁷⁴⁸ CJCE, 7 septembre 2004, *M. Trojani c/ CPAS Bruxelles*, aff. C-456/02, §40.

⁷⁴⁹ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁵⁰ LAGARDE (P.), *La nationalité française*, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁵¹ JULIEN-LAFERRIERE (J.), « Droit des étrangers », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 403. Voir, également, la typologie proposée in GAUTIER (M.), « Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit », in

notamment les étrangers membres de la famille d'un citoyen européen⁷⁵², ceux provenant d'un pays tiers parti à l'espace Schengen, ou encore ceux dont les États d'origines ont passé des accords avec l'Union⁷⁵³.

91. Le citoyen de l'Union résidant dans un État membre. Premièrement, le régime juridique de la citoyenneté européenne, proclamé à l'article 20 TFUE, a consacré les droits des citoyens européens résidant dans un État membre dont ils ne sont pas ressortissants ; lesquels « jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par les traités ». C'est par exemple sous ce fondement, et à la suite de la révision constitutionnelle de 1992⁷⁵⁴, qu'ont été octroyés des droits politiques au niveau local « aux seuls citoyens de l'Union résidant en France »⁷⁵⁵. Ainsi, la résidence sur le territoire d'un État membre permet l'exercice des droits et devoirs inhérents aux citoyens européens, à l'image du « citoyen-voyageur »⁷⁵⁶, dont le Traité de Lisbonne rappelle l'octroi d'une « espace de liberté, de sécurité et de justice, sans frontières intérieures ». Au regard de la Charte DFUE, figurent notamment le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen (article 39), à l'accès aux documents du Parlement, du Conseil et de la Commission (article 42), à la saisine du Médiateur de l'Union (article 43), au droit de pétition devant le Parlement européen (article 44), à la liberté de circulation et de séjour (article 45) et à la protection diplomatique et consulaire (article 46). Les catégories de destinataires de droit prévues par la Charte demeurent parfois incertaines, en raison des termes employés, alternant entre « tout citoyen » et « toute personne ». Cette ambiguïté détonne d'autant plus à lecture du Préambule de la Charte, selon lequel « l'Union place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité, de justice ». Les dispositions suivantes semblent ensuite attribuer tantôt des droits strictement réservés aux citoyens européens, tantôt d'autres droits destinés à « toute personne » comme le droit à la bonne administration⁷⁵⁷. La citoyenneté européenne est, en ce sens, « une citoyenneté à

SAULNIER-CASSIA (E.), TCHEN (V.) (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative*, op. cit., pp. 42-47.

⁷⁵² Par exemple, CJCE, 9 janvier 2007, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, aff. C-1/05.

⁷⁵³ C'est par exemple le cas de la Russie, avec laquelle l'Union européenne a passé un accord permettant notamment des procédures simplifiées concernant l'octroi de visas prévu par la décision n° 2007/340/CE du Conseil du 19 avril 2007 concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, JOUE L 129 du 17 mai 2007, pp. 25-26.

⁷⁵⁴ Cons. const., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 21-27.

⁷⁵⁵ Art. 88-3 Const. 1958.

⁷⁵⁶ GAROT (M.-J.), *La citoyenneté de l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, p. 194.

⁷⁵⁷ Art. 41 Charte DFUE : « 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. 2. Ce droit comporte notamment : le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ; le droit d'accès de toute personne au

géométrie variable »⁷⁵⁸ alternant entre une vocation universelle et un corpus de droits réservés spécifiquement aux citoyens européens. C'est aussi cette alternance qui fait la singularité de cette citoyenneté, qui aboutit à une sorte de fusion entre citoyenneté et droits fondamentaux⁷⁵⁹. Tel est par exemple ce dont témoignent les buts assignés à l'Union. Comme l'énonce l'article 2 du TUE, celle-ci est « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ». La fusion est ainsi proclamée. La nature de l'ordre juridique européen fait que cette citoyenneté n'est pas liée à l'existence d'une communauté politique étatique⁷⁶⁰. À titre d'exemple, par ailleurs, l'article 227 du TFUE octroie le droit de présenter une pétition devant le Parlement européen à « tout citoyen », ainsi qu'à « toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre ». Elle est, autrement dit, l'application d'une possibilité de dissociation entre la citoyenneté et l'État-nation⁷⁶¹.

92. Le statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. Le cas des ressortissants des pays tiers à l'Union résidents de longue durée dans un État membre est une illustration opportune de la primauté donnée à la garantie des droits sur la condition d'appartenance à une communauté politique. Elle s'écarte en cela d'une logique statocentrée. Il s'agit notamment des objectifs proclamés par la directive du 25 novembre 2003, visant à protéger les droits des étrangers au sein de l'Union. Selon ses termes, toute personne résidant de manière régulière durant une période d'au moins cinq ans peut obtenir le statut de « résident longue durée-CE » et dès lors se voir octroyer, dans l'État membre d'accueil, « un ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'Union européenne »⁷⁶². L'obtention de ce statut est évidemment soumise à condition. Selon la

dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. 3. Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres. 4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».

⁷⁵⁸ PERALDI-LENEUF (F.), « La citoyenneté ou le paradoxe démocratique », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. CREDHO, 2005, p. 688.

⁷⁵⁹ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., p. 359.

⁷⁶⁰ QUERMONNE (J.-L.), « Citoyenneté et nationalité dans l'Union européenne. Problèmes et perspectives », in MAGNETTE (P.) (dir.), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, DE Boeck Université, 1997, p. 28.

⁷⁶¹ SCHNAPPER (D.), « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, p. 66. Ce raisonnement pousse par exemple l'auteure à parler de « citoyenneté post-nationale ».

⁷⁶² Directive 2003/109/CE du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. La directive poursuit qu'« afin que l'exercice du droit de séjour ne soit pas privé d'effet, le résident de longue

directive, l'individu doit, en effet, témoigner de « ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de la famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné », doit bénéficier d'une assurance maladie et est soumis aux législations nationales quant aux autres conditions d'intégration dans l'État membre concerné⁷⁶³. Ainsi, le résident longue durée doit, en quelque sorte, présenter les traits du « bon citoyen » et c'est à cette condition qu'il est autorisé à jouir approximativement des mêmes droits⁷⁶⁴.

93. Les membres de la famille du citoyen européen. Le lien familial avec un citoyen européen emporte, également, le bénéfice de droits relatifs à la citoyenneté européenne⁷⁶⁵. La directive 2004/38/CE est venue, à ce sujet, en préciser les modalités. Principalement basée sur le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité et le droit de mener une vie familiale normale, celle-ci octroie, par exemple, un droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un État membre au cours d'une période cinq ans, et, exceptées toutes mesures d'éloignements, aux membres de la famille, comprenant les conjoints, « quelle que soit leur nationalité ». Dès lors, ces droits peuvent s'exercer « dans des conditions objectives de liberté et de dignité ». Par principe, et « en vertu de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, chaque citoyen de l'Union et les membres de sa famille séjournant dans un État membre sur la base de la présente directive devrait bénéficier, dans cet État membre, de l'égalité de traitement avec ses ressortissants dans les domaines d'application du traité, sous réserve des dispositions spécifiques figurant expressément dans le traité et le droit dérivé ». Ici encore, le bénéfice des droits relatifs à la citoyenneté européenne est tributaire d'une condition de ressources économiques suffisantes, de sorte que le membre de la famille ne soit pas « une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil »⁷⁶⁶. Par la

durée devrait bénéficier dans le deuxième État membre du même traitement [...] que celui dont il bénéficie dans l'État membre dans lequel il a acquis le statut ». À noter que la présente directive s'applique à tous les États membres de l'Union, à l'exception du Danemark, de la Grande-Bretagne et de l'Irlande.

⁷⁶³ Directive 2003/109/CE, *précitée*, art. 5. Concernant la transposition de ces conditions en droit français, voir : art. L. 313-4-1 et R. 313-4-1 à R. 313-34-4 du CESEDA. Pour une analyse complète de ce régime, nous renvoyons au rapport rendu par l'association GISTI sur le sujet. Voir, GISTI, *Résidence de longue durée et mobilité au sein de l'Union européenne. Carte de longue durée-UE*, Publication du Groupe de soutien et d'information aux immigré-e-s, coll. Les notes pratiques, 2017, 2^e éd.. Disponible à l'adresse : https://www.gisti.org/IMG/pdf/np_residence-longue-duree-ue_v2-2017.pdf.

⁷⁶⁴ Voir sur ce point, LOCHAK (D.), « La citoyenneté européenne, entre égalité des droits et discrimination », in GURA (R.), ROUET (G.) (dir.), *Les citoyens et l'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, coll. Local et Global, 2016, pp. 141-156.

⁷⁶⁵ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

⁷⁶⁶ Directive 2004/38/CE, *précitée*, art. 14.

suite, la jurisprudence est venue, avec la notion de situation interne », mettre en application les principes posés par la directive, imposant par là même aux États membres de coordonner leur législation avec les prescriptions imposées par la directive. L'initiative a notamment été annoncée par les affaires *Zhu et Chen* et *Metock*⁷⁶⁷. La Cour de justice en a de plus proposé une interprétation extensive, en proclamant la possibilité de droit de vote aux élections législatives devant le Parlement européen à un membre de la famille d'un citoyen européen ressortissant d'un pays tiers⁷⁶⁸. Les droits prévus par les traités, dont bénéficient les citoyens européens, sont donc octroyés par ricochet aux membres de leur famille. Cette idée rejoint d'ailleurs la logique d'intégration prônée par l'Union européenne, d'abord « intra-européenne » puis, aujourd'hui, « extra-européenne », et dont la directive du 29 avril 2004 est une traduction explicite. Cette dernière prévoit, à ce propos, que « la jouissance d'un séjour permanent pour les citoyens de l'Union qui ont choisi de s'installer durablement dans l'État membre d'accueil renforcerait le sentiment de citoyenneté de l'Union et est un élément clef pour promouvoir la cohésion sociale, qui est l'un des objectifs fondamentaux de l'Union ».

94. Le régime juridique relatif à la citoyenneté européenne traduit, encore une fois, la prééminence de la protection des droits fondamentaux sur l'impératif d'appartenance à une communauté politique. Les critères de résidence longue durée ou de lien familial marquent, en ce sens, « une nouvelle étape dans le dépassement de la nationalité comme critère de protection des droits »⁷⁶⁹. Or, si l'étranger se voit reconnaître le statut de destinataire de droits fondamentaux, selon le critère stable qu'est celui de la résidence, son statut n'en demeure pas moins relativement précaire quant à sa reconnaissance par l'État de la régularité de sa situation. Comme l'explique la professeure LOCHAK en 1985, « l'étranger est toujours en sursis sur le territoire d'un État dont il n'est pas le ressortissant, d'une communauté dont il n'est pas membre »⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *AJDA*, 2004, p. 2237 ; CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C127/08, *AJDA*, 2009, note H. ALCARAZ. Voir aussi, CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1325, note S. CORNELOUP. Voir, *infra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2, A., 1.

⁷⁶⁸ CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, §76.

⁷⁶⁹ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁷⁰ LOCHAK (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 86.

B. La menace à l'ordre public comme critère de limitation des droits

95. Un des éléments les plus illustratifs du caractère conditionné du statut constitutionnel de l'étranger est le critère de la menace à l'ordre public. Si le critère de résidence permet un élargissement significatif dans la garantie des droits fondamentaux, celui de la menace à l'ordre public, en revanche, rappelle la distinction fondamentale avec le statut privilégié de national. En effet, là où l'appartenance à la nation emporte le bénéfice d'un régime de liberté, les sujets de droit y étant extérieurs demeurent liés par un régime d'autorisation. D'une certaine manière, pour l'étranger, la jouissance des droits fondamentaux reste un sursis. La compétence du législateur lui permet, en effet, dans les limites des règles constitutionnelles, de considérer les étrangers et les nationaux dans des situations différentes. Il lui est alors tout à fait loisible de prévoir un régime de police distinct, donnant par extension à l'administration une compétence discrétionnaire régulant la garantie des droits (1). Néanmoins, l'évolution de la jurisprudence, une fois encore sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH, témoigne d'un élargissement progressif de l'opposabilité des mesures administratives (2) restrictives de libertés fondées sur le critère de la menace à l'ordre public. Ainsi cette évolution montre un certain assouplissement du régime d'autorisation ou, tout du moins, de l'aménagement de garanties juridictionnelles plus efficaces. Elle permet, par là même, de montrer le lien en lequel la catégorisation des titulaires de droit pose le cadre du statut de justiciable.

1. Un régime d'autorisation à vocation régulatrice

96. **L'élément permanent de la spécificité du régime juridique des étrangers.** La nationalité s'est construite historiquement sur un principe d'exclusion des étrangers⁷⁷¹. Or, la consécration d'un statut constitutionnel pour l'étranger n'en a pas pour autant annulé la singularité, dans le sens où l'octroi des droits fondamentaux y est souvent mesuré, soumis à autorisation, voire refusé⁷⁷². Tout d'abord, si le critère de résidence régulière, posé par la jurisprudence constitutionnelle, a proclamé certaines garanties, la question de l'entrée et du séjour des étrangers reste soumise à un régime de police administrative d'autorisation fondé sur la protection de l'ordre public. Par principe, pour les nationaux, la liberté est la règle et la

⁷⁷¹ Voir à ce propos, SLAMA (S.), *Le privilège de national. Étude historique sur la condition civique des étrangers en France*, thèse pour le doctorat de droit public, Université Paris X, 2003, p. 359.

⁷⁷² REYDELLET (M.), « La dignité des étrangers », in *Mélanges Christian Bolze*, Paris, Economica, 1999, p. 227.

restriction fondée sur l'ordre public demeure l'exception⁷⁷³. Concernant l'étranger, *a contrario*, il existe une présomption d'atteinte à l'ordre public matériel, comme une sorte de réserve d'ordre public, faisant primer les intérêts de l'État et ne laissant place à certaines libertés qu'une fois estompée⁷⁷⁴. Autrement dit, ce régime de police est « fondé sur la faveur et non sur un régime libéral »⁷⁷⁵. L'ordre juridique, notamment les articles L. 625-1 et L. 625-5 du CESEDA, au sujet desquels le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé⁷⁷⁶, ne prévoit pas un droit général à l'entrée sur le territoire national. L'obtention d'un visa n'assure pas à l'étranger l'entrée sur le territoire si sa présence constitue une menace pour l'ordre public⁷⁷⁷. La Cour EDH, dans son arrêt *Bejdoudi c/ France* du 26 mars 1992, a d'ailleurs confirmé le droit pour un État de contrôler l'entrée et l'éloignement des non-nationaux selon le critère de la menace à l'ordre public⁷⁷⁸. En outre, la notion juridique d'ordre public applicable aux étrangers présente certaines spécificités. Le triptyque classique (sécurité, salubrité, tranquillité) et ses extensions, comme la dignité, témoignent d'une application particulière. Il s'agit ici d'un ordre public *rationae personae*, prenant en compte les comportements de l'étranger plutôt que se basant sur un ensemble d'éléments objectifs⁷⁷⁹. Autre point, au regard des divers critères posés par le législateur, cet ordre public est également à géométrie variable. Il se matérialise, suivant les cas, par une « menace à l'ordre public », une « menace grave »⁷⁸⁰, une « atteinte aux intérêts de l'État », ou encore au regard d'« exigences minimales de vie en société »⁷⁸¹. Une limite demeure néanmoins : l'étendue de la compétence du législateur, et par extension des autorités administratives, se voit imposer une

⁷⁷³ Nous reprenons ici l'expression bien connue des conclusions du Commissaire du gouvernement CORNEILLE. Voir, CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855, Rec. Leb., p. 638, concl. CORNEILLE. De manière générale, le principe de proportionnalité entre une atteinte à l'ordre public et une liberté obéit à la logique posée par l'arrêt *Benjamin* (CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin et Syndicat d'initiative de Never*, n° 17413, Rec. Leb., p. 541).

⁷⁷⁴ GERVIÉ (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2014, pp. 67-68.

⁷⁷⁵ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., p. 9.

⁷⁷⁶ Cons. const., n° 2019-810 QPC, 25 octobre 2019, *Société Air France [Responsabilité du transporteur aérien en cas de débarquement d'un étranger dépourvu des titres nécessaires à l'entrée sur le territoire national]*.

⁷⁷⁷ Art. 5 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifié, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Voir, en ce sens : CE, 22 avril 1992, *Alkan*, n° 118336. Plus largement, le Conseil d'État a également pris en compte, outre la menace à l'ordre public, toute autre considération d'intérêt général (CE, 28 février 1986, *Ngako Jenga*, n° 41550/46278).

⁷⁷⁸ « La Cour reconnaît qu'il incombe aux États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ». CEDH, 26 mars 1992, *Bejdoudi c. France*, Série A, n° 234-A, §74 ; JCP G, 1993, I, p. 3654, chron. F. SUDRE ; RTDH, 1993, p. 449, note. J.-Y. CARLIER.

⁷⁷⁹ Sur ce point, JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Ordre public et droit des étrangers », in REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 297.

⁷⁸⁰ Art. L. 521-1 CESEDA.

⁷⁸¹ En ce sens, nous renvoyons à la systématisation proposée par M. MADEIRA dans sa thèse. Voir, MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., pp. 244-246.

entrave formalisée dans la garantie des droits et libertés constitutionnellement garantis⁷⁸², tout en considérant, encore une fois, qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national »⁷⁸³.

97. La compétence du législateur. L'appréciation de la menace à l'ordre public, entourant le régime juridique propre aux étrangers, appartient au législateur, dans la limite des compétences qui lui sont attribuées par la Constitution, entre les dispositions de l'article 34 et les droits et libertés constitutionnellement garantis. En tant qu'objectif de valeur constitutionnelle⁷⁸⁴, tout d'abord, la sauvegarde de l'ordre public est appréciée de manière relativement plus extensive en raison de la spécificité du statut de l'étranger par rapport au national. À cette fin, le Conseil constitutionnel a proclamé, dès sa décision de 1989, la possibilité pour le législateur de prendre « des mesures applicables au séjour des étrangers en France, décider que les modalités de mise en œuvre de cet objectif reposeront, soit sur des règles de police spécifiques aux étrangers, soit sur un régime de sanctions pénales, soit même sur une combinaison de ces deux régimes »⁷⁸⁵. La compétence et sa limite sont alors posées : « il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public »⁷⁸⁶. Sur ce fondement, la Haute juridiction a par exemple validé le principe selon lequel la délivrance d'un titre de séjour temporaire doit être subordonnée à l'absence de menace pour l'ordre public, sans méconnaître aucun droit ou principe constitutionnel⁷⁸⁷. Ainsi, l'appréciation extensive de l'atteinte aux droits et libertés demeure relative au statut particulier de l'étranger. Cette faculté donnée au législateur a d'ailleurs pu être interprétée comme une prérogative de protection des

⁷⁸² Comme l'a par exemple rappelé le Conseil constitutionnel, « *il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et notamment des atteintes à la sécurité et aux personnes* ». Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 16.

⁷⁸³ Considérant de principe rappelé dans les décisions suivantes : Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 2 ; Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *précitée*, cons. 36 ; Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 38 ; Cons. const., n° 2006-539 DC, 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, cons. 6.

⁷⁸⁴ Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

⁷⁸⁵ Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *précitée*, cons. 12. Voir, GENEVOIS (B.), « Du dédoublement de la convention nationale des médecins aux droits des étrangers », *RFD*, 1990, n° 3, p. 414. L'auteur énonce à ce propos que la décision du Conseil peut être interprétée comme donnant une simple possibilité au législateur et non comme lui imposant une obligation *stricto sensu*.

⁷⁸⁶ Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 16.

⁷⁸⁷ Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 36

citoyens contre les éventuels troubles susceptibles d'être causés par des non-nationaux⁷⁸⁸. Toujours est-il qu'au regard de la jurisprudence constitutionnelle, le juge semble se baser sur le critère de l'atteinte excessive à l'ordre public⁷⁸⁹ et reste donc favorable au pouvoir discrétionnaire du législateur quant à l'appréciation de l'atteinte à l'ordre public⁷⁹⁰. « Le Conseil ne retient donc pas une définition autonome de l'ordre public, mais retient ce que le législateur considère comme étant nécessaire à sa protection »⁷⁹¹. Enfin, l'objectif plus récemment proclamé de lutte contre l'immigration irrégulière a été mobilisé par le Conseil comme garantie prolongeant la sauvegarde de l'ordre public⁷⁹². Utilisé dans plusieurs décisions récentes⁷⁹³, il sert ainsi à conforter cette position et donne au législateur une latitude plus grande quant à son appréciation de la spécificité des atteintes potentielles à l'ordre public que peuvent susciter l'entrée ou le séjour d'un étranger sur le territoire national.

98. La compétence discrétionnaire de l'administration. Un des points les plus caractéristiques du statut de l'étranger est que sur le plan administratif, il obéit à un régime d'autorisation préalable. L'évaluation de la menace à l'ordre public par la présence de l'étranger conditionne, en effet, la régularité de sa situation. Il est ici privilégié la protection de la communauté nationale au nom du principe de souveraineté. Depuis le principe posé par les jurisprudences *Doublet*⁷⁹⁴, l'administration est tenue de prendre des mesures de police pour prévenir des risques et troubles à l'ordre public ; à défaut, toute inaction est susceptible d'entraîner sa responsabilité. À ce sujet, la loi accorde un large pouvoir discrétionnaire à l'administration et, « sans méconnaître aucun droit ni principe de valeur constitutionnelle », il lui est tout à fait possible de « subordonner la délivrance de plein droit d'un titre temporaire de séjour à l'absence de menace pour l'ordre public »⁷⁹⁵. Il s'agit donc d'une discrimination

⁷⁸⁸ Sur ce point de vue, voir : MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., p. 234.

⁷⁸⁹ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, précitée, cons. 60.

⁷⁹⁰ Voir par exemple, Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 71.

⁷⁹¹ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., p. 238.

⁷⁹² Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, précitée, cons. 23 : « [...] cette finalité participe à la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle ».

⁷⁹³ Voir par exemple, Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, précitée, cons. 9 ; Cons. const., n° 2019-797 QPC, 26 juillet 2019-10-25, *Unicef France et autres [Création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés]*, cons. 5.

⁷⁹⁴ CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, n° 40922 et CE, 14 décembre 1962, *Doublet*, n° 50114. Voir à ce propos, TRUCHET (D.), « L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public : la question d'un droit à la sécurité », in REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, op. cit., pp. 299-316.

⁷⁹⁵ Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, précitée, cons. 10 ; Art. L. 213-1 CESEDA.

constitutionnellement autorisée⁷⁹⁶. Cette caractéristique du régime d'autorisation préalable se manifeste par exemple par un renversement de la charge de la preuve au profit de l'étranger auquel il revient d'apporter la preuve d'absence de menace à l'ordre public arguée par l'administration⁷⁹⁷. Ce critère de menace s'étend même au droit de l'Union européenne, en étant un motif de refus de délivrance d'un visa pour l'entrée d'un conjoint, enfant ou parent d'un ressortissant communautaire sur le territoire d'un État membre⁷⁹⁸. Concernant les mesures d'expulsions, la jurisprudence *ministre de l'Intérieur c/ Dridi* est venue préciser, par ailleurs, que l'existence d'infractions pénales ne peut constituer une justification suffisante et qu'il appartient à l'administration d'apprécier *in concreto* si le comportement de l'intéressé est susceptible de constituer une menace pour l'ordre public⁷⁹⁹. Une autre illustration de la gradation des menaces à l'ordre public est celle présentée par le CESEDA en fonction du statut des étrangers. En effet, concernant les étrangers dits « protégés », une expulsion ne peut être motivée que par une « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique »⁸⁰⁰, par « une atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou lié à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine, à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes »⁸⁰¹, ou encore en cas de « menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société » concernant « les étrangers ou les membres de leur famille ressortant d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse »⁸⁰². L'expulsion demeure enfin interdite pour les enfants mineurs⁸⁰³. En résumé, il apparaît que le degré de proximité de l'étranger envers l'État conditionne le caractère plus ou

⁷⁹⁶ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *précitée*, cons. 6 ; Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *précitée*, cons. 24.

⁷⁹⁷ CE Ass., 11 octobre 1991, *Ministre de l'Intérieur c/ Diouri*, n° 128128 ; CE, 3 mars 2003, *Ministère de l'Intérieur c. Rakhimov*, n° 268662.

⁷⁹⁸ CJCE, 31 janvier 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-503/03. Voir à ce propos, GAUTIER (M.), « Le droit communautaire, vecteur d'une segmentation du droit », *op. cit.*, pp. 42-47.

⁷⁹⁹ CE, 21 juillet 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, n° 01333. Selon le Conseil, en effet, l'existence d'une infraction pénale « ne saurait à elle seule justifier légalement une mesure d'expulsion et ne dispense en aucun cas l'autorité compétente d'examiner, d'après l'ensemble des circonstances de l'affaire, si la présence de l'intéressé sur le territoire est de nature à constituer une menace » pour l'ordre public. Voir dans le même sens, CE, 8 juillet 1998, *M. Omer X.*, n° 179064.

⁸⁰⁰ Art. L. 521-1 CESEDA. Sont par exemple concernés les étrangers résidant régulièrement sur le territoire depuis de 10 ans, les parents d'un enfant français mineur résidant en France, ou mariés depuis 2 ou 3 ans avec un conjoint de nationalité française.

⁸⁰¹ Art. L. 521-3 CESEDA. Il s'agit ici des étrangers résidant régulièrement sur le territoire depuis l'âge de treize ans, ceux résidant depuis plus de vingt ans, ceux résidant depuis plus de dix ans et ayant soit un conjoint de nationalité française, soit ayant un enfant mineur en charge, ou ceux dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale.

⁸⁰² Art. L. 521-5 CESEDA.

⁸⁰³ Art. L. 521-4 CESEDA.

moins restrictif des critères d'atteinte à l'ordre public. Ce régime d'autorisation préalable demeure favorable à l'administration en raison du pouvoir discrétionnaire qu'il lui procure. L'étendue de cette compétence se répercute alors sur la question de l'opposabilité des mesures.

2. L'élargissement de l'opposabilité des mesures administratives

99. La possibilité pour le législateur de prévoir des « procédures spécifiques »⁸⁰⁴, associée aux pouvoirs conférés à l'administration fait toute la particularité du régime. Si le juge administratif est par principe compétent concernant les mesures administratives⁸⁰⁵ prises à l'encontre des étrangers, en ce qu'il est le seul à pouvoir contrôler les actes pris par l'administration, dès lors que sa compétence est épuisée, le juge judiciaire, notamment le juge des libertés et de la détention, peut intervenir afin de vérifier si les actes en question ne portent pas atteinte aux libertés individuelles en vertu de l'article 66 de la Constitution⁸⁰⁶. Selon l'article L. 551-2 du CESEDA, une mesure de placement en rétention administrative peut être contestée devant le juge administratif dans les 48 h à compter de la notification de la décision ; d'où l'opportunité des procédures de référés depuis la loi du 30 juin 2000⁸⁰⁷. Or, par principe, le contrôle que celui-ci exerce demeure assez variable. Le premier problème concerne l'obligation de motivation, aux termes de la loi du 11 juillet 1979, laquelle n'est pas applicable aux refus de visas présentant le caractère de mesure de police défavorable⁸⁰⁸. Il faudra alors attendre la loi n° 2007-1631 pour corriger le problème⁸⁰⁹.

100. Un contrôle du juge principalement cantonné à l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification des faits. Au sujet du contrôle du juge, l'évolution du

⁸⁰⁴ Cons. const., n° 89-266 DC, 9 janvier 1990, *précitée*, cons. 7.

⁸⁰⁵ Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *précitée*, cons. 21 et 22.

⁸⁰⁶ Voir dans ce sens : CE, 4 mars 2013, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration c. Mebrzi*, n° 359428 ; JCP A, 2013, p. 2232, note G. MARTI. Le juge judiciaire peut par exemple ordonner la remise en liberté d'un étranger placé en rétention suite à une interpellation déloyale par l'administration (Cass. civ 1^{re}, 6 février 2007, *Préfet de la Seine Saint-Denis*, n° 06-10.880). Pour plus de précisions, voir, MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, pp. 248-267.

⁸⁰⁷ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative référé devant les juridictions administratives, JORF n° 151, 1^{er} juillet 2000, p. 9948. Voir à ce propos, PENA (A.), « Les implications du resserrement de la notion de liberté individuelle sur la garantie juridictionnelle des droits des étrangers en matière de privation de liberté », in DI MANNO (Th.), ÉLIE (M.-P.) (dir.), *L'étranger : sujet de droit et sujet de droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2008, pp. 149-166.

⁸⁰⁸ Voir en ce sens, CE, 28 février 1986, *Ngako Jenga*, n° 41550/46278.

⁸⁰⁹ Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, JORF n° 270 du 21 novembre 2007, p. 18993.

contentieux semble montrer que les possibilités d'opposabilité des mesures administratives servent principalement le pouvoir discrétionnaire de l'administration quant à l'appréciation de la menace à l'ordre public. Il revient à l'autorité administrative compétente d'apprécier au cas par cas les éventuelles menaces⁸¹⁰. Un exemple caractéristique est celui de l'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. Elfenzi*, du 20 janvier 1986, où le juge administratif a rappelé qu'une mesure d'expulsion n'a pas le caractère d'une sanction, mais est une « mesure de police exclusivement destinée à protéger l'ordre public »⁸¹¹. De manière générale, il apparaît que le contrôle du juge s'axe, tout d'abord, sur l'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification des faits. Si ce type de contrôle était auparavant exclu du contentieux par le juge lui-même⁸¹², son inauguration en droit des étrangers a ensuite été proclamée par la jurisprudence *Pardov* en 1975⁸¹³, laquelle a permis de conforter le pouvoir de l'administration. Ce contrôle restreint s'oriente aussi, pour le juge, sur l'appréciation des conséquences de la décision de l'administration, en raison du fait qu'un refus de titre de séjour, par exemple, est susceptible d'avoir de nombreuses conséquences sur la situation de l'étranger (situation professionnelle, personnelle, familiale, etc.)⁸¹⁴. Dans cette perspective, le contrôle du juge va se concentrer sur les « erreurs manifestes » dans l'appréciation de ses conséquences⁸¹⁵.

101. L'influence du droit conventionnel quant à la diversification des actes susceptibles d'être contrôlés. L'évolution du contentieux montre, de manière générale, une tendance à l'élargissement des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours, et un renforcement parallèle du contrôle du juge. D'une part, le juge administratif s'est d'abord montré réticent à contrôler les circulaires à caractère réglementaire⁸¹⁶. Ce dernier a néanmoins

⁸¹⁰ L'administration dispose, en cela, d'une large marge de manœuvre. Voir, notamment, la circulaire NOR : INTD9400050C du 8 février 1994, BO min. Int., n° 1/94.

⁸¹¹ CE, 20 janvier 1986, *Ministre de l'Intérieur c. Elfenzi*, n° 87036 ; *AJDA*, 1988, p. 223, concl. C. VIGOUROUX.

⁸¹² Voir par exemple, CE, 29 juillet 1953, *Lingois* ; *D.*, 1954, p. 99, note G. MORANGE.

⁸¹³ CE, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c. Pardov*, n° 94108 ; *AJDA*, 1975, p. 131, chron. M. FRANC et M. BOYON.

⁸¹⁴ Voir, à ce propos : FAUGERE (J.-P.), « La décision de reconduite à la frontière et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 29 juin 1990, *Préfet du Doubs et M. Imambaccus*, *RFD*, 1990, n° 4, pp. 530-542.

⁸¹⁵ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, op. cit., p. 295.

⁸¹⁶ Concernant les circulaires de régularisation, le Conseil d'État a rappelé que, par principe, l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire « sauf lorsque le texte l'interdit expressément » (CE avis, Ass., 22 août 1996, in *Grand avis du Conseil d'État*, Paris, Dalloz, 2008, 3^e éd., n° 29, comm. D. MANDELKERN et M. GUYOMAR). Ce dernier a néanmoins accepté de contrôler ce type de circulaire dans certains cas. Voir, par exemple : CE, 26 janvier 2000, *France Terre d'Asile, Amnesty internationale et GISTI*, n° 201020/202537 ; CE, 28 juillet 2000, *Préfet de l'Aveyron*, n° 210847.

suivi, par la suite, la jurisprudence *Duvignère*⁸¹⁷, en admettant progressivement l'opposabilité des circulaires interprétatives⁸¹⁸. Néanmoins, concernant les directives⁸¹⁹, aujourd'hui nommées « lignes directrices »⁸²⁰, celles-ci demeurent toujours, et par principe, insusceptibles de recours⁸²¹. D'autre part, une progression est à noter au sujet d'un renforcement du contrôle du juge. Si la jurisprudence *Pardov*, précitée, a consacré le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le juge est petit à petit passé à un contrôle plus poussé. L'acceptation du contrôle de conventionalité a par exemple permis aux requérants de soulever des atteintes à l'article 8 de la Convention EDH⁸²², relatif au droit au respect de sa vie familiale, contre, entre autres, un refus de titre de séjour⁸²³, un refus de certificat de résidence⁸²⁴ ou des mesures d'éloignement du territoire⁸²⁵. C'est ensuite avec la jurisprudence de principe *Beldjoudi*⁸²⁶ que le Conseil d'État a opté pour un plein contrôle de proportionnalité. Indépendamment du contrôle de conventionalité, le renforcement du contrôle du juge s'est également remarqué concernant le droit de séjour⁸²⁷, ou encore dans le contentieux des refus d'abrogation des arrêtés d'expulsions⁸²⁸.

102. L'omniprésence de la notion d'ordre public dans la législation relative aux étrangers est la preuve de cette volonté de protéger *a priori* la cohésion de la communauté des ressortissants. C'est dans ce but qu'est élaboré le régime juridique des étrangers, tout de même

⁸¹⁷ CE, 18 décembre 2002, *Mme Duvignère* ; *RFDA*, 2003, p. 510, note J. PETIT. Voir aussi, TCHEN (V.), « Les circulaires de régularisation des étrangers en situation irrégulière devant le juge administratif », *DA*, 2014, n° 10, comm. 61.

⁸¹⁸ Par exemple, CE, 11 janvier 2012, n° 354907 ; CE, 26 mars 2012, n° 349174 ; CE, 7 novembre 2012, n° 353624.

⁸¹⁹ CE, 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, n° 78880 ; *RDP*, 1971, p. 1224, note M. WALINE. Le régime des directives ensuite précisé dans CE, 29 juin 1973, *Société Géo*, n° 82870 ; *AJDA*, 1973, p. 587, chron. M. FRANC et M. BOYON.

⁸²⁰ CE, 19 septembre 2014, *Jousselin*, n° 264385.

⁸²¹ Voir, SLAMA (S.), « L'invocabilité des lignes directrices dans les procédures de régularisation des sans-papiers », *AJDA*, 2014, n° 31, p. 1773. Cela semble avoir été confirmé par le Conseil d'État dans l'arrêt : CE, 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c. Cortes Ortiz*, n° 383267.

⁸²² Il demeure, cependant, certains cas où le juge administratif refuse encore l'invocabilité de la Convention. C'est par exemple le cas des recours intentés contre les décisions d'autorisation de travail. Voir, CE, 12 juillet 1993, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale c. Aggad*, n° 117478.

⁸²³ CE, 10 avril 1992, *Aykan et Marzini*, n° 120573. Voir à ce propos, JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ? », *Recueil Dalloz*, 1992, chron. 291.

⁸²⁴ CE, 22 mai 1991, *Dlle Zine El Khalma*, n° 80232.

⁸²⁵ CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470.

⁸²⁶ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n° 99201.

⁸²⁷ CE, 17 octobre 2003, *Bouhsane*, n° 249183 ; *JCP A*, 2003, p. 1471, note V. TCHEN. Pour une analyse concernant cette évolution à partir des années 90, voir : DEAU (R.), « Les liens unissant l'erreur manifeste d'appréciation et les contrôles "entiers" en matière de droit des étrangers », *RFDA*, 2005, n° 6, pp. 1188-1196.

⁸²⁸ Voir, CE, 12 février 2014, *Ministre de l'Intérieur c. Diarra Barane*, n° 365644 ; CE, 5 juin 2015, *Hamioud*, n° 378130.

empreint de souveraineté, et visant une catégorie spécifique d'individus. Si les étrangers sont reconnus constitutionnellement comme des titulaires de droits fondamentaux, le pouvoir discrétionnaire dont disposent le législateur et le pouvoir réglementaire continuent à marquer l'originalité de ce statut. Le contentieux des étrangers n'échappe alors pas à ces spécificités. Si ce dernier suit le mouvement général d'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les actes de l'administration, il n'en demeure pas moins un contentieux spécifique, contingent et manquant d'uniformité⁸²⁹. La garantie des droits s'est peu à peu imposée pour relativiser la conception politique de la communauté nationale, même si celle-ci perdure à conditionner la spécificité de la catégorie d'étranger. Au sien même de cette dernière, d'ailleurs, une gradation de titularité des droits doit être mise en avant.

⁸²⁹ « Il faut bien admettre que la marge d'appréciation laissée au juge peut comporter des risques d'inégalité de traitement. Cette marge d'appréciation est inhérente à la fonction juridictionnelle qui ne se réduit jamais à une application mécanique de la règle de droit ». LE MONTAGNER (M.), « Le juge administratif et l'égalité de traitement », in SAULNIER-CASSIA (E.), TCHEN (V.) (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative*, op. cit., p. 195.

§ 2. La sous-catégorisation des sujets de droit étranger

103. « Une catégorie juridique n'a de sens que si elle correspond à un régime juridique spécifique »⁸³⁰. La catégorie juridique est une construction rassemblant des individus isolés autour de caractéristiques communes, afin de former un régime juridique unifié et cohérent. « En ce sens elle a quelque chose de conjoncturel, abstrait, "existentielle", "remédiable" ». Elle est une sorte de projection normative de la notion factuelle de groupe, lequel est, *a contrario*, « structurel, concret, "essentiel", son appartenance et sa substance sont irrévocables »⁸³¹. Les critères de résidence ou de régularité du séjour, ajoutés aux prescriptions croissantes du droit de l'Union européenne laissent apercevoir plusieurs sous-catégories d'étrangers. Se distinguent, par exemple, l'étranger « extra-communautaire », le ressortissant européen⁸³², les autochtones d'outre-mer, le réfugié ou encore le demandeur d'asile. Le degré de régularité du séjour ou d'implantation sur le territoire dessine une gradation dans le corpus des droits fondamentaux dont dispose l'étranger en fonction de la sous-catégorie à laquelle il appartient. Le droit des étrangers étant intimement lié à la fonction souveraine de l'État⁸³³, la formation des catégories de sujets de droit étrangers demeure un acte de reconnaissance par l'ordre juridique. L'affranchissement progressif de tout présumé communautaire a permis, d'un côté, l'affirmation de l'étranger en tant que sujet de droit à part entière, mais a conduit, d'un autre côté, à une spécification de droits propres à chaque sous-catégories d'étrangers. Il s'agit alors d'un corpus fragmenté de sujets et de titulaires de droits. De ce fait, l'universalité est confrontée à la catégorisation. Pour le cas des étrangers, l'étude proposée par le « projet QPC 2020 » a, à ce propos, récemment confirmé et présenté l'hétérogénéité des catégories de justiciables étrangers⁸³⁴. Afin de parvenir à la meilleure illustration possible de ce constat, il apparaît

⁸³⁰ JULIEN-LAFERRIERE (J.), « Droit des étrangers », *op. cit.* p. 402.

⁸³¹ « [...] l'interposition de la catégorie juridique, désincarne le groupe, dissout le spectre du corporatisme, ce qui permet de particulariser les règles de droit ». ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, *op. cit.*, p. 86. Voir également, LOCHAK (D.), « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », in FENET (A.), SOULIER (G.) (dir.), *Les minorités et leurs droits depuis 1989*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 122.

⁸³² On notera, par exemple, comme illustration à cette fragmentation, la présence du titre II du CESEDA, lequel est spécifiquement consacré à l'entrée et au séjour des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou partis à l'accord sur l'Espace économique européen et des ressortissants suisses, ainsi que du séjour des membres de leur famille.

⁸³³ VACHET (M.-S.), « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », *L'homme et la société*, 2018, n° 206, pp. 265-266.

⁸³⁴ Nous renvoyons ici à l'étude dirigée par le Professeur CARTIER, dont une partie est consacrée aux justiciables étrangers et qui propose un bilan statistique des dix ans de pratique de ce contentieux. Voir, CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil->

opportun de partager les sous-catégories d'étrangers en fonction du critère de la régularité du séjour. Ainsi est-il possible de présenter, dans un premier temps, un noyau dur de droits fondamentaux octroyés aux étrangers en situation régulière (A), lequel forme, par régression, le corpus minimum de droits dont peut disposer un sujet de droit. Partant de là, dans un second temps, il s'agit d'analyser l'alternance entre ces droits inconditionnels et les droits spécifiques octroyés aux étrangers en situation irrégulière (B).

A. Un noyau dur de droits fondamentaux octroyés aux étrangers en situation régulière

104. Selon les termes de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, parmi les droits et libertés constitutionnels dont jouissent les étrangers résidant sur le territoire de la République, figurent « la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté de mariage [et] le droit de mener une vie familiale normale ». Le respect de la garantie des droits assure à ces derniers la possibilité de bénéficier de voie de « recours assurant la garantie de ces droits et libertés »⁸³⁵. Dans sa décision relative à la loi de finances pour 2019, le Conseil a, en outre, rappelé que « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français »⁸³⁶. Toujours selon la formule consacrée, ces droits ne sont pas absolus, mais sont conditionnés, d'une part, par un critère de résidence stable et régulière et, d'autre part, selon les modulations que le législateur peut apporter en vertu du principe d'égalité. Dès lors, il est opportun de développer ces droits, par les exemples les plus significatifs du droit positif, afin d'éclaircir les possibilités octroyées aux étrangers, en tant que sujets de droits fondamentaux, indépendamment de la condition de nationalité, et au regard de la particularité de leur statut. Seront ainsi successivement abordés la liberté d'aller et de venir et la liberté de circulation (1), la liberté de mariage (2), la liberté individuelle (3) et les droits économiques et sociaux (4).

constitutionnel.fr/publications/titre-vii/les-justiciables-de-la-qpc-identification-et-mobilisation-d-un-outil-processuel-sui-generis.

⁸³⁵ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 3.

⁸³⁶ Cons. const., n° 2018-777 DC, 28 décembre 2018, *Loi de finances pour 2019*, cons. 43.

1. La liberté d'aller et de venir et la liberté de circulation

105. La volonté de favoriser des mesures administratives plus favorables. Basée sur les articles 2 et 4 de la DDHC de 1789⁸³⁷, selon le Conseil constitutionnel, la liberté d'aller et de venir est également appréhendée en tant que liberté fondamentale par le Conseil d'État⁸³⁸. Elle bénéficie à tout étranger résidant régulièrement sur le territoire⁸³⁹. Ce principe, aujourd'hui formalisé à l'article R. 321-1 du CESEDA⁸⁴⁰, sert essentiellement à protéger la régularité du séjour de l'étranger. La régularité de la résidence demeure, effectivement, la condition optimale de jouissance de ce droit, sous réserve, bien entendu, des restrictions que le législateur pourrait y apporter en raison de la différence de situation qu'il pourrait constater par rapport aux nationaux⁸⁴¹. L'exemple de l'assignation à résidence permet, notamment, d'en illustrer la portée et les implications. En vertu des articles L. 561-1 et suivants du CESEDA, trois modes d'assignation à résidence sont prévus pour un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire : l'assignation à dessein d'un éloignement à court terme, l'assignation ayant pour perspective l'éloignement à long terme, et l'assignation avec surveillance électronique. Conformément au régime juridique applicable, l'étendue du champ de la liberté d'aller et de venir est toujours appréciée au regard d'une atteinte ou d'une menace à l'ordre public. L'absence de résidence effective et régulière fragilise donc la garantie des droits. C'est par exemple ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel lors de son contrôle de la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité⁸⁴². Ainsi les conditions de séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative. Un des objectifs de la présente loi était de privilégier, dans la mesure du possible, l'assignation à la rétention administrative⁸⁴³.

⁸³⁷ Cons. const., n° 79-107, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, cons. 3 ; Cons. const., n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 16.

⁸³⁸ CE, 8 avril 1987, *Peltier*, n° 55895.

⁸³⁹ CE, 22 mai 1992, *GISTI*, n° 87043.

⁸⁴⁰ Selon lequel « les étrangers séjournant régulièrement en France y circulent librement ».

⁸⁴¹ Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 78.

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Voir à ce propos, AUBIN (E.), « La loi du 7 mars 2016 : le changement en droit des étrangers, c'est maintenant ? », *AJDA*, 2017, n° 12, p. 677.

106. La compétence du juge administratif. Cet objectif découle d'une obligation communautaire formalisée par l'article 15 de la directive dite « Retour »⁸⁴⁴, laquelle a été par la suite confirmée par la jurisprudence *El Dridi* de la Cour de justice⁸⁴⁵. Une des conséquences de cette politique est qu'elle donne primauté à la compétence du juge administratif en matière de contrôle⁸⁴⁶. En effet, comme l'a précisé le Conseil dans cette même décision, l'assignation « ne comporte aucune privation de liberté » au sens de l'article 66 de la Constitution⁸⁴⁷. La compétence est alors donnée au juge administratif qui apprécie la proportionnalité de la mesure au regard de la liberté d'aller et de venir⁸⁴⁸. Concernant les garanties d'un recours juridictionnel, l'individu concerné dispose d'un délai de quarante-huit heures pour former un recours suspensif⁸⁴⁹, donnant à son tour au juge soixante-douze heures pour statuer. La réforme intentée par la loi du 7 mars 2016, relative au droit des étrangers en France⁸⁵⁰, a permis au juge constitutionnel, à l'occasion de la décision QPC *Kamel D.* du 1^{er} décembre 2017, de préciser les limites d'action du législateur. Est à ce propos censurée l'absence de précision de l'article L. 561-1 du CESEDA. D'une part, celui-ci n'avait pas prévu un délai au-delà duquel l'administration devait justifier de circonstances particulières le maintien d'une mesure d'assignation à résidence aux fins d'exécution d'une décision d'interdiction du territoire. Une telle omission constitue ainsi une « atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir »⁸⁵¹. D'autre part, le Conseil précisé la compétence du juge administratif en énonçant que le dépassement d'une plage horaire de douze heures concernant une assignation à résidence incluant une astreinte à domicile doit être regardé comme une mesure privative de liberté soumise au contrôle du juge judiciaire⁸⁵².

⁸⁴⁴ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE du 24 décembre 2008, L 348/98.

⁸⁴⁵ CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11, §41 ; AJDA, 2011, p. 1614, chron. M. AUBERT et E. BROUSSY. Voir également, HUMBERT (S.), « Directive “retour” : quel bilan de cinq années intenses en contentieux ? », *RFDA*, 2016, n° 6, p. 1235.

⁸⁴⁶ Voir à ce propos, LECUCQ (O.), « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *AJDA*, 2011, n° 34, p. 1936.

⁸⁴⁷ Cons. Const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 68.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, cons. 79.

⁸⁴⁹ Art. L. 512-1, III du CESEDA.

⁸⁵⁰ Loi de 2016 n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, JORF n° 0057 du 8 mars 2016.

⁸⁵¹ Cons. const., 2017-674 DC, 1^{er} décembre 2017, *M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion]*, cons. 10.

⁸⁵² Cons. const., 2017-674 DC, 30 novembre 2017, *précitée*, cons. 15.

107. Les garanties à la liberté « de circulation et de séjour » prévues par le droit communautaire. Au niveau du droit communautaire, la liberté de « circulation et de séjour », prévue à l'article 45 § 2 de la Charte DFUE, bénéficie à une catégorie large de destinataires, dans le sens où celle-ci touche les « ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre ». Si cette disposition a pu être critiquée comme proclamant un « droit fondamental virtuel », au moment de son entrée en vigueur⁸⁵³, elle a été l'occasion pour la Cour de justice d'en affirmer la portée et la généralité. Dans l'affaire *Gérald de Cuyper* du 18 juillet 2006, elle s'est par exemple basée sur l'article 18§ 1 du TCE, prévoyant la liberté de circulation pour les citoyens européens, pour en élargir la portée au-delà de la nationalité. En outre précise-t-elle qu'une restriction de cette liberté ne peut être fondée sur le critère de résidence effective dans un État membre seulement si celle-ci « se fonde sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et [si elle] est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »⁸⁵⁴. L'année suivante, le juge communautaire a confirmé la possibilité pour un étranger de circuler librement en présence de membres de sa famille, lesquels ayant la citoyenneté européenne⁸⁵⁵. Si elle reste donc principalement assurée par la régularité de la résidence⁸⁵⁶, la liberté d'aller et de venir semble, dans le cas présent, être un droit fondamental ouvert à une large catégorie de destinataires et dont l'effectivité est assurée par des garanties juridictionnelles.

2. La liberté de mariage

104. Parmi les autres droits mentionnés par la décision n° 93-325 DC, figure ensuite la liberté de mariage⁸⁵⁷. D'abord considérée par le juge constitutionnel comme une « composante de la liberté individuelle »⁸⁵⁸, elle est désormais rattachée aux articles 2 et 4 de la DDHC de 1789 en tant que composante de la liberté personnelle⁸⁵⁹. Le plus important, néanmoins, demeure l'interdiction pour le législateur de conditionner la possibilité de contracter un mariage par

⁸⁵³ PERALDI-LENEUF (F.), « La citoyenneté ou le paradoxe démocratique », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 678.

⁸⁵⁴ CJCE, 18 juillet 2006, *Gérald de Cuyper c. Office national de l'emploi*, aff. C-406-04, §40.

⁸⁵⁵ CJCE, 9 janvier 2007, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, aff. C-1/05, Rec. CJCE I-1.

⁸⁵⁶ Voir, ALLAMELOU (A.), « La loi du 7 mars 2016 à l'épreuve du droit des étrangers », *Revue de l'Union européenne*, 2016, n° 601, p. 452

⁸⁵⁷ Voir, TCHEN (V.), *Droit des étrangers*, Paris, Ellipse, coll. Mise au point, 2^e éd., 2011, p. 82.

⁸⁵⁸ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 107.

⁸⁵⁹ Voir par exemple, Cons. const., n° 2012-261 QPC, 22 juin 2012, *M. Thierry B. [Consentement au mariage et opposition à mariage]*, cons 5.

rapport à la régularité du séjour. C'est ce que le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 20 novembre 2003, arguant que la présente liberté « s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé »⁸⁶⁰. De même, le Conseil d'État a également confirmé qu'il ne pouvait être fait obstacle à un mariage par toute mesure destinée à dissuader les individus concernés (mesure d'obligation de quitter le territoire ou toute autre mesure venant restreindre des libertés)⁸⁶¹. Là encore, la nationalité ne conditionne pas le bénéfice d'un droit fondamental. Les restrictions admises ont été cantonnées par le juge à la lutte contre les mariages frauduleux, ou dits de « complaisances »⁸⁶², ayant pour finalité d'obtenir la nationalité en vertu de l'article 21-2 du Code civil. Les lois du 24 juillet 2006 et du 16 juin 2011 sont venues en poser les conditions de régularité⁸⁶³. À ce titre, il est par exemple prévu que le maire dispose, notamment, en sa qualité d'officier d'état civil, de la compétence de vérifier le consentement entre les deux époux et, le cas échéant, de dénoncer toute fraude auprès du parquet. Concernant, enfin, les garanties entourant cette liberté, le juge administratif est venu consacrer, en 2014, la liberté de mariage comme liberté fondamentale, au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative⁸⁶⁴, et donc comme un droit justiciable.

3. La liberté individuelle

105. Une liberté circonscrite aux dispositions de l'article 66 de la Constitution. La question de la protection de la liberté individuelle chez l'étranger appelle à prendre en compte deux éléments cumulatifs : le champ de cette liberté et les modalités relatives à son contentieux. Concernant, tout d'abord, le champ de la liberté individuelle, celle-ci est circonscrite au regard des dispositions de l'article 66 à la protection contre les détentions arbitraires⁸⁶⁵. Elle encadre

⁸⁶⁰ Cons. const., n° 2003-484, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 94-96. Sur la portée de cette décision, relativement à la liberté de mariage, voir : LECUCQ (O.), « La liberté de mariage des étrangers en situation irrégulière », *Recueil Dalloz*, 2004, n° 20, p. 1405.

⁸⁶¹ CE, 26 juillet 2002, *Préfet du Languedoc-Roussillon*, n° 237832 ; CE, 7 février 2005, *Préfet des Yvelines*, n° 262601.

⁸⁶² Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 37-40.

⁸⁶³ Aux termes de l'article 21-2 du Code civil, l'octroie de la nationalité n'est validé qu'après deux à quatre ans de vie en communauté, accompagnés d'une résidence ininterrompue et régulière en France depuis trois ans ou, à défaut, d'une communauté de vie d'au moins cinq ans.

⁸⁶⁴ CE, 9 juillet 2014, *M. A.*, n° 382145.

⁸⁶⁵ Art. 66, Const. 1958 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Pour une synthèse sur ce point, voir : LOUVEL (B.), « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles. Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation », 2016, pp. 3-4. Disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/IMG//L_autorit%C3%A9%20judiciaire,%20gardienne%20de%20la%20libert%C3%A9%20individuelle%20ou%20des%20libert%C3%A9s%20individuelles%20par%20B.%20Louvel.pdf.

par exemple, les gardes à vue, les détentions, les rétentions ou encore les hospitalisations d'office⁸⁶⁶. En outre, Conseil constitutionnel précise que celle-ci est soumise à un impératif rapidité et d'efficacité en ce qu'elle « ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible »⁸⁶⁷. Si elle semble accompagner de conditions de protection juridictionnelles spécifiques, du point de vue du contentieux QPC, elle n'est pour l'instant que peu mobilisée en moyenne. Elle n'a en effet mobilisé que moins d'un cinquième des requêtes⁸⁶⁸. En somme, dans le cas présent, l'article 66 protège de manière générale les cas de privation de liberté, se rapportant à « la protection de la sûreté *stricto sensu* »⁸⁶⁹. À cela vient s'ajouter une autre difficulté : son régime contentieux particulier, voire complexe, se partage entre la compétence du juge administratif et du juge judiciaire.

106. Les difficultés contentieuses quant au partage de compétences entre juge administratif et juge judiciaire. À ce sujet, le contentieux relatif aux mesures de rétentions administratives est particulièrement éloquent, au regard des réformes successivement intentées et des prescriptions énoncées par la jurisprudence et des réflexions proposées par la doctrine. La question principale à se poser est la suivante : quel juge est compétent, et surtout, quand l'est-il ? Conformément au principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par la décision *Conseil de la concurrence* du Conseil constitutionnel de 1987, le fait qu'une mesure de rétention est un acte émanant de l'autorité administrative assure au juge administratif une réserve de compétence concernant « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif et leurs agents »⁸⁷⁰. La Haute juridiction confirme cette posture deux ans plus tard dans la décision n° 89-261 DC⁸⁷¹, en réservant à la juridiction administrative la compétence de connaître du contentieux des actes pris en application de l'ordonnance du 2 novembre 1945

⁸⁶⁶ Voir à ce propos, Cons. const., n° 2010-71 DC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]* ; Cons. const., n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, cons. 5 ; Cons. const., n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 17 et 71.

⁸⁶⁷ Cons. const., n° 2020-851/852 QPC, 3 juillet 2020, *M. Sofiane A et autres [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]*, cons. 12.

⁸⁶⁸ Sur 58 QPC soulevées par des justiciables étrangers entre 2010 et 2020, 11 ont évoqué une violation de la liberté individuelle. Voir, CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *op. cit.*, p. 91.

⁸⁶⁹ MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, p. 265.

⁸⁷⁰ Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 15.

⁸⁷¹ Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 16 ; *RFDA*, 1989, p. 621, note. B. GENEVOIS.

relative aux mesures applicables aux étrangers⁸⁷². Selon le Conseil, « la bonne administration de la justice commande que l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés ; que, toutefois, cette exigence, qui peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative »⁸⁷³. Le principe est donc que le juge judiciaire n'interprète pas les actes de l'administration, mais s'assure uniquement que ces derniers ne portent pas atteinte à la liberté individuelle⁸⁷⁴. La compétence du juge judiciaire est aussi limitée aux mesures considérées comme des sanctions ayant le caractère de punition⁸⁷⁵. Autrement dit, celui-ci n'intervient qu'une fois la compétence du juge administratif épuisée⁸⁷⁶. Cette répartition est, en effet, considérée comme conforme à l'objectif constitutionnel de bonne administration de la justice, dès lors que le juge judiciaire peut agir « dans le plus court délai »⁸⁷⁷. Depuis la réforme intentée par la loi de 2011, l'individu placé en détention dispose du délai de 48 heures pour former un recours en référé devant la juridiction administrative⁸⁷⁸ ; l'intervention du juge judiciaire est alors autorisée au bout de cinq jours suivant la mesure de placement. Ce dernier est par ailleurs compétent pour décider, notamment suite à une demande motivée du Préfet⁸⁷⁹, d'une prolongation de la rétention⁸⁸⁰ et du renouvellement de celle-ci⁸⁸¹. Comme l'a enfin réitéré le Conseil dans une QPC du 4 octobre 2019, cette répartition des compétences juridictionnelles ne prive pas « le juge judiciaire de la faculté d'interrompre à tout

⁸⁷² Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

⁸⁷³ Cons. const., n° 89-261 DC, *précitée*, cons. 29. Le juge constitutionnel viendra par la suite préciser les domaines d'intervention propres au juge judiciaire. Ainsi, ce dernier est par exemple compétent pour se prononcer sur le placement en zone d'attente (Cons. const., 92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 15-16), ou sur une interdiction de séjour sur le territoire (Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 40, 42 et 100).

⁸⁷⁴ Par exemple, aux termes de l'article L. 552-2 CESEDA le juge des libertés et de la détention s'assure que l'étranger « a été, dans les meilleurs délais suivant la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits et placé en état de les faire valoir à compter de son arrivée au lieu de rétention ».

⁸⁷⁵ Le Conseil constitutionnel a par exemple rappelé ce principe en énonçant que « la décision de refus d'entrée, celle de maintien en zone d'attente et celles relatives à l'organisation de son départ ne constituent pas des sanctions ayant le caractère de punition, mais des mesures de police administrative ». Cons. const., n° 2019-818 QPC, 6 décembre 2019, *Mme Saisda C. [Assistance de l'avocat dans les procédures de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente]*, cons. 12.

⁸⁷⁶ Voir en ce sens, CE, 4 mars 2013, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration c. Mebrzi*, n° 359428 ; JCP A, 2013, p. 2232, note G. MARTI.

⁸⁷⁷ Cons. const., n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 63 et 72.

⁸⁷⁸ Art. L. 512-1, III du CESEDA. Voir en ce sens, GOURDOU (J.), « La contrôle du placement en rétention par le juge administratif », in LECUCQ (O.) (dir.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2001, p. 148.

⁸⁷⁹ CE, 27 février 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounekhila*, n° 252988.

⁸⁸⁰ Cons. const., n° 2020-851/852 QPC, 3 juillet 2020, *M. Sofiane A et autres [Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire]*, cons. 13-14.

⁸⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-30.548. Voir sur ce point, LECUCQ (O.), « L'éloignement des étrangers sous l'empire de la loi du 16 juin 2011 », *op. cit.*, p. 1936.

moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient et pour tout autre motif que celui tiré de l'illégalité des décisions relatives au séjour et à l'éloignement de l'étranger qui relèvent de la compétence du juge administratif »⁸⁸². Il est enfin intéressant de constater que la doctrine semble souvent plaider pour une unification du contentieux⁸⁸³, au service d'une meilleure protection de la liberté individuelle. La complexité du régime nuit à son efficacité. Aussi est-il proposé l'atténuation de cette spécificité du régime des étrangers, en soulevant le paradoxe selon lequel cette protection est « marquée en pratique par une concurrence entre les deux ordres de juridictions, concurrence qu'excluent pourtant les textes constitutionnels et qui, au demeurant, est largement écartée par les nationaux »⁸⁸⁴. Pour l'heure, la réponse du Conseil constitutionnel est on ne peut plus claire. Selon ses termes, en effet, « si le législateur peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, il n'est pas tenu de le faire »⁸⁸⁵.

4. Les droits économiques et sociaux

107. Les droits économiques et sociaux forment une dernière illustration opportune du développement des droits octroyés aux étrangers. Se fondant sur les préceptes universalistes d'après-guerre, notamment par la DUDH de 1948 et par la jurisprudence de la Cour EDH, ils n'en restent pas moins des droits relatifs en constante progression et diversification. En effet, si leur fondement se veut universaliste, leur application demeure conditionnée, à l'image du statut juridique des étrangers. Leur régime juridique illustre néanmoins parfaitement l'application du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité à la garantie des droits. Leur importante implication, enfin, découle du fait que ces droits sont les plus fréquemment mobilisés en contentieux des étrangers pour contester, par exemple, des mesures d'éloignement ou de contestation de régularité de séjour. Pour être plus intelligible, il est ici développé deux

⁸⁸² Cons. const., n° 2019-807 QPC, 4 octobre 2019, *M. Lamin J.* [*Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention*], cons. 10.

⁸⁸³ Nous renvoyons, par exemple, aux propositions formulées par Anne-Virginie MADEIRA dans sa thèse. Voir, MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, *op. cit.*, pp. 267-273.

⁸⁸⁴ PENA (A.), « Les implications du resserrement de la notion de liberté individuelle sur la garantie juridictionnelle des droits des étrangers en matière de privation de liberté », *op. cit.*, p. 149.

⁸⁸⁵ Cons. const., n° 2019-807 QPC, *précitée*, cons. 11.

catégories principales des droits économiques et sociaux, qui sont, d'une part, le droit de mener une familiale normale (a) et, d'autre part, le droit à la protection sociale (b).

a. Le droit de mener une vie familiale normale

108. Une effectivité insuffisante en droit national. La construction du « statut constitutionnel de l'étranger » a permis de confirmer la généralité des destinataires des droits sociaux, en dépassant le cadre strict de la condition de nationalité. Prenant appui sur l'alinéa 10 du Préambule de 1946, selon lequel, « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », la jurisprudence du Conseil constitutionnel a, dès le début des années 1990⁸⁸⁶, fait découler de ces dispositions le principe selon lequel « les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale »⁸⁸⁷. La résidence l'emporte une fois de plus sur la nationalité, tout en gardant à l'esprit la limite d'une menace à l'ordre public, considérée comme suffisamment grave et avérée, qui autorise l'administration à procéder à des mesures d'expulsions⁸⁸⁸. Le droit de mener une vie familiale a néanmoins profité d'une évolution tendant à l'expansion, notamment par ce que le Professeur MILLARD appelle des « dialectiques jurisprudentielles »⁸⁸⁹. Sur le plan national, outre la jurisprudence constitutionnelle, ledit droit a été proclamé, dès 1978, comme principe général du droit par le Conseil d'État⁸⁹⁰, se composant notamment du droit au regroupement familial bénéficiant aux conjoints et aux enfants mineurs. Présenté comme une « fausse victoire » par son manque d'effectivité en pratique⁸⁹¹, il a tout d'abord connu une nouvelle impulsion en étant élevé au rang de liberté fondamentale, au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, par la juridiction suprême, considérant qu'il a pour objet « de préserver des ingérences excessives de l'autorité publique la liberté qu'a toute personne de vivre

⁸⁸⁶ Voir par exemple, Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 69-70 ; Cons. const., n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 15 à 18.

⁸⁸⁷ Cons. const., n° 2006-539 DC, 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration*, cons. 14.

⁸⁸⁸ Par exemple, Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 44-45 ; Cons. const., n° 2005-528 DC, ; Cons. const., n° 2005-528 DC, 15 décembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, cons. 13-14.

⁸⁸⁹ MILLARD (É.), « La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *LP4*, 7 août 1996, n° 95, pp. 13-18.

⁸⁹⁰ CE, 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT, CGT*, n° 10097.

⁸⁹¹ Selon la professeure LOCHAK, aussi novatrice soit-elle, cette jurisprudence n'a pas, ensuite, été suivie des évolutions escomptées, c'est-à-dire dans le sens d'une protection juridictionnelle accrue des droits sociaux des étrangers. LOCHAK (D.), « Devant le Conseil d'État : fausses victoires, vraies défaites », in REYDELLET (M.) (dir), *L'étranger entre la loi et le juge*, Actes du colloque de Toulon des 8 et 9 novembre 2007, Paris, L'Harmattan, coll. Champs libres, 2008, pp. 45-61.

avec sa famille »⁸⁹². Aussi inconditionnel que ce droit puisse paraître, il reste néanmoins circonscrit à certains critères comme celui, pour un étranger, de bénéficier de « ressources stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de sa famille » et « d'un logement considéré comme normal »⁸⁹³. De cette manière, il semble alors que le droit à mener une vie familiale normale trouve une limite dans la protection des conditions de vie des personnes sujettes au regroupement.

109. Un développement principalement influencé par le droit conventionnel.

L'évolution de la jurisprudence administrative, en faveur des droits protégeant la famille, a été ensuite largement influencée par celle de la Cour EDH. Protégé par l'article 8 de la Convention⁸⁹⁴, celui-ci peut « engendrer des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale »⁸⁹⁵. L'opportunité de ce droit concerne principalement, en droit des étrangers, le contentieux des mesures d'éloignements et d'octroi de titre de séjour, souvent susceptible de porter atteinte aux droits relatifs à la famille. C'est lors de ce type de contentieux que le Conseil d'État a initié son alignement avec les exigences de la Convention, avec les affaires *Belgacem*⁸⁹⁶ et *Beldjoudi*⁸⁹⁷. Plus précisément, la Convention ne prévoit pas un droit au regroupement familial en tant que tel⁸⁹⁸, mais elle prévoit un principe d'unité de la famille, notamment entre les parents et leurs enfants, en tant que principe fondamental de la vie familiale⁸⁹⁹. Pour ce faire, le lien familial doit être effectif, par un lien de filiation, une communauté de vie⁹⁰⁰, un lien de tutelle⁹⁰¹ et excluant les cas de polygamie⁹⁰². L'article 8 peut

⁸⁹² CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Tiba*, n° 238211 ; CE, 5 mars 2002, *Fikery*, n° 243725.

⁸⁹³ Art. L. 411-5 CESEDA.

⁸⁹⁴ « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ; 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁸⁹⁵ CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*, n° 31465/96, §1.

⁸⁹⁶ CE, 19 avril 1991, *M. Belgacem* ; *AJDA*, 1991, p. 551, note F. JULIEN-LAFERRIERE. Voir aussi, CE, 19 avril 1991, *Mme Babas*, n° 107470.

⁸⁹⁷ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n° 99201. Concernant les mesures de refus d'octroi, voir : CE, 12 avril 1992, *Marzini*, n° 120573 ; CE, 20 juin 1997, *Rezli*, n° 139495.

⁸⁹⁸ CEDH, 19 février 1996, *Gül c/ Suisse*, n° 23218/94, §30-33. Voir sur ce point, LE GOFF-REVERT (P.), « La protection de la vie familiale des étrangers (dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil d'État », in REYDELLET (M.) (dir), *L'étranger entre la loi et le juge*, *op. cit.*, p. 180.

⁸⁹⁹ CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael c/Royaume-Uni*, n° 16424/90, §86 ; CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Turquie*, n° 31465/96, §34.

⁹⁰⁰ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, série A, n° 94, §62 ; CEDH, 27 septembre 1999, *Lusting-Prean et Beckett c/Royaume-Uni*, n° 3141796, §70.

⁹⁰¹ : CE, 24 mars 2004, *Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c/Mme B.* ; *AJDA*, 2004, p. 1425, note A.-M. TOURNEPICHE.

⁹⁰² Art. L. 313-11 CESEDA.

également être mobilisé pour soutenir une demande d'annulation d'une décision d'assignation à résidence, si celle-ci est susceptible d'affecter le maintien de la vie familiale⁹⁰³. Allant plus loin, la Cour est allée jusqu'à admettre que l'irrégularité du titre de séjour ne prive pas un étranger de ce droit⁹⁰⁴. Cependant, le régime juridique de l'étranger en porte lui-même les limites : les États membres disposent toujours d'une marge d'appréciation relativement large quant aux limites de ce droit au regard de la menace pour l'ordre public que l'étranger pourrait représenter⁹⁰⁵. L'exigence de la Cour européenne des droits de l'homme tourne ainsi autour d'un contrôle de proportionnalité, entre l'atteinte au droit à la vie familiale et la mesure visant à la préservation de l'ordre public⁹⁰⁶, exigeant que les mesures « doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi »⁹⁰⁷.

b. Le droit à la protection sociale

110. La nationalité progressivement « chassée par l'égalité »⁹⁰⁸. Le droit à la protection sociale est une autre illustration de l'effacement de la nationalité dans la protection des droits,⁹⁰⁹ et ce, au regard de son fondement et de son contenu. Ici encore, il se démarque par sa vocation universaliste⁹¹⁰. En effet, ce droit est adressé à « toute personne » membre de la société ; catégorie abstraite de destinataires qui se retrouve, par exemple, à l'article 22 de la DUDH de 1948⁹¹¹, ou à l'article 11 de la Charte sociale européenne⁹¹². Basée sur un principe de

⁹⁰³ Par exemple, CE, 23 avril 2003, *Ministre de l'Intérieur c. Oteiza Olazabal*, n° 206913 ; CE, ord., 1^{er} avr. 2016, *M. F.*, n° 398181.

⁹⁰⁴ CEDH, 15 juillet 2003, *Mokrani c. France*, n° 52206/99, §21.

⁹⁰⁵ Ainsi, l'expulsion d'un étranger peut être régulièrement prononcée si la menace pour l'ordre public est considérée comme disproportionnée. Voir, CEDH, 19 février 1998, *Dalia c. France*, §52 ; CEDH, 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas* ; JCP G, 2007, I, 106, n° 12, chron. F. SUDRE.

⁹⁰⁶ Ainsi la Cour ajoute que « la Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier, et, lorsqu'ils assument leur mission de maintien de l'ordre public, les États contractants ont la faculté d'expulser un étranger délinquant, entré et résidant légalement sur leur territoire ». CEDH, 16 avril 2013, *Udeh c. Suisse*, n° 12020/09, §44.

⁹⁰⁷ CEDH, 15 juillet 2003, *Mokrani c. France*, n° 52206/99, §24.

⁹⁰⁸ ISIDRO (L.), *L'étranger et la protection sociale*, *op. cit.*, p. 115.

⁹⁰⁹ Pour des développements détaillés sur cette question précise, nous renvoyons à la thèse récente de Lola ISIDRO. Voir, ISIDRO (L.), *L'étranger et la protection sociale*, *op. cit.*

⁹¹⁰ ROMAN (D.), « L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit de la protection sociale », *CRDF*, 2009, n° 7, p. 117.

⁹¹¹ « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ». Pour d'autres sources, on peut également citer la Convention n° 102 de l'OIT de 1952 concernant la sécurité sociale, ou encore, le Code européen de sécurité sociale de 1964 ratifié par la France en 1986.

⁹¹² « Toute personne a le droit de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre ».

solidarité⁹¹³, la protection sociale se réfère à un lien communautaire qui dépasse le cadre strict de la communauté nationale. Aux termes de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, qui servira de norme de référence à la constitutionnalisation dans ce droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Nation assure protection à « tout être humain »⁹¹⁴. L'article L. 111-2-1 du Code de la sécurité sociale dispose, dans ce sens, que cette même Nation « affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie ». Si le présent droit s'incarne sur le plan idéologique en un droit de l'homme universel, sa concrétisation en droit positif en fait un droit fondamental dont l'opérationnalité demeure cependant conditionnée. Selon un aperçu général, il faut attendre véritablement les années 1990 pour que les discriminations fondées sur la nationalité soient considérées comme irrégulières⁹¹⁵. L'effacement progressif du critère de nationalité a été engendré par l'extension du principe d'égalité, qui a conduit à la promotion du critère de résidence.

111. La primauté du critère de résidence confirmé par le droit conventionnel. Pour la Cour EDH, le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité, prévu à l'article 14 de la Convention, est proclamé depuis l'*Affaire linguistique Belge* de 1968⁹¹⁶, et a été appliqué aux droits de sécurité sociale avec l'arrêt *Gaygusuz* en 1996⁹¹⁷. Du côté du droit de l'Union européenne, la Cour de justice a adopté un raisonnement similaire en interdisant, par exemple, l'octroi d'une allocation à la fourniture d'un permis de séjour⁹¹⁸. Dans l'affaire *Khalil* de 2001, elle est en outre venue appuyer la primauté du principe de résidence, en considérant que les ressortissants extra-communautaires résidant légalement et se déplaçant dans l'Union ont les mêmes droits que les ressortissants communautaires, dès lors que ceux-ci exercent leur droit à la libre circulation. Ce principe a été ensuite repris à l'article 34 de la Charte DFUE⁹¹⁹, précisé

⁹¹³ Art. L. 111-1 du Code de la sécurité sociale : « La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale ».

⁹¹⁴ Ainsi, la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

⁹¹⁵ LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, op. cit., p. 196. Voir, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §2, A., 2.

⁹¹⁶ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, n° 1474/62, GACEDH, n° 9, §10.

⁹¹⁷ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, §42. La Cour a en effet estimé que « seules des considérations très fortes » ou « des raisons impérieuses » pouvaient rendre compatibles de telles discriminations avec les dispositions de la Convention.

⁹¹⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-224/98, §31.

⁹¹⁹ Art. 34 Charte DFUE : « Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ».

à l'article 7 de la directive 2004/38 remplaçant la directive 90/364, relative au droit de séjour et confirmé par la suite par la Cour de justice⁹²⁰.

112. La réception en droit national. Sur le plan national, enfin, la jurisprudence a suivi ces différentes influences. Dans sa décision du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel a estimé que les discriminations fondées sur le critère de résidence ne sauraient être contraires au principe d'égalité prévu à l'article 6 de la DDHC de 1789⁹²¹, tout en restant en accord avec les prescriptions de l'alinéa 11 du Préambule. La décision du 22 janvier 1990 a mis en avant ce principe en confirmant que l'exclusion des étrangers résidant régulièrement au bénéfice de certaines allocations méconnaît le principe constitutionnel d'égalité⁹²². Le principe d'égalité est alors bel et bien le critère privilégié, aboutissant à l'interdiction des discriminations⁹²³ et proclamant pour les étrangers un « droit à l'égalité des droits »⁹²⁴. La décision du 13 août 1993 a, à son tour, posé le principe général selon lequel « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français »⁹²⁵, et dont une concrétisation se retrouve à l'article L. 111-1 du Code de sécurité sociale⁹²⁶. Il est par ailleurs intéressant de noter que la condition de nationalité ne sera seulement supprimée par le législateur du code de la sécurité sociale qu'en 1998⁹²⁷. Le Conseil d'État a adopté une position similaire dans son arrêt *Ministre de la Défense et de l'Économie c/ Diop* de 2001, en précisant la possibilité de modulations de leurs droits si ceux-ci se trouvent dans une situation différente⁹²⁸. Le droit conventionnel laisse à ce titre une marge d'appréciation aux États pour apprécier des différences de traitement en fonction des situations⁹²⁹. La Cour de

⁹²⁰ CJCE, 13 juin 2006, *Échouikh*, aff. C-336/05, §57 ; *Europe*, août 2006, comm. 241, obs. F. MARIATTE.

⁹²¹ Cons. const., n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 15 ; *Dr. soc.*, 1987, p. 345, note X. PRETOT.

⁹²² Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33-35. Voir sur ce point, GENEVOIS (B.), « Du dédoublement de la convention nationale des médecins aux droits des étrangers », *op. cit.*, p. 413.

⁹²³ Voir en ce sens, MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? », *op. cit.*, p. 107.

⁹²⁴ MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *La principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, PUAM, 1997, p. 89.

⁹²⁵ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 3.

⁹²⁶ Art. L. 111-1 du Code de la sécurité sociale : « La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. Elle assure, pour toute personne travaillant ou résidant en France de façon stable et régulière, la couverture des charges de maladie, de maternité et de paternité ainsi que des charges de famille ».

⁹²⁷ Art. 42, Loi n° 98-439 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JORF n° 109 du 12 mai 1998.

⁹²⁸ CE ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et de l'Économie c/ Diop*, n° 212179 ; *RDF4*, 2002, p. 573, concl. J. COURTIAL.

⁹²⁹ CEDH, 18 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, §42.

cassation a confirmé, elle aussi, qu'au titre des articles L. 512-1 et L. 512-2 du code de la sécurité sociale, « les étrangers résidants régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales »⁹³⁰. Allant plus loin, elle a en revanche considéré que le critère de régularité du séjour ne concerne pas les enfants mineurs concernés, auquel cas celle-ci conclurait à « une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à une vie familiale normale » au regard des articles 8 et 14 de la Convention EDH⁹³¹. Une autre illustration des modulations pouvant être apportées à ce principe a été présentée dans la décision QPC dite « *cristallisation des pensions* » du 28 mai 2010 où le Conseil s'appuie, cette fois-ci, non pas sur l'alinéa 11 du Préambule, mais sur le principe d'égalité tel que prévu à l'article 6 de la DDHC de 1789⁹³². Dès lors, si l'alinéa 11 était jusqu'alors mobilisé afin de promouvoir un principe de non-discrimination, le fait de se baser sur le principe d'égalité permet au Conseil de laisser au législateur le soin d'apprécier, selon sa jurisprudence classique, les modulations possibles, en énonçant des règles différentes au regard de situations différentes, ou des dérogations pour d'intérêt général, « pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »⁹³³.

113. Ce changement de norme de référence a ainsi pu être interprété par la doctrine comme une opportunité donnée au législateur d'aménager de manière plus souple le principe de non-discrimination⁹³⁴. Dans une perspective plus large, le Défenseur des droits, dans un rapport publié en 2016, a constaté un régime de protection sociale en matière de santé « toujours plus inclusif » concernant les étrangers⁹³⁵. Le changement de technique de contrôle n'annule pas la protection ; la protection sociale reste par principe un droit au fondement de la non-discrimination au regard de la nationalité. Or la logique du contrôle, elle, est déplacée.

⁹³⁰ Cass. ass. plén., 12 avril 2004, n° 02-30.157.

⁹³¹ Cass. civ. 2^e, 6 décembre 2006, n° 05-12.666. Voir aussi, Cass. civ. 2^e, 24 janvier 2013, n° 11-26279.

⁹³² Par ailleurs, sur le plan statistique, il est également intéressant de noter que, dans le contentieux QPC, sur 58 QPC soulevées par des justiciables étrangers entre 2010 et 2020, 28 invoquent une violation du principe d'égalité (soit 48 %). Dès lors, si le nombre reste encore limité, ces chiffres montrent, en revanche, l'importance de ce principe, et ce qu'il permet de conclure sur le mouvement progressif d'objectivation du statut de justiciable. Voir, CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *op. cit.*, p. 91.

⁹³³ Cons. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, cons. 8.

⁹³⁴ GAY (L.), « L'égalité et à la protection sociale dans les premières QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n° 6, pp. 1061-1075. À titre d'exemple, le professeur SLAMA a montré, par ailleurs, la persistance de discriminations en matière sociale fondées sur la nationalité dans le domaine des emplois dits « fermés ». Voir, SLAMA (S.), « Emplois fermés : une exclusion illégitime », *Plein droit*, 2014, n° 103, p. 20. Voir également le rapport publié par l'association GISTI concernant les réformes intentées par la loi du 1^{er} janvier 2016 : GISTI, *La protection sociale des étrangers en France (États tiers et Union européenne)*, juillet 2016, disponible à l'adresse : https://www.gisti.org/IMG/pdf/unafao-analyse_juridique_protection-toweb.pdf.

⁹³⁵ Défenseur des droits, *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, rapport, mai 2016, pp. 188-189.

« Autrement dit, la nationalité peut être invoquée pour identifier une différence de situation, mais la différence de traitement opérée sur ce seul fondement n'est pas admissible, à tout le moins dans le domaine de la protection sociale lequel ressort des droits de l'homme »⁹³⁶. L'ensemble de ces exemples permet d'émettre un premier bilan, selon lequel la justiciabilité des droits n'est pas, par principe, conditionnée par la nationalité. Le statut constitutionnel de l'étranger met en avant, d'un côté, une volonté d'octroyer indifféremment les mêmes droits fondamentaux aux étrangers qu'aux nationaux, mais en posant, d'un autre côté, un certain nombre de garde-fous. Les droits fondamentaux sont proclamés, garantis, mais conditionnés. Ce conditionnement vient de plus confirmer l'idée d'une gradation dans la garantie des droits, qui est d'autant plus mise en lumière par l'analyse du régime spécifique accordé aux étrangers en situation irrégulière.

B. Les étrangers en situation irrégulière : entre droits inconditionnels et droits spécifiques

114. La sous-catégorie des étrangers en situation irrégulière constitue un dernier point dans la gradation de titularité des droits fondamentaux. Son régime juridique permet de mettre en avant, encore une fois, le paradoxe inhérent au principe d'universalité. D'un côté, les individus concernés bénéficient d'un noyau dur de droits fondamentaux en tant que personnes humaines. En cela, cette appartenance à l'humanité efface l'irrégularité de leur situation de sorte que leur seule présence sur le territoire leur confère, quoiqu'il arrive, des droits fondamentaux. La jurisprudence constitutionnelle a confirmé cette position, de même que la Cour EDH a maintes fois rappelé l'obligation pour les États partis de se conformer aux prescriptions de l'article 3 de la Convention. Ce noyau dur s'accompagne, dans un souci d'effectivité, de la garantie des droits ou, autrement dit, de la possibilité de revendiquer ou de contester ces droits devant un juge. L'exemple des étrangers en situation irrégulière permet, autrement dit, de mesurer où est la limite à la garantie des droits, et où se situe le point incompressible de l'universalité. D'un autre côté, la pluralité des situations d'irrégularités ne permet pas de consacrer un régime juridique commun. La correction d'éventuelles inégalités passe alors par l'octroi de droits spécifiques au regard de la condition de l'étranger. Ainsi, si en tant que personne humaine l'étranger en situation irrégulière peut prétendre à un degré minimum de

⁹³⁶ ISIDRO (L.), *L'étranger et la protection sociale*, *op. cit.*, p. 202.

garantie des droits (1), des régimes juridiques différents sont ensuite prévus en fonction de son statut. Les deux exemples les plus illustratifs pour confirmer cette affirmation sont celui du statut de réfugié (2) et celui du régime particulier des demandeurs d'asile (3).

1. Un degré minimum de garantie des droits

115. La réduction aux droits de la personne humaine sujet de droit. La garantie des droits octroyée aux étrangers en situation irrégulière est réduite, dans son principe, à un socle minimum de droits fondamentaux inconditionnellement octroyés à toute personne humaine⁹³⁷. Sont ici visés les apatrides, les réfugiés et les demandeurs d'asile. Se trouvent alors principalement concernés le droit aux soins urgents et vitaux⁹³⁸, les traitements inhumains et dégradants⁹³⁹ et la liberté de mariage⁹⁴⁰. Telle est la spécificité d'un tel régime : la personne humaine préserve l'identité du sujet de droit, mais en dehors de ce cadre, l'individu ne dispose pas de critères supplémentaires lui permettant de prétendre à un régime plus étendu, comme celui d'une résidence stable et régulière. Concernant les traitements inhumains et dégradants, la Cour EDH demeure explicite : les exigences relevant de l'article 3 de la Convention EDH doivent assurer un minimum de garanties aux individus en situation irrégulière⁹⁴¹. En effet, et comme elle l'a rappelé dans son arrêt *Moustabi c. France*⁹⁴², au sujet de la rétention de mineurs isolés, le champ de l'article 3 transcende la régularité de la situation de la personne. Ainsi, selon elle, « il convient de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »⁹⁴³. En somme, l'article 3 confère « une protection absolue »⁹⁴⁴. Le droit aux soins urgents et vitaux en est également une illustration. S'adressant aux étrangers ne disposant ni de l'aide médicale d'État ni de la

⁹³⁷ Voir en ce sens, TCHEN (V.), *Droit des étrangers*, *op. cit.*, p. 79 ; TCHEN (V.), « Recherche sur les droits fondamentaux des étrangers », *op. cit.*, p. 4.

⁹³⁸ Voir, par exemple, le régime général prévu à l'article 14§1 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Voir aussi, CJUE, 18 décembre 2014, *Abdiba*, aff. C-562/13 ; AJDA, 2015, p. 335, chron. M. AUBERT E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE.

⁹³⁹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, B.

⁹⁴⁰ Le mariage n'est pas, en ce sens, subordonné à la régularité du titre de séjour (Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 93). Voir, également, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2, A., 2.

⁹⁴¹ CEDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, n° 12276/16, §71. En l'espèce la Cour, relève l'existence de traitements inhumains et dégradants par le fait d'avoir laissé vivre plusieurs mois un mineur isolé dans le bidonville de la lande de Calais. Constatant une carence des autorités françaises, la Cour a condamné la France pour violation de l'article 3 de la Convention.

⁹⁴² CEDH, 25 juin 2020, *Moustabi c. France*, n° 9347/14 ; AJDA, 2020, p. 1318, chron. J.-M. PASTOR.

⁹⁴³ *Ibid.*, §54. Voir également, CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c/France*, n° 39472/07 et 39474/07, §91.

⁹⁴⁴ CEDH, 25 juin 2020, *Moustabi c/France*, n° 9347/14, §65.

couverture maladie universelle. Selon les termes de l'article L. 254-1 du Code de l'action sociale et des familles, ce droit concerne les « soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître »⁹⁴⁵. Cette logique trouve, par ailleurs, une extension dans le principe de dignité de la personne au regard de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de l'article L. 622-4 du CESEDA, dans sa décision *Cédric H. et autres*. L'immunité pénale concernant l'aide apportée à un étranger est ainsi reconnue pour des actes « d'hébergement ou de soins » à condition que ces derniers soient destinés « à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger »⁹⁴⁶.

116. Les « droits-garantis » comme garantie juridictionnelle de protection. L'autre garantie octroyée sans condition de régularité du séjour est celle des droits de la défense⁹⁴⁷. Du point de vue du droit international, tout d'abord, l'article 16 de la Convention de Genève de 1951 énonce que « tout réfugié aura, sur le territoire des États contractants, libre et facile accès devant les tribunaux », de même que celui-ci « jouira du même traitement qu'un ressortissant ». Cet énoncé traduit ici un principe général d'indifférence du statut de l'individu qui néanmoins doit être nuancé en fonction de sa concrétisation dans le droit national⁹⁴⁸. Principe général du droit en droit national⁹⁴⁹ et en droit communautaire⁹⁵⁰, le juge constitutionnel s'en est saisi pour en préciser les différentes variantes. Ainsi les étrangers bénéficient-ils des droits de la défense associés au principe du contradictoire devant une juridiction⁹⁵¹ ou encore du droit de bénéficier d'une procédure juste et équitable⁹⁵². La décision n° 93-325 DC est venue confirmer, à ce titre, que « les droits de la défense [...] constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides, un droit fondamental à caractère constitutionnel »⁹⁵³. Ensuite, cette inconditionnalité sera étendue au droit à un recours

⁹⁴⁵ À ce propos, voir : Cons. const., n° 2003-488 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. 16 à 20. Pour des précisions quant au régime d'un tel droit, nous renvoyons à une publication de l'association GISTI sur le sujet. Voir : https://www.gisti.org/IMG/pdf/referentiel_dsuv_cnams_octobre_2014.pdf

⁹⁴⁶ Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *précitée*, cons. 14.

⁹⁴⁷ À ce propos, GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », *op. cit.*, pp. 253-277. Voir, *infra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 1.

⁹⁴⁸ Sur ce point, voir : HÖPFNER (F.), « L'accès au juge des réfugiés : quel juge pour garantir le droit d'asile ? », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 232.

⁹⁴⁹ CE Ass., 26 octobre 1945, *ARAMU*, n° 77726 ; D., 1946, p. 158, note J. MORANGE.

⁹⁵⁰ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnson Chief constable of Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84.

⁹⁵¹ Cons. const., n° 89-268 DC, 28 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 58.

⁹⁵² Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 44.

⁹⁵³ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 84. Voir sur ce point, FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^e éd., 2013, p. 721.

juridictionnel effectif consacré la décision du 9 avril 1996⁹⁵⁴. Sous ce fondement, ont par exemple été déclarées inconstitutionnelles les dispositions du paragraphe IV de l'article 512-1 du CESEDA, en raison du fait que le délai maximal de cinq jours prévu pour un étranger détenu pour former un recours contre une obligation de quitter le territoire était jugé trop court, « n'opérant pas une conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur d'éviter le placement de l'étranger en rétention administrative à l'issue de sa détention »⁹⁵⁵. Le Conseil constitutionnel a néanmoins rappelé que les exigences découlant des droits de la défense concernent principalement les sanctions ayant le caractère de punition. Ainsi, les auditions effectuées lors des mesures prises dans le cadre de l'instruction administrative des décisions de refus et d'entrée sur le territoire ou organisées lors du maintien en zone d'attente n'obligent pas le législateur à prescrire l'assistance d'un avocat, et ne sont plus largement pas soumises aux exigences découlant des articles 7, 9 et 16 de la DDHC de 1789⁹⁵⁶. Concernant plus précisément le contentieux QPC, il apparaît néanmoins, en pratique, une faible mobilisation du droit à un recours juridictionnel effectif sur la place quantitatif⁹⁵⁷. À titre d'illustration, entre 2020 et 2021, sur 58 QPC soulevées par des justiciables étrangers, le droit en question a été invoqué à 9 reprises, dont 6 par des justiciables étrangers en situation irrégulière. Ensuite, la portée des droits relatifs aux procès, inconditionnelle par principe, trouve également une formulation similaire en droit de l'Union européenne à l'article 41§1 de la Charte DFUE, lequel énonce que « toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ».

117. « Même s'ils n'ont pas le droit de prétendre à l'exercice de ces droits dans le territoire puisqu'ils n'ont pas le droit d'y séjourner, la seule présence factuelle et irrégulière, constituant une infraction, engendre immédiatement le bénéfice de droits fondamentaux, même si les organes de l'ordre juridique en question ont pour mission principale de les “éloigner”, c'est-à-dire de les priver effectivement de la possibilité de se prévaloir des droits fondamentaux que

⁹⁵⁴ Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83. Voir, également, *infra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 1. § 2, B.

⁹⁵⁵ Cons. const., n° 2018-709 QPC, 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres [Délai de recours et de jugement d'une obligation de quitter le territoire français notifié à un étranger]*, cons. 9.

⁹⁵⁶ Cons. const., n° 2019-818 QPC, 6 décembre 2019, *Mme Saisda C. [Assistance de l'avocat dans les procédures de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente]*, cons. 11-12.

⁹⁵⁷ Voir, CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *op. cit.*, p. 91.

leur seule présence leur attribue »⁹⁵⁸. Or, le statut des étrangers en situation irrégulière s'accompagne d'un régime particulier, en ce que ces derniers bénéficient de droits réservés à leur situation. Là est toute l'originalité de ce régime juridique : si ces droits sont inconditionnels par principe, leur portée, quant à elle, obéit à un principe d'adaptation.

2. Le statut de réfugié

118. Les difficultés d'identification du statut juridique. L'irrégularité du séjour conduit à la formation de statuts juridiques spécifiques, réservés à certains individus en fonction de leur situation. Celui de réfugié est, en cela, un statut propre à l'étranger en situation irrégulière. La notion de réfugié est à la fois polémique sur le plan politique⁹⁵⁹ et imprécise sur le plan juridique. Dans son acception politique, tout d'abord, elle est souvent considérée comme la manifestation d'un « universalisme jamais achevé »⁹⁶⁰, car elle montre les limites de l'idéologie universaliste des droits de l'homme. Cette dernière trouve, en effet, une limite insurmontable face au référentiel de l'appartenance politique à une communauté. La professeure LOCHAK constate, par exemple, une définition *ad hoc*, collective et sectorielle « parce qu'on raisonne en termes de groupes de population, l'appartenance à l'un de ces groupes étant une condition nécessaire et suffisante pour être reconnu comme réfugié », et ponctuelle, « car on tente de résoudre les problèmes au coup par coup, à mesure qu'apparaissent de nouvelles catégories de réfugiés »⁹⁶¹. Juridiquement, ensuite, le droit international s'est chargé d'initier une définition, contenue à l'article 1^{er} A § 2 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié⁹⁶², reprise à l'article L. 711-1 du CESEDA, selon lequel « la qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne sur laquelle le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel

⁹⁵⁸ PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.* p. 98.

⁹⁵⁹ Voir en ce sens, ARENDT (H.), « Nous autres réfugiés », *Pouvoir*, 2013, n° 144, pp. 5-16. C'est également ce qui pousse Hannah ARENDT à proposer son concept de « droit à avoir des droits ». Voir, ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁶⁰ LOCHAK (D.), « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, 2013, n° 144, p. 43.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 37.

⁹⁶² Le réfugié y est défini comme la « personne qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ou dans lequel elle a sa résidence habituelle ; qui craint avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance communautaire, de sa religion, de sa nationalité de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ; et qui ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de ce pays ou y retourner en raison de ladite crainte ». Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137 (Version issue du Protocole de New-York, 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés : Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 8791, p. 267).

qu'adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ».

119. Les spécificités du statut. Contrairement au statut de demandeur d'asile, qui suppose une protection continue, celui de réfugié suppose plutôt une « protection temporaire contre un péril imminent »⁹⁶³. En outre, le Conseil d'État est venu préciser que celui-ci peut être octroyé à toute personne, dont les mineurs isolés⁹⁶⁴. Il a également rappelé que le régime d'autorisation propre aux étrangers ne leur concède pas un droit à la régularisation⁹⁶⁵. Toutefois, comme vu précédemment⁹⁶⁶, les pouvoirs publics doivent prendre en compte un certain nombre d'éléments, comme le droit de mener une vie familiale normale notamment pour motiver un refus de délivrance de titre de séjour⁹⁶⁷, un refus de certificat de résidence⁹⁶⁸, ou une mesure d'éloignement du territoire national⁹⁶⁹. « Le statut de réfugié se constate, mais ne s'octroie pas, contrairement au droit d'asile »⁹⁷⁰. Néanmoins, la Cour de justice de l'Union européenne est venue préciser que la révocation ou le refus d'octroi du statut par un État membre « n'ont pas pour effet de faire perdre la qualité de réfugié ayant une crainte fondée de persécution dans son pays d'origine »⁹⁷¹. C'est en articulation avec cette acception que la garantie est assurée et limitée à des droits dits « inconditionnels », du fait de la seule présence de l'étranger en situation irrégulière sur le territoire. Là est, encore une fois, la spécificité de cette catégorie de destinataires de droits fondamentaux.

3. Le statut particulier de demandeur d'asile

120. Des fondements humanistes et universalistes au service de sujets exclus de toute appartenance politique. L'irrégularité de situation d'un étranger n'emporte pas la fin de ses droits. Le sujet de droit appréhendé par le critère de personne humaine ou encore le

⁹⁶³ BETTATI (M.), *L'asile politique en question. Un statut pour le réfugié*, Paris, PUF, 1985, p. 79.

⁹⁶⁴ CE, 9 juillet 1997, *Kang*, n° 145518.

⁹⁶⁵ CE, 28 juillet 2000, *Préfet de l'Aveyron*, n° 210847.

⁹⁶⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §1.

⁹⁶⁷ Voir par exemple, art. L. 313-11 7° du CESEDA ; CE, 10 avril 1992, *Aykan et Marzini*, n° 120573.

⁹⁶⁸ CE, 22 mai 1992, *Dlle Zine El Kelma*, n° 87043.

⁹⁶⁹ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n° 99201, concl. R. ABRAHAM.

⁹⁷⁰ GUILLOT (Ph.), « Les étrangers », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 275.

⁹⁷¹ CJUE, Gr. ch., 14 mai 2019, *M. C. Ministerstvo Vnitra et X, X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-391-16, §108.

principe de non-discrimination conduit à l'élaboration progressive d'une jurisprudence de plus en plus précise quant à la garantie des droits octroyés aux individus, non reconnus par l'État, comme membre de la communauté politique. Qu'ils soient réfugiés ou qu'ils aient le statut particulier de demandeur d'asile, les ordres juridiques nationaux ou supranationaux procurent aujourd'hui d'un socle minimum de garantie des droits et spécifiquement devant la justice⁹⁷². La problématique relative à la situation de l'individu non reconnu comme membre d'un État a longtemps fait l'objet de réflexions politiques et philosophiques, visant à trouver un fondement à la reconnaissance d'un statut à individu paradoxalement « non reconnu » ou adoptant la « posture du suppliant »⁹⁷³. Le droit naturel s'en est auparavant chargé, avec par exemple GROTIUS, selon lequel « on ne doit pas refuser une demeure fixe à des étrangers qui, chassés de leur patrie, cherchent une retraite, pourvu qu'ils se soumettent au gouvernement établi et qu'ils observent toutes les prescriptions nécessaires pour prévenir les séditions »⁹⁷⁴ ; mais aussi KANT avec son concept « d'hospitalité universelle »⁹⁷⁵, ou encore Hannah ARENDT avec l'idée d'un « droit d'avoir des droits »⁹⁷⁶. Le droit positif permet, désormais, partant de l'idéologie universaliste des droits de l'homme, d'identifier un ensemble de droits fondamentaux inconditionnels. Aussi critiquable et à parfaire que soit le régime des étrangers en pratique⁹⁷⁷, ce dernier est, dans la perspective proposée, un exemple incontournable du lien que peut fournir la justiciabilité des droits au-delà d'un lien d'appartenance à la communauté souveraine de l'État.

121. Une garantie des droits spécifique pour une catégorie singulière de sujets.

L'irrégularité du séjour peut ouvrir à un droit constitutionnel réservé à l'étranger qu'est le droit d'asile⁹⁷⁸. En tant que principe de valeur constitutionnelle fondé sur l'alinéa 4 du Préambule de 1946, selon lequel « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a

⁹⁷² Voir notamment, CONSEIL D'ÉTAT, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, Paris, La Documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2018, p. 302.

⁹⁷³ RICÉUR (P.), « La condition d'étranger », *Esprit*, mars-avril 2006, n° 3-4, p. 264.

⁹⁷⁴ GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, L. II, chap. XI.

⁹⁷⁵ KANT, *Projet de paix perpétuelle*, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁷⁶ ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁷⁷ Voir à ce propos, JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Réflexions désordonnées sur près de trente ans de droit(s) des étrangers : billet de “mauvaise” humeur », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), FERRE (N.) (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2007, p. 119-128 ; MARIE (A.), FLEURY GRAFF (Th.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit d'asile mise en perspective avec celle du Conseil d'État : l'art de l'Ouroboros », *Titre VII. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2021, n° 6, pp. 23-32.

⁹⁷⁸ Voir, CE, 23 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*, *JDI*, 1986, p. 347 ; note JULIEN-LAFERRIERE ; Cons. const., 86-126 DC, 3 septembre 1986, *RFDA*, 1987, p. 120, note B. GENEVOIS.

droit d'asile sur les territoires de la République », il est un droit fondamental réservé à l'étranger, fondé sur l'article 53-1 de la Constitution⁹⁷⁹, impliquant que « l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande »⁹⁸⁰. De plus, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, « le droit constitutionnel d'asile a pour corollaire le droit de solliciter en France la qualité de réfugié »⁹⁸¹. Il revient également au législateur de concilier ce droit avec les exigences constitutionnelles relatives à la préservation de l'ordre public et, plus largement, « d'assurer en toutes circonstances l'ensemble des garanties légales que comporte cette exigence constitutionnelle »⁹⁸². Comme l'a énoncé le Conseil constitutionnel, il s'agit d'une part, d'un droit dont la titularité n'est pas conditionnée par l'appartenance à la communauté politique de l'État (tel est justement l'objet de ce droit) et, d'autre part, d'un droit garantissant la jouissance d'autres droits inconditionnels, prévus par l'ordre juridique, tels que les droits de la défense. Pour l'étranger, « l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre d'exercer effectivement les droits de la défense qui constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatrides »⁹⁸³. Ce droit s'accompagne, dès lors, de garanties relatives à sa justiciabilité⁹⁸⁴. Par ailleurs, comme l'a spécifié le Conseil d'État, en vertu de l'article 31§1 de la Convention de Genève de 1951, le droit d'asile s'accompagne du droit de séjourner sur le territoire jusqu'à ce que la demande soit traitée⁹⁸⁵. La loi du 29 juillet 2015, relative à la réforme du droit d'asile, est venue confirmer ce droit pendant la procédure d'examen devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), et, le cas échéant, en cas de recours contre une décision de rejet dudit Office⁹⁸⁶, jusqu'à la décision de la Cour nationale du droit d'asile⁹⁸⁷. Concernant les mesures

⁹⁷⁹ Art. 53-1 Const. 1958 : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif ».

⁹⁸⁰ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *précitée*, cons. 84 ; FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^e éd., p. 721.

⁹⁸¹ CE ord., 9 juillet 2015, n° 391392.

⁹⁸² Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 25.

⁹⁸³ Cons. const., n° 93-325 DC, *précitée*, cons. 84.

⁹⁸⁴ Voir, CE, 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, n° 229039 et CE, 25 mars 2003, *Soulaimanov*, n° 255237.

⁹⁸⁵ CE Ass., 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/Dakoury*, n° 120560.

⁹⁸⁶ Voir par exemple, OFPRA, *Rapport d'activité 2020*, 143 p. Disponible à l'adresse : https://www.ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_dactivite_de_lofpra_-_2020.pdf.

⁹⁸⁷ Loi, n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, JORF, du 30 juillet 2015, n° 0174, p. 12977. Les modalités prévues par ladite loi sont inscrites aux articles L. 741-1 et L. 743-2 du CESEDA. Voir, sur ce point : TCHEN (V.), « La réforme du droit d'asile du 29 juillet 2015 : un séisme procédural comme remède à la crise de l'asile », *DA*, août 2015, n° 8-9, comm. 53.

administratives prises pendant cette période, le régime relatif au partage des compétences entre juge administratif et judiciaire s'applique, de sorte que le juge administratif est compétent pour contrôler l'acte pris, telle une mesure de rétention administrative, le juge judiciaire l'étant ensuite passé un délai de 5 jours afin de mesurer une éventuelle privation de liberté⁹⁸⁸.

122. Les garanties consacrées par le droit de la Convention EDH et le droit communautaire. Le droit supranational participe également à parfaire ces prescriptions. Selon la Convention EDH, tout d'abord, les garanties octroyées aux demandeurs d'asile sont principalement assurées par les dispositions de l'article 3 relatif à la protection contre les traitements inhumains et dégradants. Le droit d'asile n'est alors pas reconnu en soi. La Cour EDH considère, en effet, les protections érigées par l'article 3 comme applicables aux demandeurs d'asile, les protégeant notamment contre les mesures étatiques d'expulsion ou d'extradition⁹⁸⁹, ou prenant en compte leur situation de « vulnérabilité » contre d'éventuels traitements inhumains ou dégradants⁹⁹⁰. Du côté du droit communautaire, ensuite, se constate une harmonisation avec le droit national dont le principal enjeu est toujours la partage entre d'une part, « le souhait de mener une politique sécuritaire de protection de ses frontières et de lutte contre l'immigration irrégulière, et, d'autre part, une gestion des demandeurs d'asile et des ressortissants étrangers plus juste et respectueuse de leurs droits fondamentaux »⁹⁹¹. Contrairement à la Convention EDH, le droit communautaire a légiféré dans le sens d'un ensemble de garanties des droits des demandeurs d'asile⁹⁹². Prévu aux articles 18 et 19 de la

⁹⁸⁸ Cons. const., n° 2019-807 QPC, 4 octobre 2019, *M. Lamin J.* [Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêt de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention], cons. 10. Voir également, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, sect. 2, §1, B.

⁹⁸⁹ La protection contre les mesures d'extraditions a été développée dans l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989 où le requérant a fait valoir les garanties prévues à l'article 3 de la Convention au motif que son extradition vers les États-Unis allait conduire se dernier à se voir puni de la peine de mort, considérant une telle peine comme un traitement inhumain et dégradant. Voir, CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, Série A, n° 161, §86-88. La Cour a ensuite adopté un raisonnement similaire pour les demandeurs d'asile, notamment dans les affaires *Vilvarajah* et *Chahal*. Voir, CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13448/87, §108 ; CEDH, Gr. Ch., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, §81-82.

⁹⁹⁰ Voir, par exemple, CEDH, 14 mars 2017, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, n° 47287/15, §118.

⁹⁹¹ VACHET (M.-S.), « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », *op. cit.*, p. 284. Voir, dans le même sens : POULY (Ch.) 2014. « Le régime d'asile européen commun et la convention de Genève de 1951 », in TOURNEPICHE (A.-M.) (dir.), *La Protection internationale et européenne des réfugiés. La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés à l'épreuve du temps*, Paris, Pedone, coll. Droits européens, 2014 pp. 51-67.

⁹⁹² Voir à ce propos, BONICHOT (J.-Cl.), « Aux frontières du droit national : le contrôle de l'étranger sous le regard du droit de l'Union, l'acquis Schengen et la fin des frontières intérieures », in GARGOULAUD (S.) (dir.), *Le droit des étrangers en situation irrégulière*, Paris, La documentation française, 2017, pp. 127-147.

Charte DFUE, inspiré là aussi des dispositions de la Convention de Genève⁹⁹³, le droit d'asile trouve aujourd'hui son application sous l'empire de la directive 2004/83/CE⁹⁹⁴, ainsi que par la directive « Retour »⁹⁹⁵. Dans l'article 8 de cette dernière est réaffirmé le droit au maintien sur le territoire d'un État membre. Un demandeur d'asile ne peut en effet être considéré, tant que sa demande n'a pas été statué, comme étant en séjour irrégulier sur le territoire. Comme l'a montré l'affaire *Arslan* de la Cour de justice⁹⁹⁶, ce droit au maintien ne s'oppose pas, en revanche, à ce que le demandeur face l'objet d'une mesure de rétention⁹⁹⁷ de sorte que celui-ci ne puisse se soustraire pas à son retour en cas de réponse négative des autorités nationales compétentes. Aussi prend-elle en compte les situations de vulnérabilité des demandeurs afin de s'assurer que ceux-ci bénéficient des garanties de droits suffisantes au regard de leur situation⁹⁹⁸. Elle a en outre rajouté que, si les juges nationaux sont compétents pour se prononcer sur l'irrégularité du séjour ou son incidence, ou encore qu'il leur appartient de juger du bien-fondé qu'une mesure de placement en rétention administrative pour un demandeur d'asile, ces derniers ne doivent pas manquer de prendre en compte les garanties nécessaires à l'individu pour qu'il puisse faire valoir ses droits à la défense⁹⁹⁹. La jurisprudence *Ghezelbash* du 7 juin 2016 a enfin précisé un dernier point. Un demandeur d'asile a le droit de s'opposer à une décision de renvoi vers un autre État membre afin de se prévaloir des règles déterminant l'État compétent pour examiner sa demande. Il s'agit par exemple des individus faisant l'objet d'un

⁹⁹³ Art. 18 : « Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne ». L'article 19, quant à lui, développe les garanties affiliées au droit d'asile prévoyant notamment, à l'instar de la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 3 de la Convention, la protection contre les traitements inhumains et dégradants. Art. 19 : « 1. Les expulsions collectives sont interdites ; 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

⁹⁹⁴ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. La présente directive comporte les différentes modalités de demande d'asile, notamment concernant les motifs pouvant être avancés pour fonder une demande.

⁹⁹⁵ Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, précitée, art. 4.

⁹⁹⁶ CJUE, 30 mai 2013, *Arslan*, aff. C-534/11, *AJDA*, 2013, p. 1689 ; chron. M. AUBERT E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE.

⁹⁹⁷ Art. 15 de la directive « Retour » ; CJUE, 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-601/15.

⁹⁹⁸ CJUE, 16 février 2017, *C. K. et autres c. Republika Slovenija*, aff. C-578/16.

⁹⁹⁹ CJUE, 10 septembre 2013, *G et R.*, aff. C-383/13 ; *AJDA* 2013, p. 2307, chron. M. AUBERT E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE. Voir dans le même sens, CJUE, 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13 et CJUE, 11 décembre 2014, *Bondjida*, aff. C-249/13 ; *AJDA*, 2015, p. 334, chron. M. AUBERT E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE.

placement en procédure « Dublin »¹⁰⁰⁰. Autrement dit, le requérant doit bénéficier de son droit à un recours effectif contre une décision de transfert en invoquant la responsabilité de l'État sur ses critères de détermination du droit à l'asile¹⁰⁰¹. À ce propos, et pour finir, si le juge constitutionnel estimait suffisante, dans la décision de 1993, la seule existence d'une voie de recours, l'influence du droit de l'Union est venue rajouter la garantie *a minima* d'une voie alternative au recours¹⁰⁰² que le législateur a transposé dans la loi 10 septembre 2018¹⁰⁰³.

123. La spécificité de ce régime juridique à cela d'intéressant qu'elle pointe, encore une fois, l'impératif de rendre potentiellement justiciable tout type de droit et tout type de requérant. Si la pratique pointe, dans le cas du droit des étrangers, un certain nombre d'écueils, elle permet néanmoins de montrer que la condition de justiciabilité demeure quoiqu'il en soit un standard minimum de la démocratie constitutionnelle.

¹⁰⁰⁰ Voir à ce propos l'étude publiée par l'association GISTI. GISTI, *L'accompagnement des demandeurs et demandeuses d'asile en procédure « Dublin »*, Publication du Groupe de soutien et d'information aux immigré-e-s, coll. Les notes pratiques, 2^e éd., 2019, 60 p.

¹⁰⁰¹ CJUE, Gr. Ch., 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezellbash c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-63/15, §43 ; *AJDA*, 2016, p. 1682, chron. E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE, C. GÄNSER. Voir dans le même sens, CJUE, Gr. Ch., 7 juin 2016, *Karim*, aff. C-155/15. Les présentes affaires se basent sur le Règlement n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant la procédure « Dublin III ». Le principe proclamé par la Cour est, à ce titre, un revirement de sa jurisprudence antérieure, dans laquelle elle s'était opposée à octroyer la possibilité de contester l'examen d'une demande d'asile. CJUE, Gr. Ch., 10 décembre 2013, *Shamso Abdullahi c. Bundesabylamt*, aff. C-394/12 ; *AJDA*, 2014, p. 336, chron. AUBERT E. BROUSSY, H. CASSAGNABERE. Voir également, ROUSSEL (S.), « Comment motiver la décision de transfert d'un demandeur d'asile », *AJDA*, 2019, n° 3, pp. 346-351.

¹⁰⁰² Art. 9 et 41, directive « Procédures », 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

¹⁰⁰³ Voir, Cons. const., n° 2018-770 DC, 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, cons. 32-34.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

124. Pour Georges BURDEAU, les déclarations sont « des monuments de l'intelligence pure, des schémas où s'agencent les concepts, mais d'où toute apparence de chair est soigneusement éliminée. On y lit, gravé sur l'airain, le statut d'hommes de marbre »¹⁰⁰⁴. L'évolution du principe d'universalité des droits depuis 1789 témoigne néanmoins d'une concrétisation en droit positif allant dans le sens d'une généralisation, mais aussi d'une diversification des destinataires de droits fondamentaux. Le référentiel de la personne humaine apparu à la seconde moitié du XX^e siècle a, en effet, changé la donne : « toute personne » doit pouvoir bénéficier de droits fondamentaux, tout autant que celle-ci peut les revendiquer en justice. Réapparaissent alors les vœux d'Hannah ARENDT : « cette situation nouvelle, dans laquelle l'«humanité» remplit effectivement le rôle autrefois attribué à la nature ou à l'histoire, voudrait dire dans ce contexte que c'est l'humanité elle-même qui devrait garantir le droit d'avoir des droits, ou le droit de tout individu d'appartenir à l'humanité ». De cette manière s'est opérée une sorte « d'universalisation de l'universalité »¹⁰⁰⁵. À ce stade, la distinction entre citoyens et étrangers ne serait, dans son principe, qu'une « *summa divisio* politique »¹⁰⁰⁶. Or, si l'ordre juridique semble s'être aujourd'hui accommodé de l'idée d'une universalité fondée sur la personne humaine, celle-ci ne se concrétise comme *réalité* que par une catégorisation entre les sujets de droit. C'est là la contrepartie majeure à la diversification des sujets de droit. « On ne peut affirmer l'universalisme des droits de l'homme qu'à la condition de le limiter à un universalisme de droit, pour les droits dont le titulaire est inconditionnel, et pour les ordres juridiques qui l'admettent »¹⁰⁰⁷. Cet universalisme est toujours construit et relatif ; il est donc fatalement imparfait. Il est une pétition de principe, indispensable à la proclamation et à la concrétisation des droits de l'homme. S'il existe, en effet, un noyau dur de droits fondamentaux intangibles et disponibles pour tout individu, quelle que soit sa situation, en sa personne humaine, le compromis de la catégorisation rappelle cependant que l'universalité doit se satisfaire d'une gradation dans la garantie des droits. Si, en effet, celle-ci prend son fondement sur une logique se voulant précisément « anti-catégorielle », elle finit paradoxalement par se concrétiser selon un impératif catégoriel. Autrement dit, la catégorisation est ce qui permet

¹⁰⁰⁴ BURDEAU (G.), *Traité de science politique. L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Paris, LGDJ, t. VI, 1987, p. 32.

¹⁰⁰⁵ ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, *op. cit.*, p. 300.

¹⁰⁰⁶ LABORDE (C.), « La citoyenneté », in DUCLERT (V.), PROCHASSON (C.) (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Paris, Flammarion, 2002, p. 119.

¹⁰⁰⁷ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 35.

d'appréhender une certaine conception des droits fondamentaux. Elle est le moyen observé pour atteindre une universalité concrète. La personne humaine sujet de droit est le référentiel, la catégorisation est le moyen pour y parvenir. Ainsi, la concrétisation du principe d'universalité, même si celle-ci n'est pas égale pour tous les sujets de droit, configure un rapport spécifique entre l'individu et l'État. Car, la proclamation des droits exige, en parallèle, que ces derniers puissent être justiciables ; telle est la garantie principale de leur effectivité. Elle est le préalable nécessaire à une conception élargie de la contestation des droits fondamentaux face aux normes édictées par les organes producteurs de droits. Dans ce processus, sont alors impliqués tous les sujets de droit et non exclusivement les citoyens reconnus par l'ordre juridique, comme étant souverains et habilités à participer à la formation de la volonté générale en vertu du principe d'autonomie politique. Le référentiel d'appartenance à une communauté politique n'est ainsi plus exclusif. La garantie des droits, de son côté, selon un schéma de cercles concentriques de droits fondamentaux, s'emploie, par degrés, à fondre le citoyen dans l'homme.

CHAPITRE 2. UNE DIVERSIFICATION DU *DEMOS* : LE BOULEVERSEMENT DES REPERES DE LA CITOYENNETE

« *La pluralisation du *kratos* rend le *demos* inassignable* »¹⁰⁰⁸.

125. Le dépassement du lien politique entre le citoyen et l'État, au regard de la diversité des catégories d'individus justiciables, amène à réinterroger le concept de *demos*. La question du peuple est partie prenante à la « culture constitutionnelle » française, mais elle reste généralement, pour le juriste, un objet difficilement saisissable¹⁰⁰⁹. La concrétisation juridique de l'usage contemporain du concept d'universalité se voit dépolitisée en ce qu'elle a conduit à une « dénationalisation » de la protection des droits fondamentaux. Telle est l'identité que se construit la démocratie des droits de l'homme. Sous ce prisme, l'individu démocratique n'est plus seulement envisagé sous la figure du citoyen, mais plus abstraitement comme un sujet de droit justiciable. Pour ce faire, il convient de revenir sur le concept de démocratie pour le confronter à l'évolution de ses usages. Selon une démarche essentialiste, le *demos* ne peut s'apprécier qu'en tant que communauté politique d'individus, reconnus comme souverains et exerçant leurs droits de citoyens afin de participer à la création des normes auxquelles ils sont soumis. À partir de là, « il paraît naturel de penser que ce que l'on a fait en voulant faire la “démocratie” est “la démocratie” »¹⁰¹⁰. Telle est la logique traditionnelle du principe d'auto-gouvernement démocratique par la participation politique. Selon une démarche constructiviste, en revanche, la démocratie se conçoit plutôt comme une expérience¹⁰¹¹, de sorte que la définition du *demos* est fatalement relative et contingente¹⁰¹². Cette posture implique alors que « le terme agit sur le concept et le concept à son tour sur le terme, et ces deux éléments régissent continuellement l'un sur l'autre »¹⁰¹³. Rien n'empêcherait, dès lors, de concevoir l'intégration des justiciables non citoyens comme partie prenante au peuple démocratique, si le concept de

¹⁰⁰⁸ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, p. 21.

¹⁰⁰⁹ MAGNON (X.), « La culture constitutionnelle du peuple. Une synthèse », *RFDC*, 2020, n° 123, p. 660.

¹⁰¹⁰ DENQUIN (J.-M.), « Que veut-on dire par “démocratie”. L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2, p. 14.

¹⁰¹¹ Voir, BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008, <http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html>.

¹⁰¹² Sur ce point, voir : VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, 2014, pp. 131-154.

¹⁰¹³ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Première partie), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, rééd. 2005, p. 221.

démocratie constitutionnelle qui est analysé s'impose comme condition d'une garantie des droits se voulant indifférente au statut politique de l'individu. Ainsi, aux deux questions fondamentales « par qui est constitué le *demos* ? » et « comment s'exerce le *Kratos* ? », correspondent des réponses nécessairement conjoncturelles. Pour répondre à ces questions, la proposition d'une redéfinition du *demos* (ou peuple) s'envisage en prenant en compte l'assimilation, d'inspiration libérale, entre démocratie et État de droit. La vision essentialiste, principalement basée sur une vision politique de la démocratie, et associant inconditionnellement le *demos* à la communauté des citoyens se voit alors relativisée et étendue, car elle se présente comme trop restrictive pour rendre compte de la diversité des visages du sujet démocratique. C'est en ce sens qu'est entendue une forme une dépolitisation. Ce postulat présente, par exemple, l'intérêt de poser une question concrète : « les étrangers font-ils partie du peuple ? Leur accorde-t-on les mêmes droits ? »¹⁰¹⁴ Là se dévoile la différence de méthode, « la première impliquant une illimitation du pouvoir, pour autant qu'il est celui du *demos*, la seconde au contraire une limitation du pouvoir, dont la légitimité est conditionnée par le respect de droits fondamentaux »¹⁰¹⁵. La séparation entre les droits de l'homme et du citoyen initiée par la Déclaration de 1789 montre bien la volonté originale de scinder le peuple pour l'élever en souverain privilégié¹⁰¹⁶. Or, le paradigme libéral, concrétisé juridiquement par les garanties conférées par l'État de droit, incite désormais à sortir de la vision traditionnelle républicaine d'un « *demos* consensuel »¹⁰¹⁷, pour inclure, dans le concept de peuple, tout sujet de droits fondamentaux identifié comme tel par l'ordre juridique et habilité, en tant que tel, à contester ces droits de manière à contribuer à la correction ou la création des normes édictées par les organes de l'État auxquelles il est soumis. Pour parvenir à cette fin, il est tout d'abord nécessaire d'adopter une conception ouverte du peuple démocratique (section 1), permettant, ensuite, d'isoler la particularité du statut de citoyen au sein d'un ensemble plus hétérogène de sujets de droit. Concomitamment, le citoyen demeure un justiciable, mais il l'est au sein d'un ensemble plus large et diversifié d'individus composant le corps social. La spécificité de son statut réside principalement dans les droits politiques, dont il dispose en tant que membre de la communauté souveraine. Sortant de ce cadre, il est un abstraitement un sujet de droit, potentiellement au

¹⁰¹⁴ ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, p. 428.

¹⁰¹⁵ COLLIOT-THELENE (C.), « Démocratie, communauté et individualisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 43.

¹⁰¹⁶ DUBOIS (J.-P.), « Citoyenneté, citoyennetés », in GONOD (P.), DUBOIS (J.-P.) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Journée d'études du 23 mai 2002, Faculté Jean-Monnet (Université Paris-sud - Paris XI), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires - Actes, 2003, p. 50.

¹⁰¹⁷ OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016, p. 486.

même titre qu'un non-citoyen. Considérant, ensuite, la communauté des citoyens comme incluse dans le peuple, celle-ci est, bien évidemment, marquée par l'empreinte des droits fondamentaux. Si le principe d'universalité des droits se veut, aujourd'hui, de plus en plus indifférent au critère de nationalité, il contribue en même temps à garantir l'exercice de la citoyenneté. Cette perspective ne peut être ignorée ; les droits politiques ne sont pas un îlot isolé *stricto sensu* au sein des autres droits. S'il est possible de constater une dépolitisation par le droit, celle-ci ne peut cependant qu'être limitée, en raison de l'impossible déliaison entre citoyenneté et droits fondamentaux (section 2).

SECTION 1. UNE CONCEPTION OUVERTE DU PEUPLE DEMOCRATIQUE

126. « Ici on s'honore du titre de citoyen »¹⁰¹⁸. Cette phrase de CHATEAUBRIAND est significative et illustre parfaitement une idéologie révolutionnaire tentant de faire du statut du citoyen le fondement légitime du pouvoir souverain. En tant que tel, ce statut se singularise par sa nécessité et sa posture privilégiée. L'immanence du principe démocratique d'autogouvernement se retrouve notamment aujourd'hui dans la formule incantatoire de l'article 2 de la Constitution, selon lequel « la démocratie est le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple ». Si cet énoncé traduit le fondement politique et idéologique de la démocratie, il laisse néanmoins un certain nombre de zones d'ombres quant à son applicabilité sur le plan strictement juridique. Premièrement, l'assimilation entre « peuple » et « citoyen » est imprécise. Elle justifie l'opportunité de délimiter le champ de la citoyenneté. Comme l'a par exemple exposé Alf ROSS, le peuple s'incarne comme un principe performatif pour fonder le pouvoir démocratique¹⁰¹⁹. Or, seul le citoyen est habilité, en tant que tel, à participer à la décision politique ou, autrement dit, à exercer des droits politiques afin de concourir à la formation de la volonté générale¹⁰²⁰. Il en ressort que la catégorie de citoyen fait partie de celle de peuple, mais celle de peuple demeure plus large en ce qu'elle comprend également les individus non citoyens. Ce postulat permet alors de mettre en évidence la non-exclusivité du citoyen au sein du *demos* (§1). Sur le plan de l'effectivité, néanmoins, seuls les citoyens concourent réellement à la concrétisation du principe d'autolégislation par les droits politiques qu'ils sont habilités à exercer. Masi alors, la délimitation du champ de la communauté nationale demeure confuse (§2). D'une part, d'un point de vue interne, les citoyens ne sont eux-mêmes qu'une partie de la communauté nationale et, d'autre part, d'un point de vue externe, l'euphémisation de la souveraineté est venue rajouter son lot d'incertitudes quant à l'identification des individus autorisés à participer à l'expression du pouvoir souverain. Ajouté à cela, la charge idéologique accompagnant la citoyenneté a contribué à l'ériger en « totem flou »¹⁰²¹. Cette confusion se manifeste par son « implication sociale »¹⁰²², contribuant à engendrer l'émergence d'une pluralité de slogans. Ainsi, le citoyen est nommé « citoyen post-national », « citoyen

¹⁰¹⁸ CHATEAUBRIAND (F.-R. de), *Mémoires d'outre-tombe*, tome II, Paris, éd. Garnier frères, 1898, p. 238.

¹⁰¹⁹ « La démocratie veut dire le régime du peuple. Seulement, d'une part, le rôle que le peuple y joue, peut-être plus ou moins grand (l'intensité); d'autre part, il peut être plus ou moins réel (l'efficacité et l'extension) ». ROSS (A.), « Qu'est-ce que la démocratie ? », RDP, 1950, n° 60, p. 37.

¹⁰²⁰ Art. 6, DDHC 1789.

¹⁰²¹ DUBOIS (J.-P.), « Citoyenneté, citoyennetés », *op. cit.*, p. 49.

¹⁰²² ROSANVALLON (P.), *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio Histoire, 1992, p. 91.

consommateur », « citoyen lanceur d'alerte », « éco-citoyen », « citoyen responsable », etc.¹⁰²³
Afin de la ramener à sa réalité juridique, la citoyenneté doit donc être isolée pour être précisément définie. C'est pourquoi une définition réduite aux droits politiques sert à délester ce « totem » des éléments troublants sa définition, pour la ramener à son identité première.

¹⁰²³ Voir à ce propos, CONSTANT (F.), *La citoyenneté*, Paris, Monchrestien, 2^e éd., 2000, p. 13.

§ 1. La non-exclusivité du citoyen au sein du *demos*

127. « Le mot peuple signifie nécessairement ou trop ou trop peu [...] C'est un mot qui se prête à tout »¹⁰²⁴. La recherche de l'identification du peuple gravite autour de deux enjeux cruciaux : elle permet de chercher l'essence de la démocratie et sa justification. Ce caractère *a priori* sibyllin réside principalement dans le fait que ledit concept est aisément et simultanément mobilisable à la fois sur le plan sociologique, politique et juridique. Décisif dans son acception politique, en tant que principe de légitimité du pouvoir, il peut être réduit en termes juridiques à un « artefact du droit », car son identité est relativement déterminée par l'ordre juridique¹⁰²⁵. Aux termes de la Constitution, il est le détenteur de la souveraineté nationale¹⁰²⁶ et est mentionné à dessein de fonder la forme démocratique et républicaine du gouvernement « du peuple, par le peuple, pour le peuple »¹⁰²⁷. La généralité de ces principes n'informe cependant pas clairement sur l'identité du peuple ou, autrement dit, quelles sont les catégories d'individus concernées par le concept. Tout réside alors dans l'interprétation qui en est donnée. À ce titre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu présenter une alternative : tout le peuple ne gouverne pas, mais ceux qui gouvernent représentent le peuple. Si ce dernier ne bénéficie pas d'une signification figée, donc, il permet d'appréhender le *demos* de la démocratie au-delà du prisme trop restrictif de la citoyenneté. Pour ce faire, ce relativisme appelle à revenir, dans un premier temps, sur les contraintes méthodologiques entourant la définition du peuple (A) pour, dans un second temps, se concentrer sur la signification du peuple, selon le droit positif, en laissant apparaître une définition immanquablement hétérogène et contingente (B).

A. Un relativisme inhérent aux contraintes méthodologiques relatives à la définition du peuple

128. La démarche consistant à dégager une définition du peuple demande principalement de se confronter à une tension. D'un côté, le droit positif semble laisser appréhender le peuple comme une unité et, de l'autre côté, le prisme sociologique ou politique amène de manière

¹⁰²⁴ MIRABEAU, Discours du 16 juin 1789, in *Réimpression de l'ancien Moniteur*, t. 1, p. 81, cité in ROSANVALLON (P.), *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 2010, p. 41.

¹⁰²⁵ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, B.

¹⁰²⁶ Art. 3, Const. 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

¹⁰²⁷ Art. 2, Const. 1958.

récurrente au problème de la conciliation entre les intérêts variés des individus composant la communauté politique et les intérêts propres à cette communauté. Il est un sujet polémique, car il fonde l'autorité légitime du souverain. À cela se greffe un autre problème, dès lors que la démocratie est étudiée selon présupposés du libéralisme. Il s'agit, en effet, de rendre compatibles à la fois le principe d'autolégislation et celui de non-ingérence de la puissance publique dans la sphère privée des droits de l'individu. Faire état de cette complexité s'avère donc être un préalable nécessaire pour réduire le peuple à une définition juridique et systématique. Aussi s'agit-il de présenter, premièrement, le peuple comme objet de connaissance transdisciplinaire (1) pour développer, secondement, le paradoxe de la démocratie moderne, inhérent au compromis démo-libéral (2).

1. Un objet transdisciplinaire

129. Polémiques et polysémie. L'appréhension du concept de peuple en démocratie est aussi immanquable que délicate. Le principe tombe sous l'évidence ; si la démocratie est littéralement l'exercice du pouvoir autonome du peuple envers lui-même, il est nécessaire de prendre conscience que le concept de peuple a plusieurs usages. Sa définition est toujours stipulée. Tel que le faisait déjà remarquer Louis de JAUCOURT dans *L'Encyclopédie*, la démarche est vouée au constructivisme : « peuple » est un « nom collectif difficile à définir, parce qu'on s'en forme des idées différentes dans les divers lieux, dans les divers temps, et selon la nature des gouvernements »¹⁰²⁸. L'implication du concept de peuple est telle que chaque discipline, par sa méthode, y voit un objet de connaissance particulier¹⁰²⁹. Il englobe alors vaguement l'évolution d'un ensemble de comportements individuels ou collectifs et leurs influences sur les rapports sociaux, ou culturels, d'une société politique en fonction de différents régimes politiques¹⁰³⁰. S'il est présupposé qu'il est l'essence et la justification de la démocratie, la

¹⁰²⁸ JAUCOURT (L. DE), « Peuple », in *L'Encyclopédie*, 1^{re} éd., 1751, t. 12, pp. 457-477. Voir également, LECA (J.), « Peuple », in DUHAMEL (O.), MENY (Y.) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 751.

¹⁰²⁹ Comme l'explique le professeur MAGNON, il s'agit là d'un problème épistémologique majeur, qui conditionne l'objet à connaître. « Plus précisément, sans doute, dans l'appréhension de l'objet [...] par les juristes, il est certes question de représentation, mais de la représentation par les juristes de ce qu'est la culture constitutionnelle du peuple, non pas de la représentation par le peuple de la Constitution. Sans doute avons-nous là l'objet tel qu'il peut être saisi par les juristes : une représentation savante, élaborée sans données empiriques observées, de la culture constitutionnelle du peuple. L'objet factuel est ainsi abordé, non pas, en lui-même, à partir de ce qu'il est grâce à des données empiriques observables, mais de la représentation qu'il est possible d'en avoir, à partir de l'ensemble des connaissances savantes du juriste, en l'occurrence, pour le sujet abordé aujourd'hui, celles des juristes constitutionnalistes. Les connaissances savantes d'une discipline façonnent l'objet, tout en se tenant éloignées de ce qu'il est, effectivement, dans la pratique ». MAGNON (X.), « La culture constitutionnelle du peuple. Une synthèse », *op. cit.*, p. 661.

¹⁰³⁰ CONSTANT (F.), *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 15.

symbolique du peuple est quant à elle mue par des contraintes conjoncturelles. Pour le politiste, le sociologue ou l'historien, il s'incarne en objet transcendant. Il oscille, depuis la Révolution de 1789, entre polémique et polysémie. Il renvoie à l'image d'un mythe¹⁰³¹, et impose, selon ces caractéristiques, au minimum deux niveaux de pensée. Premièrement, une « pensée suspecte », selon laquelle « le peuple serait un alibi pour colmater tant bien que mal les fissures d'une politique incertaine ». Secondement, selon une « pensée faible », il serait « une tournure maladroite, pré-scientifique, de la pensée sociale moderne »¹⁰³². Ce relativisme, difficile à cerner, prend en réalité sa source dans l'étymologie. Si *demos* signifie *lato sensu* « peuple », il se révèle autant sur le plan politique, sociologique ou symbolique. C'est par ailleurs de cette manière qu'il peut exclusivement cerner le corps des citoyens ou s'étendre plus largement aux individus d'une communauté indépendamment de leur statut politique¹⁰³³. Synthétiquement, il peut être réduit à trois acceptions. Au sens politique, il est un ensemble plus ou moins important (éventuellement majoritaire) de citoyens réunis en une communauté politique qui exprime la volonté de la nation souveraine. Tel est là l'héritage de la conception classique antique du peuple en tant qu'ensemble des citoyens membres de la Cité. Au sens sociologique, il est une multitude, une masse polymorphe et constamment mouvante. Au sens de masse, il se rapproche cette fois-ci du latin *populus*. Au sens juridique *stricto sensu*, enfin, il est réifié en une unité décrite par le droit¹⁰³⁴.

130. Une représentation abstraite du collectif. L'abstraction du concept de peuple se retrouve dans son lien fondamental avec la démocratie pour construire l'autonomie politique de la communauté. C'est par le recours aux fictions, notamment avec l'avènement de la démocratie représentative, que le peuple prend corps sous l'aspect de la « volonté générale » exprimée par la nation¹⁰³⁵. « Le peuple souverain se donne une fois pour toutes une constitution,

¹⁰³¹ PESSIN (A.), *Le Mythe du peuple et la société française du XIXe siècle*, Paris, PUF, coll. Sociologie d'aujourd'hui, 1992, p. 264. C'est précisément la transcendance interdisciplinaire de l'objet peuple qui pousse l'auteur à la qualification de mythe. Sa pérennité symbolique et sa portée performative seraient, en effet, l'essence même de ce caractère mythique. « *La pensée du peuple, c'est le mythe à la rescousse de l'histoire. Le mythe, c'est-à-dire le temps réversible, à la rescousse du temps irréversible, fléché, du progrès. Le peuple, c'est cette réserve, non pas sociologiquement située, mais cette réserve en nous de "temps primordial", de non-histoire, qui ménage des retours et peut fonder une vérité de l'histoire.* »

¹⁰³² *Ibid.*, p. 11.

¹⁰³³ Voir à ce propos, WERLINGS (M.-J.), « Le dèmos avant la démocratie : quelques repères historiques », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, op. cit., pp. 31-32.

¹⁰³⁴ Il s'agit, par exemple, de la réduction proposée par le Professeur DENQUIN. Voir, DENQUIN (J.-M.), « Démocratie », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Quadrige-PUF, 2008, p. 264.

¹⁰³⁵ Art. 3 et 6, DDHC 1789.

mettant ainsi en place le système de la représentation. Une fois ce système mis en place, il n'est plus le même peuple, mais un peuple institutionnalisé, une catégorie juridique »¹⁰³⁶. Par ce genre d'artifice, issu de la théorie du mandat représentatif, le pouvoir du peuple au nom peuple trouve une justification particulière. « La démocratie ne fait qu'augmenter la complexité de l'appréhension du mot peuple, car le Souverain est un corps collectif dont l'appréhension nécessite déjà en lui-même la médiation d'une fiction majoritaire »¹⁰³⁷. L'action réificatrice de l'idée de corps souverain permet, en effet, de contourner le problème de l'insaisissabilité du peuple sociologique ; elle est dès lors résolue par l'unification du peuple sous l'identité de la nation souveraine. Ainsi, le peuple juridique « perdure identique à lui-même au travers de la succession des générations », de sorte que « le souverain véritable se tient au-delà du présent »¹⁰³⁸. Ce processus se perçoit, notamment, avec l'avènement du suffrage universel, par lequel le peuple « perd toute densité corporelle et devient positivement nombre, c'est-à-dire force composée d'égaux, d'individualités purement équivalentes sous le règne de la loi »¹⁰³⁹. Le mandat dévoile ainsi son caractère collectif, en ce que la souveraineté ne s'exprime pas individuellement, mais par une autorité reconnue dans l'Assemblée législative. « Aussi, lorsqu'on dit, comme on le fait parfois, que le député est représentant, ce mot revêt un autre sens : il signifie en raccourci que le député est membre d'une Assemblée qui a elle-même la qualité de représentant »¹⁰⁴⁰. Par ce biais, la cohérence du corps est assurée.

2. Le problème du compromis démo-libéral

131. Un référentiel de légitimité. En tant que principe de légitimité, le peuple est une garantie de la stabilité du concept de démocratie. Mais à l'inverse, la démocratie est également ce qui permet de donner consistance au peuple. Le rapport entre ces deux est aussi ambiguë que fondamental¹⁰⁴¹. « Ensemble collectif indifférencié, un peuple n'acquiert de consistance

¹⁰³⁶ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *Droits*, 2000, n° 30, p. 53.

¹⁰³⁷ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 298.

¹⁰³⁸ GAUCHET (M.), *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1995, p. 44.

¹⁰³⁹ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, *op. cit.*, p. 18. L'auteur décrit ainsi la proclamation du suffrage universel comme « l'avènement d'un ordre sériel », désubstantialisant le peuple sociologique, ou autrement dit, l'ensemble des individus composant la société « concrète ».

¹⁰⁴⁰ TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso, 34^e éd., 2013, p. 155.

¹⁰⁴¹ « L'unicité du peuple et son identité ne doivent jamais être contestées sauf à faire perdre au concept toute utilité opératoire : si "la démocratie est le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple", toute déconstruction du "peuple" détruit la portée empirique (faible) et idéologique (considérable) de la définition ». LECA (J.), « Peuple », *op. cit.*, p. 751.

qu'en relation avec un problème que sa référence est censée résoudre »¹⁰⁴². Assurer la constance du gouvernement par le peuple nécessite alors de proclamer, dans le peuple réuni en nation, l'essence de la souveraineté comme présupposé indiscutable¹⁰⁴³. L'exercice de cette souveraineté peut, ensuite, être aménagé selon un principe de délégation de cette autorité sous la forme d'un mandat. Le socle théorique de cette construction repose sur l'affirmation selon laquelle seul le peuple, quelle que soit sa forme, demeure la source et la fin de tout pouvoir ; cette proposition étant considérée comme une condition nécessaire à la démocratie¹⁰⁴⁴. Cependant, l'avènement de la démocratie libérale vient mettre à l'épreuve cette logique, car le compromis appelle à prendre en compte le peuple à la fois comme ensemble d'individualités (sous la forme de sujets de droits subjectifs), et le peuple en tant que corps, matérialisé en communauté politique. Comme le démontre le professeur BEAUD, la « légitimation démo-libérale » est précisément la combinaison entre « l'État des sujets » et « l'État des citoyens »¹⁰⁴⁵. C'est par ailleurs ce qui conduit la professeure COLLIOT-THELENE à suggérer que « le fonctionnement des démocraties libérales a peu de choses à voir avec un gouvernement du peuple, ni même avec l'autolégislation », car il est majoritairement orienté vers le contrôle de non-ingérence de l'État dans la sphère privée des individus¹⁰⁴⁶.

132. Le recours aux fictions. Cette difficulté est également mise en avant par un pan de la science politique, afin d'analyser la crise de la démocratie par l'abstraction excessive procurée par la vision communautaire du peuple. Cette idée se retrouve autant sous l'angle politique, que sur le plan strictement juridique. « Le recours positif à la fiction devient en outre singulièrement problématique en son sein, car s'accroît toujours la tension entre l'utilité juridique de celle-ci et son artificialité sociologique »¹⁰⁴⁷. Les exemples de cette artificialité sont apparus avec la démocratie. Par le biais d'énoncés performatifs, est créée une nation pour donner forme au corps souverain, ou encore une loi comme « expression de la volonté générale », laquelle découle principalement du compromis majoritaire¹⁰⁴⁸. « Ainsi, de même que l'on pense

¹⁰⁴² LECA (J.), « Peuple », *op. cit.*, p. 751.

¹⁰⁴³ TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁴⁴ DENQUIN (J.-M.), « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, t. 1, 2012, p. 40.

¹⁰⁴⁵ « Ainsi l'État moderne combine "État des sujets" et "État des citoyens" qui illustre la dualité interne au principe de souveraineté : elle incarne à la fois la puissance publique et se légitime par son détenteur théorique (le peuple) par une "légitimation démo-libérale" ». BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁴⁶ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, pp. 157-158.

¹⁰⁴⁷ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁴⁸ Voir, art. 3 DDHC 1789 ; art. 3, Const. 1958.

implicitement le peuple comme un être réel, l'élection est regardée comme le moyen, pour ce même peuple, d'exprimer sa volonté tout aussi réelle, réputée fonder l'action des « gouvernants [...] au point de finir par se confondre avec elle »¹⁰⁴⁹. En réaction, il est par exemple prôné un retour de « l'homme situé »¹⁰⁵⁰, comme le fait Georges BURDEAU pour fonder sa théorie de la démocratie gouvernante¹⁰⁵¹, ou encore la réhabilitation du « peuple concret »¹⁰⁵². D'inspiration sociologique, cette méthode tend à dévoiler le conflit entre la singularité de l'individu en société et le peuple souverain tel qu'identifié par le droit constitutionnel. Cette tension demeure inévitable, car le peuple juridique ne peut correspondre fidèlement au peuple sociologique. Pour reprendre une réflexion de Alf ROSS, si la démocratie est le régime du peuple, alors ce dernier dispose d'un rôle, plus ou moins grand en termes d'intensité, et plus ou moins réel en termes d'efficacité et d'extension de l'influence qu'il exerce sur les décisions collectives¹⁰⁵³. Partant de là, cette intensité et cette influence dépendent de l'habilitation qui lui confère la Constitution. Il s'agit là, d'une vision du peuple. La difficulté de cerner le concept découle donc bel et bien du fait que le peuple *donné*, se distingue du peuple *construit*.

B. Une définition juridique contingente et hétérogène

133. L'argument de la discordance entre le peuple juridique et le peuple dit « concret », tel qu'avancé par la science politique et la sociologie, peut être mobilisé pour pointer la spécificité d'une définition juridique positive du peuple. Il s'agit, là encore, d'une question de méthode, qui renvoie classiquement à la dualité être/devoir être. Considérant alors qu'une définition sociologique ne peut pas inconditionnellement correspondre à la définition juridique du peuple, il est opportun de se concentrer sur cette dernière afin de voir quels maux la touchent. Une telle réduction, par principe relativiste, aboutit à ce que l'identité du peuple soit contingente. La question n'est donc pas de savoir quelles caractéristiques permettent d'identifier le peuple dans sa réalité sociologique, ou plus largement factuelle. Elle relève plutôt, sous l'angle juridique, d'identifier le concept cardinal de légitimité de la démocratie. Si, d'un

¹⁰⁴⁹ DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 21.

¹⁰⁵⁰ « *Le domaine de l'homme situé, c'est la société* ». BURDEAU (G.), *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 1973, t. VII, p. 45.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, spéc. pp. 212-222 et pp. 295-321.

¹⁰⁵² ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁵³ ROSS (A.), « Qu'est-ce que la démocratie ? », *op. cit.*, p. 36.

point de vue positiviste l'identité du peuple se résume à la qualification qu'en donne l'ordre juridique, et en premier chef la Constitution, alors l'identité de ce peuple ne peut véritablement prétendre à concorder avec une réalité sociologique. La définition juridique du peuple est, d'une part, contingente, en ce qu'elle est dépendante de ce qu'énoncent les normes constitutionnelles à un moment donné et, d'autre part, hétérogène, au sein même du droit positif, en ce que l'interprétation des normes constitutionnelles par le juge laisse apparaître plusieurs alternatives. Le concept de peuple n'est donc pas fermé ; rien n'empêche, alors, d'y inclure ou d'y exclure certains individus ou groupes d'individus. Un bref regard historique¹⁰⁵⁴ permet, dès lors, de constater que le peuple peut s'identifier autant *dans* que *hors* de la citoyenneté (1). Afin d'en faire une définition systématique et positiviste, il apparaît alors que le principe d'unicité du peuple est aujourd'hui le référentiel le plus pertinent (2).

1. Le peuple *dans* et *hors* de la citoyenneté

134. Un peuple hétéronormé. Le présupposé selon lequel l'identité du peuple est conditionnellement déterminée par le droit permet d'esquisser deux propositions liminaires. Tout d'abord, elle n'est, sur le plan temporel, jamais figée. Ensuite, comme l'a montré le professeur TROPER, son interprétation est tributaire de contraintes argumentatives¹⁰⁵⁵. Il en découle que le peuple est hétéronormé. Plus exactement, si le peuple est ce que le droit énonce, alors le concept de peuple prend l'usage que le droit lui donne. La définition juridique du peuple est donc obligatoirement contingente¹⁰⁵⁶. L'idée n'est pas neuve et se retrouve de manière significative dans les théories allemandes, à l'instar de JELLINEK, considérant que l'existence du peuple résulte d'un acte de reconnaissance de l'État. Au regard de ces caractéristiques, le concept de peuple est, en effet, plus ou moins inclusif et bénéficie d'un sens plus ou moins large¹⁰⁵⁷. Il prend généralement deux usages généraux en englobant, soit un ensemble de

¹⁰⁵⁴ Sur ce point, voir, par exemple : CHIANEA (G.), CHABOT (J.-L.) (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel. 1848-1948-1998*, Actes du colloque de Grenoble, avril 1998, L'Harmattan, coll. Sciences Politiques, 2000, 398 p. ; BEN ACHOUR (R.), GICQUEL (J.), MILACIC (S.) (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 304 p.

¹⁰⁵⁵ Voir à ce propos, TROPER (M.), *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, coll. Histoire des constitutions de la France, 2006, spéc. pp. 14-16 et pp. 147-160.

¹⁰⁵⁶ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. les Introuvables, rééd. 2005, p. 38 et 60.

¹⁰⁵⁷ Concernant la Constitution de 1791, voir par exemple l'analyse proposée par Pierre ROSANVALLON. ROSANVALLON (P.), *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, op. cit., p. 93.

catégories d'individus comme les citoyens, les mineurs, les incapables, etc., soit il se restreint strictement aux seuls citoyens.

135. Perspective historique du peuple « construit ». Un bref regard vers l'histoire constitutionnelle permet d'en attester¹⁰⁵⁸. C'est de cette manière que, par exemple, il a pu exister des sous-catégories du peuple, par le biais de la citoyenneté, entre peuple actif ou peuple passif, sous conditions de cens, telles qu'énoncées par la Constitution de 1791¹⁰⁵⁹. La Constitution montagnarde de 1793 proclame, quant à elle, dans son article 7 que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ». L'idée de peuple bénéficie d'un autre sens, et distingue au sein du peuple seulement les citoyens admis à exercer des droits politiques et ceux qui n'en ont pas le droit¹⁰⁶⁰. La Constitution du 5 fructidor an III reviendra, en revanche, à son tour, au système de 1791¹⁰⁶¹. Ces exemples montrent bien le caractère contingent de la définition juridique positive du peuple, et c'est en cela que celle-ci peut s'avérer immanquablement lacunaire¹⁰⁶². L'identité du peuple est déterminée par la concrétisation juridique d'un choix et d'une décision politique¹⁰⁶³. Autrement dit, « le peuple pas plus que la nation n'est donc une réalité naturelle. C'est une catégorie juridique produite par une décision du constituant »¹⁰⁶⁴.

2. La réduction au principe d'unicité du peuple français

136. Une lecture positiviste de la Constitution. Si, aujourd'hui, la Constitution de 1958 définit son principe démocratique par le « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple »¹⁰⁶⁵, ce dernier étant titulaire de la souveraineté nationale¹⁰⁶⁶, cette prétention à l'universalité ne rend pas plus évident le sens donné au concept de peuple par le pouvoir

¹⁰⁵⁸ Voir, par exemple : ALVAZZI DEL FRATE (P.), « La « grande acculturation constitutionnelle » : Constitution et Peuple à l'époque révolutionnaire », *RFDC*, 2020, n° 123, pp. 597-606.

¹⁰⁵⁹ Const. 1791, Titre III, chap. I, sect. II, art. 2.

¹⁰⁶⁰ TROPER (M.), *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁰⁶¹ Art. 8, Const. 1795. Voir à ce propos, TROPER (M.), *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, p. 147 ; DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel* (1923), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, p. 141.

¹⁰⁶² En ce sens, nous renvoyons à l'analyse historique proposée par le Professeur DAUGERON dans sa thèse. Voir, DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, pp. 22-31.

¹⁰⁶³ COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, p. 250.

¹⁰⁶⁴ TROPER (M.), « La constitution de l'an III ou la continuité : la souveraineté populaire sous la Convention », in DUPUY (R.), MORABITO (M.) (dir.), *1795. Pour une République sans révolution*, Presses universitaires de Rennes, coll. Histoire, 1996, p. 183.

¹⁰⁶⁵ Const. 1958, art. 2.

¹⁰⁶⁶ Const. 1958, art. 3.

constituant. Essentiellement déclaratoire, « la formule a plus de sonorité que de sens »¹⁰⁶⁷. L'interprétation du Conseil constitutionnel permet, néanmoins, d'en dégager un sens conventionnellement admis, « officiel », lequel est rassemblé sous le principe constitutionnel d'unicité du peuple français. La construction dudit principe part d'un raisonnement négatif, excluant toute possibilité d'un fractionnement du peuple eu égard le principe d'indivisibilité du peuple français¹⁰⁶⁸. C'est notamment ce qui permet à la Haute juridiction de nier l'existence d'un peuple « local » au sein des collectivités territoriales, qui ne compte ainsi que des administrés¹⁰⁶⁹, de sorte que le peuple ne puisse être détachable de la nation tout entière. Mais, selon une suite logique, il a donc été nécessaire de qualifier la contradiction apparente qu'il existe entre l'énoncé des articles 3 et 24¹⁰⁷⁰ de la Constitution. La solution proposée se rapproche de celle de la Constitution de 1791, énonçant que « les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation tout entière »¹⁰⁷¹. De cette façon, était proclamée la primauté du principe d'indivisibilité de la souveraineté. Dans une décision de 1992, le Conseil a tenté de résoudre cet élément d'asystémie en précisant que les sénateurs « participent à l'exercice de la souveraineté nationale »¹⁰⁷², pour conclure ensuite que ces derniers sont les représentants des collectivités, mais aussi, et avant tout, ceux de la nation. Selon ses termes, « si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection »¹⁰⁷³.

137. La persistance de paradoxes. À ce propos, l'argumentation du Conseil demeure quelque peu laconique quant à sa façon de concevoir la représentation¹⁰⁷⁴. Reprenant le même

¹⁰⁶⁷ CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Paris, Seuil, coll. Essais, 14^e éd., 2017, p. 52.

¹⁰⁶⁸ Cons. const., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, cons. 6. C'est à ce sujet que le juge constitutionnel rappelle que sont seuls représentants du souverain ceux qui ont été élus « dans le cadre des institutions de la République ».

¹⁰⁶⁹ Voir à ce propos, CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, op. cit., p. 53.

¹⁰⁷⁰ Const. 1958, art. 24 : « Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République ».

¹⁰⁷¹ Const. 1791, chap. I, sect. III, art. 7. Voir également dans ce sens, MATHIEU (B.), *Le droit contre la démocratie*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Forum, 2017, p. 86.

¹⁰⁷² Cons. const., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 26.

¹⁰⁷³ Cons. const., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 9. Voir, AUBIN (E.), « Le Conseil constitutionnel face au concept de citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », *LPA*, 1999, n° s.n., pp. 16-23. Le principe est toujours utilisé par le Conseil comme considérant de principe (voir par exemple, Cons. const., n° 2014-407 QPC, 18 juillet 2014, *MM. Jean-Louis M. et Jacques B. [seconde fraction de l'aide aux partis et groupements politiques]*, cons. 19).

¹⁰⁷⁴ Voir, BRUNET (P.), « Le concept de République dans le droit public français », in KRULIC (B.) (dir.), *La République : valeurs et représentations*, Québec, Presses de l'université de Laval, 2009, pp. 99-132.

principe qu'en 1791, le Conseil se base sur une conception différente de la souveraineté, pour en arriver à la même conclusion ; ce qui montre, au passage, l'artificialité de l'opposition entre souveraineté nationale et populaire¹⁰⁷⁵. Toujours est-il que la constitutionnalisation du principe d'unicité du peuple français en 1991¹⁰⁷⁶, par le refus de reconnaissance d'un « peuple corse », résout la question de l'indivisibilité de la souveraineté, mais n'éclaire pas véritablement celle du peuple. L'assimilation effectuée entre les articles 3 et 24 ne dévoile hélas en rien la différence entre un représentant du peuple et un représentant de la « nation tout entière »¹⁰⁷⁷. Si les représentants à l'Assemblée nationale ou au Sénat représentent, au regard d'un découpage électoral sur des bases démographiques, non pas les seuls électeurs, mais un ensemble d'individus plus large (mineurs, incapables, étrangers en situation régulière par exemple)¹⁰⁷⁸, reste à savoir si le « peuple » souverain, tel que fondé sur l'article 3, est le même. Autrement dit, la question qui se pose est de savoir s'il existe deux représentations, s'il s'agit d'une même représentation regroupant les deux vocables ou si ces deux sont distinctes, mais superposées.

138. En résumé, le droit positif n'énonce pas de définition, ou plus précisément uniforme, du peuple. La double interprétation du Conseil constitutionnel laisse, quoiqu'il en soit, l'éventualité d'une définition suffisamment large n'incluant pas exclusivement les citoyens. Un problème supplémentaire subsiste néanmoins, dès lors que le concept de peuple est associé à celui de la souveraineté.

¹⁰⁷⁵ « En croyant se fonder sur la conception originelle de la représentation telle que fixée dans la Constitution de 1791, réputée avoir introduit la "souveraineté nationale" opposée à la souveraineté dite "populaire", théorie dont il est à peine besoin de souligner désormais l'artificialité, cette sentence au mieux bancal au pire naïve introduit en réalité une autre conception de la représentation ». DAUGERON (B.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus politicum*, 2018, n° 21, p. 9.

¹⁰⁷⁶ Cons. Const., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 11 ; Cons. const., n° 99-412 DC, *Carte européenne des langues régionales ou minoritaires*, cons. 5. La question ayant été largement discutée par la doctrine, nous renvoyons à la synthèse opérée par le Professeur VERPEAUX. VERPEAUX (M.), « L'unité et la diversité dans la République », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2014, n° 42. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique>.

¹⁰⁷⁷ Cons. const., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *traité sur l'Union européenne, « Maastricht I »*, cons. 20 à 26 ; Cons. const., n° 2007-547 DC, 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, cons. 10. Sur cette question, voir : DAUGERON (B.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *op. cit.*

¹⁰⁷⁸ CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *op. cit.*, spéc. p. 54 et 153.

§ 2. La délimitation confuse du champ de la communauté des citoyens

139. La question du peuple souverain permet d'identifier des individus comme source et fin du droit. De là la citoyenneté apparaît comme un statut conféré par l'ordre juridique et octroyant un certain nombre de droits et devoirs à une catégorie de sujets de droit déterminée. Il s'agit là d'une vision normative montrant ce que *doit être* le citoyen¹⁰⁷⁹. De cette manière, le problème de l'identification du peuple se répercute sur celui de l'identification du souverain¹⁰⁸⁰. L'idée du gouvernement du peuple renvoie à l'exercice de la volonté de celui-ci, matérialisée sous le concept de souveraineté. C'est de cette manière qu'est reconnu le peuple par le droit. Il est néanmoins nécessaire d'opérer plusieurs précisions quant à ce que représente la communauté des individus identifiés comme citoyens-souverains. « La communauté politique du citoyen est l'entité dans laquelle une citoyenneté, définie par les droits politiques de vote et d'éligibilité octroyés à certains individus qualifiés dès lors de citoyens, s'exerce »¹⁰⁸¹. Si la citoyenneté était originellement entendue, par la DDHC de 1789, comme la détention de garanties égales devant la loi, elle a été, ensuite, recentrée autour du droit de suffrage pour conserver sa singularité. L'égalité des citoyens est alors entendue comme égalité des citoyens dans leurs droits politiques de vote et d'éligibilité¹⁰⁸². De ce fait, le caractère politique de la citoyenneté est ce qui fait sa spécificité par rapport aux autres sujets de droit identifiés par l'ordre juridique. Elle prend appui sur une prééminence historique de l'élection en tant qu'acte de « fondation du pouvoir »¹⁰⁸³ et de « justification d'une suprématie politique » ayant contribué à construire la rhétorique de la légitimité du système représentatif. « Légitimité, légitimité politique et légitimité électorale ne sont même censées faire qu'un et, dans une sorte de pléonasme, traduire une réalité tangible du droit constitutionnel : celle d'une volonté souveraine qui se dessinerait dans l'élection et dont pourraient se revendiquer les élus »¹⁰⁸⁴. Les droits politiques sont alors le critère apparent et exclusif permettant de qualifier de manière systématique la citoyenneté. De la sorte, la citoyenneté s'entend comme « la jouissance et l'exercice des droits de vote et d'éligibilité exercés lors d'élections politiques dans le cadre d'une

¹⁰⁷⁹ DENQUIN (J.-M.), « Citoyenneté », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, 2003, p. 198.

¹⁰⁸⁰ DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁸¹ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, p. 419.

¹⁰⁸² COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁸³ DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, pp. 923-924.

communauté politique »¹⁰⁸⁵. Cette réflexion est l'occasion, tout d'abord, de constater les insuffisances du concept de souveraineté (A), pour ensuite prendre les droits politiques pour critère systématique de la citoyenneté (B).

A. Les insuffisances relatives au concept de souveraineté

140. Peuple et souveraineté sont deux concepts construits par le droit. Or, leur assimilation demeure parfois justifiée selon certaines approximations. Depuis la Révolution de 1789, elle pose, en effet, la question des catégories d'individus composant le peuple et étant habilités à participer à la volonté souveraine. La condition de citoyenneté incarne, par principe, l'habilitation au vote des représentants. Mais elle ne permet pas d'englober tous les individus que compose le peuple. Là résident les paradoxes historiques de l'assimilation entre peuple et souverain (1), résultant du compromis instauré par le régime représentatif et qui se retrouve dans la formule de l'article 3 de la Constitution de 1958¹⁰⁸⁶. Le peuple réuni en nation est souverain, mais les citoyens participants à l'expression de sa volonté ne sont qu'une fraction de ce peuple. Ainsi s'organise l'assise constitutionnelle de la communauté politique. Néanmoins, l'apparition de la citoyenneté européenne, avec le Traité de Maastricht en 1992, est venue rompre ce lien d'exclusivité en permettant à un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne d'élire un représentant de la nation française. La relativisation du privilège citoyen est ainsi juridiquement proclamée (2). Si ce nouveau principe est le résultat d'une révision de la Constitution, et donc par extension de la volonté du souverain. Il implique que le prisme du peuple national souverain est désormais insuffisant. Il résulte, de surcroît, que la conception de la communauté politique, jusqu'alors fermée aux seuls nationaux, s'en trouve élargie.

1. Les paradoxes historiques propres à l'assimilation entre peuple et souverain

141. Exclusions et inclusions. En formant le lien entre la communauté politique et l'individu, la notion de citoyenneté pose « la question essentielle de l'appartenance, de

¹⁰⁸⁵ Nous renvoyons ici à la définition proposée par M. MICHON-TRAVERSAC dans sa thèse. Voir, MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 601.

¹⁰⁸⁶ « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

l'exclusion et de l'inclusion »¹⁰⁸⁷. Cette caractéristique y est attachée depuis sa création à la période antique. C'est principalement en Grèce, entre VI^e et le IV^e siècle avant notre ère, que la citoyenneté naît en présence d'une conception relativement fermée de la communauté politique. L'accession au statut de citoyen se fait, par exemple, par filiation et en fonction de la capacité des individus à exercer une magistrature¹⁰⁸⁸. Sont donc notamment exclus les esclaves, les métèques, les femmes, les mineurs, ou les personnes âgées¹⁰⁸⁹. Quoiqu'il en soit, la citoyenneté demeure un « statut juridique différentiel »¹⁰⁹⁰, dont le renouvellement connu par la suite deux autres grandes étapes. La première s'opère sous l'Ancien régime, au XVI^e siècle, avec Jean BODIN et la proclamation du citoyen en tant que sujet du Roi¹⁰⁹¹. La pensée des Lumières marque, ensuite, une nouvelle façon de concevoir le lien entre souveraineté et citoyen en combinant la conception antique et l'héritage de BODIN. Le point commun, par exemple, entre HOBBS, LOCKE et ROUSSEAU, est que cette citoyenneté évoque à la fois une mutation, car elle marque l'accès à la civilité, la sortie de l'état de nature pour l'individu, et le point de départ d'une organisation du pouvoir dont le citoyen devient la source légitime de toute souveraineté¹⁰⁹². C'est selon ce principe que la période révolutionnaire scelle le sort de la citoyenneté au sens moderne, en proclamant « l'État des citoyens »¹⁰⁹³, comme unique et légitime source de toute souveraineté, retranscrivant la synthèse construite par les Lumières d'individus « citoyens comme participants à l'autorité souveraine, et sujets comme soumis aux lois de l'État »¹⁰⁹⁴. Si l'acception révolutionnaire impose un nouveau cadre conceptuel, où désormais le statut ne crée pas le droit, mais, au contraire — telle est l'idée du jusnaturalisme proclamé par la Déclaration de 1789 —, les droits sont intrinsèquement liés à l'homme et au citoyen¹⁰⁹⁵. Néanmoins, au sens de sa relation avec la communauté politique, la citoyenneté

¹⁰⁸⁷ CONSTANT (F.), *La citoyenneté*, *op. cit.*, p. 15. Dans le même sens, voir : LAMOUREUX (D.), « La citoyenneté : de l'exclusion à l'inclusion », in COLAS (D.), EMERI (Cl.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, pp. 179-207.

¹⁰⁸⁸ Voir à ce propos, ARISTOTE, « Qu'est-ce que la Cité ? », in *La politique*, Livre II, chap. I. Sur ce point, voir également : MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. Champs/essais, 2014, spéc. pp. 19-61.

¹⁰⁸⁹ SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2000, pp. 26-28.

¹⁰⁹⁰ DENQUIN (J.-M.), « Citoyenneté », *op. cit.*, p. 198.

¹⁰⁹¹ BODIN (J.), *Les six livres de la République*, Livre I^{er}, chap. VI. Voir, sur ce point : BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.* spéc. pp. 36-197.

¹⁰⁹² Voir à ce propos, LAMOUREUX (D.), « La citoyenneté : de l'exclusion à l'inclusion », *op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁰⁹³ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁹⁴ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I^{er}, chap. VI. Sur ce point, voir également : CABANIS (A.), « Jean-Jacques Rousseau et la citoyenneté », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, Actes du colloque organisé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, les 27, 27 et 29 avril 2006, Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques, 4^{ème} assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 43-69.

¹⁰⁹⁵ DENQUIN (J.-M.), « Citoyenneté », *op. cit.*, p. 190.

reste gouvernée par la dualité entre exclusion et inclusion. D'une part, la citoyenneté n'est pas accordée à tout individu : elle l'est le cas échéant sous conditions. D'autre part, elle ne permet pas à tous les citoyens la participation à l'expression de la volonté souveraine. La citoyenneté est, en effet, toujours conditionnée. C'est pour cette raison qu'elle ne peut, en elle-même, résumer ce qu'est le peuple. C'est ainsi qu'à partir de la Révolution, par exemple, elle devient liée au critère de nationalité¹⁰⁹⁶. La participation à la souveraineté est également conditionnée à la capacité de voter, qui est relative aux prescriptions d'un ordre juridique donné. Dès lors, il subsiste obligatoirement une partition dans la citoyenneté, que celle-ci distingue des citoyens actifs ou passifs, ou se fonde sur des conditions d'âge, de capacité, de sexe, etc. Rien n'empêche non plus, selon cette logique, que ces conditions soient assouplies en intégrant, par exemple, le vote de femmes ou des étrangers pour les ressortissants de l'Union européenne.

142. Les approximations relatives au concept de « peuple souverain ». Juridiquement parlant, le peuple est un organe de l'État¹⁰⁹⁷. En cette qualité, il est identifié comme le souverain ou autrement dit, « au sommet d'une hiérarchie [qui] n'est soumis à aucun contrôle et dont la volonté est productrice de droit »¹⁰⁹⁸. Qu'il soit identifié comme peuple ou comme nation, le souverain est considéré soit comme un être soit réel, soit fictif. Toujours est-il que demeure, par ailleurs, un élément décisif de légitimité du pouvoir¹⁰⁹⁹. Deux paradoxes principaux sont à noter à partir de ce postulat. Le premier consiste à remarquer que si le peuple est souverain, tout le peuple n'exerce pas effectivement la souveraineté. C'est par exemple ce que pointait Thomas PAINE dans la Constitution de 1795 au sujet de la distinction entre

¹⁰⁹⁶ LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », in COLAS (D.), EMERI (Cl.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, op. cit., p. 181. Sur la période révolutionnaire précisément, voir : DEVAUX (O.), « Citoyenneté et révolution française : naturalisation et ostracisme », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, op. cit., pp. 43-69. Si cette conception post-révolutionnaire de la citoyenneté se base sur le critère de la nationalité, une logique similaire est à remarquer sous l'Ancien Régime, où une distinction était effectuée entre les régnicoles (l'habitant naturel du royaume, celui qui est né sur les terres du souverain) et les aubains (ceux qui sont considérés comme étrangers au Royaume). Il n'y avait cependant pas, à cette époque, d'assimilation de la citoyenneté à la souveraineté, le régnicole était, en effet, considéré comme sujet du Roi souverain conformément à la vision bodiniste. Voir à ce propos, POTHIER (R. J.), *Œuvres contenant les traités du droit français. Traité des personnes et des choses*, éd. 1824, Partie I, titre II, Section 1. Disponible à l'adresse : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64874339.r=traité%20des%20personnes%20et%20des%20choses?rk=21459>. Voir également, LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Citoyen », *Droits*, 1993, n° 17, pp. 33-42 ; D'ALTEROCHE (B.), « L'évolution de la notion et du statut juridique de l'étranger à la fin du Moyen Âge (XIe-XVe siècle) », *Revue du Nord*, 2002, n° 345-346, pp. 227-245.

¹⁰⁹⁷ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), op. cit., p. 279.

¹⁰⁹⁸ TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 159.

¹⁰⁹⁹ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., p. 20.

citoyens passifs et actifs¹¹⁰⁰. Cette confusion découle notamment du fait que les termes de citoyen et peuple sont éprouvés à cette époque comme synonymes¹¹⁰¹. En résumé, il est considéré que le peuple est souverain, que ce dernier est assimilé aux citoyens et qu'une partie seulement de ce citoyen sont habilités à exprimer leur volonté en faisant partie du corps électoral. Ils seraient alors les « véritables souverains »¹¹⁰². Selon ces termes, considérer donc que le peuple gouverne est fatalement une approximation. La doctrine de la souveraineté nationale se justifie, quant à elle, sur cette même approximation. Le problème est résolu en présupposant que le corps électoral doit exprimer la volonté des individus de la manière la plus efficiente, « c'est-à-dire absorber le plus possible tous les individus qui sont dans la nation et encadrer ces individus dans les cadres collectifs les plus importants parmi ceux que contient la nation »¹¹⁰³. L'idée est alors de dégager une volonté commune prenant en considération le fait que chaque individu, personnellement, ne dispose pas de la souveraineté¹¹⁰⁴. Allant plus loin, il est possible de constater une contradiction, à l'instar du professeur TROPER, selon laquelle l'élection n'est pas un acte de souveraineté aux termes de l'article 3 de la DDHC de 1789 ; le corps électoral ne pouvant, en ces termes, s'en accaparer l'exercice¹¹⁰⁵. Identifier qui est le souverain théorique et qui est, en pratique, celui qui exerce la souveraineté n'obéit à aucune constante. Le premier est le fondement légitime du pouvoir, le second est l'aménagement relatif de son exercice. Un second paradoxe peut s'apercevoir avec l'exemple de la décision du Conseil constitutionnel de 1962¹¹⁰⁶, où le Conseil a décliné sa compétence de contrôle d'une loi sous prétexte qu'elle a été adoptée « par le Peuple à la suite d'un referendum », formant en cela

¹¹⁰⁰ « On pourrait ici demander, puisque ceux-là seuls doivent être reconnus citoyens, quel nom aura le reste du peuple. Je veux parler de cette portion sur laquelle retombent tous les travaux, et sur laquelle tombera, par la suite la charge des taxes indirectes. Cette portion-ci, dans la composition de la société, est fort au-dessus de celle où il n'y a d'autre mérite que d'être oisif propriétaire du sol ; car qu'est le sol dans culture, et que sont les productions sans manufactures ? ». PAINE (Th.), « Discours prononcé à la Convention nationale le 19 messidor en III (7 juillet 1795) », *Moniteur*, p. 1176.

¹¹⁰¹ TROPER (M.), *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, *op. cit.*, pp. 159-160. C'est en ce sens qu'il a par exemple pu être évoqué une certaine « acculturation » concernant la notion de peuple à l'époque révolutionnaire. Voir, ALVAZZI DEL FRATE (P.), « La « grande acculturation constitutionnelle » : Constitution et Peuple à l'époque révolutionnaire », *op. cit.*, pp. 597-606.

¹¹⁰² BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 297.

¹¹⁰³ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^e éd., rééd. Dalloz, 2015, p. 554.

¹¹⁰⁴ « En effet, dans la vraie doctrine de la souveraineté nationale, la nation en corps est une personne distincte des individus qui la composent ; c'est elle qui est titulaire de la souveraineté et point les individus ; par conséquent les individus n'ont comme tels aucune part de la souveraineté ; et ils n'ont aucun droit comme tels de participer à la puissance politique ». DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel* (1923), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, pp. 139-140.

¹¹⁰⁵ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 217-232.

¹¹⁰⁶ Cons. const., n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le referendum du 28 octobre 1962*, cons. 2. HAMON (L.), « [Note sous décision n° 62-20 DC] », *recueil Dalloz*, 1963, n° s.n., pp. 398-401. La formule est notamment reprise par le Conseil lui-même dans la décision *Maastricht III*. Cons. const., n° 92-313 DC, 25 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*, cons. 2.

« l'expression directe de la souveraineté nationale ». Par cette affirmation, aussi laconique soit-elle, lorsque le Conseil énonce que le « Peuple » a adopté la présente loi, celui-ci s'adresse aux citoyens. Il opère ainsi une confusion entre peuple et citoyen, car si le peuple est souverain, seuls les citoyens habilités à voter ont participé à l'adoption de cette loi. « Le peuple est en fin de compte puissance et énigme. Puissance, il est source de toute légitimité ; énigme, il ne présente pas de visage aisément identifiable »¹¹⁰⁷. Peuple, citoyen et souveraineté sont donc des concepts relatifs, tributaires des interprétations qui en sont faites.

2. Une relativisation du privilège citoyen juridiquement proclamée

143. Un « statut différentiel » propre au citoyen. « La communauté politique, la nation, le peuple sont des fictions, plus que des êtres de raison, des normes de légitimation plus que de construits de réflexion »¹¹⁰⁸. La citoyenneté dispose conséquemment d'un « statut différentiel »¹¹⁰⁹. Elle est évolutive et vient parfois troubler les standards traditionnels de sa vision républicaine héritée de la Révolution. Un des éléments les plus significatifs de ce phénomène est celui de l'entrée de l'étranger dans la communauté politique depuis l'irruption de la citoyenneté européenne. Sur le plan politique, la citoyenneté représente le lien primordial d'appartenance à l'État sous l'égide du principe d'auto-législation — « pas d'élection sans politique, ni de politique sans élection »¹¹¹⁰. Dans cette logique, « la citoyenneté opère la clôture de la souveraineté par l'intermédiaire de la nation »¹¹¹¹. Cependant, son évolution contemporaine témoigne d'une relativisation de l'identité communautaire absolue, ou la communauté des citoyens demeure l'entité fondamentale constituant la souveraineté et la légitimité de l'État¹¹¹². Excepté le pouvoir constituant, demeurant strictement attaché à la citoyenneté, le lien entre communauté politique et souveraineté témoigne aujourd'hui d'une certaine ambiguïté, notamment depuis la proclamation d'une citoyenneté européenne depuis le Traité de Maastricht en 1992¹¹¹³ et de la possibilité pour les étrangers ressortissants de voter

¹¹⁰⁷ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, op. cit. p. 42.

¹¹⁰⁸ ZYLBERBERG (J.), « La citoyenneté dans tous ses états », in COLAS (D.), EMERI (Cl.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, op. cit., p. 16.

¹¹⁰⁹ DENQUIN (J.-M.), « Citoyenneté », op. cit., p. 200.

¹¹¹⁰ DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, op. cit., p. 10.

¹¹¹¹ AZIMI (V.), « Souveraineté nationale et conception française de la citoyenneté », in GONOD (P.), DUBOIS (J.-P.) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, op. cit., p. 28.

¹¹¹² COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, op. cit., p. 3 et 19.

¹¹¹³ Art. 9 TUE ; Art. 8 TFUE : « Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ».

aux élections municipales¹¹¹⁴. Ce phénomène traduit, autrement dit, une extension de la communauté politique en dehors du cadre strictement délimité qu'est l'État. Si cette mouvance est relatée par une partie de la doctrine contemporaine¹¹¹⁵, selon laquelle l'internationalisation du droit et de l'État *lato sensu* traduit l'obsolescence du lien exclusif entre État et souveraineté, celle-ci se concentre majoritairement sur les causes et les conséquences du phénomène.

144. La citoyenneté européenne comme relativisation du lien entre citoyenneté et souveraineté. Sur le plan juridique, il est tout de même possible d'y apporter une atténuation. L'argument a été énoncé par le Conseil constitutionnel dans sa décision *Maastricht I*, où ce dernier rappelle que le droit de vote et d'éligibilité est réservé aux « seuls nationaux français » en vertu de l'article 3 de la Constitution, et que la compatibilité d'une citoyenneté européenne avec la Constitution française n'est possible qu'après révision de celle-ci¹¹¹⁶. Dans son principe, si la citoyenneté européenne porte atteinte à la souveraineté, leur compatibilité ne peut être qu'exclusivement consentie par le pouvoir constituant¹¹¹⁷. Les questions que soulève la citoyenneté européenne proviennent de son caractère singulier. « Phénomène remarquable, la citoyenneté est née sans l'État »¹¹¹⁸. Elle interroge le sens des concepts qu'elle mobilise, comme celui de l'État et de la nation. Elle oblige, juridiquement, à ne plus définir la citoyenneté qu'au seul prisme de l'État, puisqu'elle construit la superposition de deux communautés politiques¹¹¹⁹ ; l'ordre juridique de l'Union étant intégré à celui des États

¹¹¹⁴ Art 88-3, Const. 1958 : « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs ».

¹¹¹⁵ Voir, par exemple : BENOLO-CABAROT (M.), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Thèses - Droit de l'Union européenne, 2006, 782 p. ; LE PORS (A.), *La citoyenneté*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^e éd., 2011, 127 p. ; PERALDI-LENEUF (F.), « La citoyenneté ou le paradoxe démocratique », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 631-692 ; AZOULAI (L.), « Constitution européenne et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2011, n° 4, pp. 543-557 ; AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), « Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2012, n° 41, pp. 2267-2268.

¹¹¹⁶ Cons. Const., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 24, 26, 31.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, cons. 31. Nous renvoyons, sur cette question, à la controverse doctrinale bien connue entre le Professeur BEAUD et le Doyen VEDEL, à propos du pouvoir constituant et sur la question des limites au pouvoir de révision. Si le premier conçoit l'existence de limites matérielles au pouvoir de révision (voir, par exemple, BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., pp. 457-491), le second pense *a contratio* et renvoie à une conception plus stricte, selon laquelle « il n'y a jamais eu de souverain si l'on admet qu'il existe une transcendance de certaines normes ». Voir, VEDEL (G.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 91.

¹¹¹⁸ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 419.

¹¹¹⁹ Art. 8 TFUE.

membres, mais « n'appartenant pas à l'ordre institutionnel de la République française »¹¹²⁰. L'extension du critère de nationalité à tous les États membres contribue à relativiser le concept de nation, en ce qu'il concède que des individus étrangers à cette nation puissent tout de même exercer des droits politiques¹¹²¹. La limite juridique à cette affirmation réside, néanmoins, dans l'impossibilité d'éligibilité des étrangers aux élections municipales pour éviter leur participation à la désignation des sénateurs représentant la souveraineté nationale¹¹²². Cet ensemble d'inflexions permet de constater que le statut différentiel de la citoyenneté nécessite d'être actualisé, et que si la citoyenneté européenne est un exemple de relativisation du monopole étatique auquel elle est sujette, elle permet surtout de faire ressortir une définition de la citoyenneté correspondant à sa réalité juridique.

B. Les droits politiques : critère systématique de la citoyenneté

145. La faculté octroyée à tout individu de contester des droits, et ainsi de participer à l'évolution de ce dernier, permet de constater une participation qui n'est pas exclusive au citoyen comme titulaire, mais plus précisément à tout titulaire justiciable. Selon cette entreprise, il est nécessaire d'en proposer une définition, afin d'isoler les spécificités de la citoyenneté au sein du corpus étendu que compose celui des justiciables. Les études consacrées à la notion juridique de citoyenneté sont nombreuses¹¹²³. Il ne s'agit pas de faire une analyse exhaustive du problème, mais de circonscrire l'objet d'étude. La systématisation d'une définition au regard du droit positif appelle à évacuer les critères définitionnels non exclusifs ou déterminant à la citoyenneté, pour réduire le champ d'analyse à la relation entre citoyenneté et droits politiques. À cette condition, la « figure insaisissable »¹¹²⁴ du citoyen trouve un support juridique permanent. Pour ce faire, il s'agit de constater, dans un premier temps, l'insuffisance du critère de nationalité (1). Dans un deuxième temps, la démarche nécessite de revenir sur la distinction entre droits civils et droits politiques, enfin de conserver ces derniers comme éléments

¹¹²⁰ Cons. const., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, cons. 7 ; Cons. const., n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 34.

¹¹²¹ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 577.

¹¹²² Cons. const., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, cons. 37.

¹¹²³ Voir, par exemple : BENOLO-CABAROT (M.), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit. ; GAROT (M.-J.), *La citoyenneté de l'Union européenne*, Institut Universitaire Européen de Florence, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, 365 p. ; HERISSON (B.), *L'évolution de la citoyenneté en droit public français*, Thèse dactyl., Paris I, 1995, 496 p. ; LEROY-FORGEOT (F.), *La citoyenneté juridique*, Thèse dactyl., Paris II, 1999, 475 p.

¹¹²⁴ LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », op. cit., p. 180.

permanents de définition (2). Ceci fait, il est possible, dans un troisième temps, d'exposer la définition retenue du concept de citoyenneté (3) circonscrite à « la jouissance et l'exercice des droits de vote et d'éligibilité exercés lors d'élections politiques dans le cadre d'une communauté politique »¹¹²⁵.

1. L'insuffisance du critère de nationalité

146. L'assimilation traditionnelle de la nationalité et de la citoyenneté. La conception traditionnelle de la citoyenneté, telle qu'apparue à la Révolution de 1789, est associée à la nationalité¹¹²⁶. Une certaine partie de la doctrine, notamment représentée par la professeure LOCHAK, y voit, à ce propos, une conception discriminatoire, en ce qu'elle permettrait de maintenir l'exclusion de l'étranger au sein de la communauté politique¹¹²⁷. Une autre thèse, par exemple celle proposée par Léon DUGUIT, part de l'association de la citoyenneté à la souveraineté, de sorte que leur indissociabilité est éminemment réductible à la Nation. En développant la notion de « corps de citoyen », selon une méthode positiviste sociologique¹¹²⁸, le juriste bordelais conçoit ledit « corps » comme l'expression de la solidarité sociale¹¹²⁹. Ayant une vision réaliste de la Nation¹¹³⁰, il considère alors que ce « corps » est conjonctuellement déterminé et délimité par la loi¹¹³¹. Il semble néanmoins, qu'aujourd'hui, cette logique — et l'exemple de la citoyenneté européenne développée plus haut en est un des signes flagrants — doit être relativisée ou, tout du moins, précisée et circonscrite.

¹¹²⁵ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 601.

¹¹²⁶ Voir, GOYARD-FABRE (S.), « L'idée de représentation à l'époque de la période révolutionnaire », in *Études françaises*, 1989, vol. 25, n° 2-3, pp. 71-85 ; DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 60.

¹¹²⁷ LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 179. La qualification de la thèse de l'auteur, en tant que thèse discriminatoire, provient notamment de la critique énoncée par le Professeur BEAUD, traduisant, à côté de la thèse rousseauiste associant citoyenneté et souveraineté (limitant de ce fait la citoyenneté à la Nation), une citoyenneté dite « d'exclusion » permettant de maintenir la frontière entre nationaux et non-nationaux. « Une telle thèse est évidemment polémique : le couple nationalité/citoyenneté qui structure le droit de la citoyenneté aurait un effet discriminatoire, puisqu'il priverait les étrangers des droits politiques et civiques afférents à la citoyenneté dès lors que celle-ci est conditionnée par la nationalité ». Voir, BEAUD (O.), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in BONIN (P.), BRUNET (P.), KERNEIS (S.) (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Paris, Pedone, Actes du colloque international des 14 et 15 janvier 2013, Paris I Panthéon-Sorbonne et Paris-Nanterre, 2018, pp. 215-234.

¹¹²⁸ Voir à ce propos, PINON (S.), « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, vol. 67, pp. 69-93.

¹¹²⁹ DUGUIT (L.), *L'État : le droit objectif et la loi positive (1901)*, Paris, rééd. Dalloz, 2003, pp. 23-79. PINON (S.), « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politèia*, 2006, n° 10, pp. 407-468.

¹¹³⁰ « Léon Duguit ne pouvait pas accepter la notion de Nation en tant que personne dotée de la puissance souveraine, car elle est une fiction, une création n'ayant aucune réalité ». LAVROFF (D. G.), « La citoyenneté dans la pensée de Léon Duguit », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 70.

¹¹³¹ Voir par exemple, DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing et Cie, 1911, t. II, pp. 175-178.

147. Des contradictions internes à la Constitution. Actuellement, aux termes de la Constitution, tout citoyen est un national, majeur, jouissant de droits civils et politiques¹¹³², laissant ensuite au législateur le soin d'en préciser les modalités¹¹³³. Les jurisprudences *Quotas par sexe I*¹¹³⁴ et *Quotas par sexe II*¹¹³⁵ ont confirmé cette association. Il s'avère, néanmoins, que ce principe constitutionnel ne pose pas véritablement une définition de la citoyenneté, mais expose plutôt la « qualité de citoyenneté »¹¹³⁶. Cette dernière est alternativement désignée comme « la classe de l'ensemble des sujets de l'État ou comme la classe de ceux que la constitution désigne comme citoyens, voire comme la classe composée seulement de ceux qui exercent effectivement les droits de citoyens en participant au vote »¹¹³⁷. Il apparaît alors une forme d'a-systémie, plus précisément dès lors que sont mis en relation les articles 3, 88-2 et 77 al. 4 de la Constitution. En effet, la condition de nationalité n'est premièrement pas suffisante, car tout national ne jouit pas des droits civils et politiques du citoyen (mineurs, incapables, etc.). Secondement, la citoyenneté européenne, prévue à l'article 88-2, délie la condition de nationalité pour l'exercice de droits politique sur le plan local ; de même que la citoyenneté de Nouvelle-Calédonie¹¹³⁸ est réservée à une fraction de nationaux français au regard des principes posé par l'accord de Nouméa du 5 mai 1998¹¹³⁹. Le chevauchement de trois nationalités impose donc d'orienter l'analyse vers les droits civils et politiques.

¹¹³² Art. 3, Const. 1958. Ces modalités sont complétées par les articles 21 à 24 du Code civil.

¹¹³³ Art. 34, Const. 1958.

¹¹³⁴ Cons. const., n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, cons. 7 : « [...] il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ».

¹¹³⁵ Cons. const., n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, cons. 12.

¹¹³⁶ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 22.

¹¹³⁷ TROPER (M.), « La démocratie et les droits de l'homme dans les révolutions d'Amérique et de France », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, op. cit., p. 75.

¹¹³⁸ Art. 77 al. 4, Const. 1958. Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 4 : « Il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188 ». Voir aussi, Cons. const., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 7 à 10.

¹¹³⁹ À ce propos, voir par exemple : CHAUCHAT (M.), « La citoyenneté calédonienne », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 23, pp. 70-74 ; GASSIOT (O.), « La consécration du droit du sang comme fondement principal de la citoyenneté calédonienne », *Politeia*, 2007, n° 12, pp. 13-40 ; HAVARD (L.), « La réalisation de la citoyenneté calédonienne », *RDP*, 2013, n° 5, pp. 1179-1205 ; HIPEAU (V.), « Les ambiguïtés calédoniennes dans la République Française », *RDF*, 2014, n° 6, pp. 1103-1117.

2. La distinction nécessaire entre droits civils et politiques

148. L'isolement de la catégorie des droits politiques. Le critère de la détention de droits civils et politiques pour définir la citoyenneté implique une précaution. Il convient d'aborder ces droits de manière indépendante. Cette première affirmation semble déjà être intuitivement déroutante puisque, sur le plan étymologique, le terme « civil » renvoie directement à la citoyenneté¹¹⁴⁰. Cette distinction découle du droit positif. Selon l'article 7 du Code civil, « l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle ». L'article 11 du même code prévoit, de surcroît, que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». Si l'étranger peut ainsi jouir de droits civils sans forcément bénéficier de droits politiques, alors les droits civils ne sont pas l'apanage exclusif du citoyen ; ils ne demeurent donc pas un critère systématique d'identification. À ce propos, il se retrouve ici une des conséquences de la concrétisation juridique du principe d'universalité des droits qui, comme sur le plan plus général de la garantie des droits qui a conduit à « dénationaliser » le statut de justiciable, vient dissoudre les distinctions statutaires entre citoyens et étrangers sous couvert du principe de non-discrimination fondé sur la nationalité¹¹⁴¹. Les droits civils se réduisent ici à une conséquence de la citoyenneté. Selon la définition du Doyen HAURIOU, que ce dernier nomme droits civiques, ils sont les droits qui « permettent la participation à l'autorité publique, à la fonction publique, à la chose publique, et non pas au pouvoir de domination politique »¹¹⁴². C'est précisément l'absence de ce dernier critère qui autorise le bénéfice de ces droits aux non-nationaux.

149. À titre d'illustration, d'ailleurs, sous la Convention, les droits civils étaient exclus du régime de la citoyenneté¹¹⁴³. S'ils sont définis aujourd'hui par le législateur, aux termes de l'article

¹¹⁴⁰ Il caractérise, en effet, à l'origine, l'insertion de l'individu en société et de ses droits en tant que membre d'une communauté politique. Sur l'origine du terme « civil » et son identification, voir : DENQUIN (J.-M.), « Droits civils et politiques », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., pp. 320-321.

¹¹⁴¹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §2, A.

¹¹⁴² HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^e éd., Paris, réed. Dalloz, 2015, p. 654. Ils rassemblent un ensemble de droits tels que « l'aptitude aux fonctions publiques, places et emplois, le droit d'être juré et témoin dans les actes, le droit d'être soldat et celui de payer des impôts ». On doit à HAURIOU une proposition de classification des droits très élaborée. Pour une synthèse sur la question, voir : MORANGE (J.), « Droits civils et politiques », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 537.

¹¹⁴³ Voir, Const. 1791, Titre II, art. 2 à 9 ; LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Citoyen », op. cit., p. 41.

34 al. 3¹¹⁴⁴ de la Constitution, ceux-ci sont principalement listés au regard des cas de privations ou, *a contrario*, pour préciser quels sont ceux qui sont réservés au citoyen¹¹⁴⁵. « L'exigence de jouissance des droits civiques doit s'interpréter ainsi comme une exigence de non-dégradation civique »¹¹⁴⁶. Les droits politiques, ensuite, en suivant la définition d'HAURIOU¹¹⁴⁷, regroupent l'ensemble des droits permettant la participation au pouvoir politique. C'est d'ailleurs en se basant sur ce point que le Doyen toulousain fonde sa distinction entre citoyen et « citoyen électeur » ; ces derniers étant le seul à pouvoir jouir de droits politiques. Si ses définitions des droits civils et politiques demeurent toujours pertinentes, cette distinction entre deux types de citoyenneté ne participe cependant pas à la clarté du présent concept. En effet, adjectiver le concept de citoyen pour en donner une autre signification ne contribue pas à éclaircir le concept général de citoyen, mais semble plutôt renvoyer à la distinction entre national et citoyen. Le citoyen électeur serait finalement le contenant fort et intangible de la citoyenneté. En conclusion, en réduisant la catégorie des droits politiques à leur champ exclusif, ceux-ci se traduisent par le droit de vote et d'éligibilité et comprennent, par extension, le droit de créer librement un parti politique et d'y adhérer¹¹⁴⁸.

150. La confirmation apportée par le droit supranational. À ce propos, le droit supranational n'apporte pas non plus de précision quant à la qualification des droits de nature politique, mais il vient, *a minima*, en confirmer l'assise en associant l'exigence d'élections démocratiques aux droits de vote et d'éligibilité, dans le cadre d'élections libres, au suffrage universel, par scrutin secret¹¹⁴⁹. C'est en ce sens, par exemple, que la jurisprudence de la Cour

¹¹⁴⁴ La Constitution, mis à part l'article 6 de la DDHC, reste muette quant à une définition ou une énumération des droits civils. Voir, art. 34 al. 3 et 73 al. 4. De manière générale, le champ principal des droits civils demeure celui de ceux relatifs à l'accès de la fonction publique. Voir à ce propos, DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Lille, 2004, p. 127.

¹¹⁴⁵ Il s'agit, par exemple, de la participation des citoyens à la Justice par le rôle d'assesseur. Voir, Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, JORF n° 0185 du 11 août 2011.

¹¹⁴⁶ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 154.

¹¹⁴⁷ Voir, HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), op. cit., p. 654 ; CROUZATIER (J.-M.), « La citoyenneté dans l'œuvre du Doyen Maurice Hauriou », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, op. cit., pp. 85-95.

¹¹⁴⁸ Proclamé à l'article 4 de la Constitution de 1958, ce droit présuppose que « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ». Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a expressément assimilé ce droit aux droits politiques, considérant que ces derniers englobent « la liberté de se livrer individuellement ou dans le cadre de partis politiques à des activités politiques, la liberté de débattre des affaires publiques, et celle de critiquer le gouvernement et de publier des documents à teneur politique ». CEDH, 12 juillet 1996, *Adimayo M. Aduayom et al. Togo*, n° 422/1990, 423/1990 et 424/1990.

¹¹⁴⁹ Art. 21, DUDH 1948 ; Art. 25, PIDCP 1966.

EDH¹¹⁵⁰ a pu qualifier de droits politiques ceux énoncés au Protocole n° 1 de la Convention¹¹⁵¹. Au niveau de l'Union européenne, les articles 39 et 40 de la Charte DFUE montrent également que la citoyenneté est construite autour des droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen et aux élections municipales¹¹⁵². Au droit de vote, enfin, peut être adjoint le droit de pétition au niveau interne¹¹⁵³ ou européen¹¹⁵⁴. La prévalence de ces droits permet ainsi d'esquisser une définition générale de la citoyenneté présentant la participation à la vie politique comme figure des droits politiques modernes.

3. La définition retenue

151. L'ensemble des éléments présentés permet de faire ressortir une définition de la citoyenneté sur des critères d'exclusivité et de systémativité. Il s'agit, autrement dit, de trouver un critère commun qui puisse réunir les trois citoyennetés en présence (citoyenneté nationale, citoyenneté de Nouvelle-Calédonie et citoyenneté européenne). À l'instar de la thèse présentée par Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC, la définition proposée prend pour critère principal les droits de vote et d'éligibilité, comme droits politiques, pour définir la citoyenneté en tant que

¹¹⁵⁰ La Cour EDH qualifie, en effet, le droit de vote comme droit politique « actif » (CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, n° 9267/81, série A, n° 113, §48), et le droit d'éligibilité en tant que droit politique « passif ». CEDH, Gr. Ch, 16 mars 2006, *Ždanoka c. Lettonie*, n° 58278/00, §102, 105 et 106. L'ensemble de ces droits forme le noyau des droits politiques. Voir, CEDH Gr. Ch., 27 avril 2010, *Tănase c. Moldova*, n° 7/08, §154 et 166.

¹¹⁵¹ L'applicabilité dudit article aux États membres a été reconnue en 1967, jusqu'à ce que soit reconnu le caractère politique de ces droits par la Commission européenne des droits de l'homme en 1976. Voir, Comm. EDH, déc., 6 octobre 1967, *X... c. RFA*, req. n° 2728/66, *Annuaire* 10, p. 336 ; Comm. EDH, déc., 30 mai 1975, *W., X., Y. et Z. c. Belgique*, req. n° 6745/74 et 6746/74, *Décision et rapports de la Comm. EDH*, t. 2, p. 110, *Annuaire* t. 18, p. 287 et 280 ; Comm. EDH, Rapport de la Commission, 14 décembre 1976, *König c. RFA*, § 89, série B, n° 25, p. 45. L'absence de véritables précisions quant au contenu de la catégorie des droits politiques dans la jurisprudence de la Cour EDH ne permet pas une définition claire des droits politiques, mais elle dégage un cadre d'identification, aussi peu satisfaisant soit-il, de droits « de nature politique ». Voir à ce propos, CEDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c. France*, n° 24194/94 ; ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel en droit national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ? », in *Études en l'honneur de Jean-Claude Gauthron*, Paris, Pedone, 2004, spéc. pp. 7-8.

¹¹⁵² Art. 9 TUE ; Art. 8 TFUE. Art. 39 Charte DFUE : « Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ». Art. 40 Charte DFUE : « Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État ». À ce titre la jurisprudence de la Cour de justice a qualifié la citoyenneté européenne comme « le statut fondamental des ressortissants des États membres » (CJCE, Gr. ch., 12 juillet 2005, *Nutri-Link Ltd c. Secretary of State*, aff. C-154/04). Voir également, CJUE, Gr. ch., 6 octobre 2015, *Thierry Delgine c. Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13. Sur l'ensemble de cette question, voir : BENOLO-CABAROT (M.), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, op. cit.

¹¹⁵³ L'article 72-1 Const. 1958 : « Les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence ».

¹¹⁵⁴ Art. 44 Charte DFUE : « Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de pétition devant le Parlement européen ».

statut, considérant qu'elle demeure la manière la plus opportune de systématiser les droits attachés à la citoyenneté. Il en résulte que la citoyenneté est ici définie comme « la jouissance et l'exercice des droits de vote et d'éligibilité exercés lors d'élections politiques dans le cadre d'une communauté politique »¹¹⁵⁵.

152. Si le citoyen dispose dès lors d'un statut constitutionnel spécifique sur le plan politique, résumé à la faculté de prendre part à l'expression de la volonté souveraine, il est également, à l'instar des non-citoyens, un sujet de droits fondamentaux. La démarche consistant à isoler la catégorie de citoyens aux droits qui lui sont spécifiques permet de préciser que la jouissance des droits fondamentaux ne lui est pas exclusive. Autrement dit, cette affirmation s'oriente d'une part, autour du fait que tout national n'est pas forcément citoyen et, d'autre part, que les droits civils ne sont pas l'apanage exclusif du citoyen. Par extension, cette définition permet de montrer que, statutairement, en tant que justiciables, les citoyens ne se distinguent seulement qu'en référence à leurs droits politiques. C'est de surcroît ce qui démontre la logique de « dépolitisation » inhérente au statut de justiciable¹¹⁵⁶. En somme, les droits politiques font que la citoyenneté est un statut privilégié, constitutionnellement parlant, sur le plan politique. En résumé, la jouissance des droits fondamentaux est incluse dans la citoyenneté, mais n'en est pas un élément distinctif, et c'est en cela que son étude ne peut se réduire aux seuls citoyens. Néanmoins, certains droits fondamentaux peuvent être complémentaires aux droits politiques et donc en être des garanties. Il ne peut y avoir de distinction *stricto sensu*. C'est ce rapport complexe entre citoyenneté et droit fondamentaux qu'il s'agit désormais d'éclairer.

¹¹⁵⁵ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 601.

¹¹⁵⁶ Voir *supra*, Introduction, p. 34.

SECTION 2. LA DEPOLITISATION LIMITEE : L'IMPOSSIBLE DELIAISON ENTRE CITOYENNETE ET DROIT FONDAMENTAUX

153. « Que l'individu puisse faire valoir des “droits subjectifs” est la condition d'existence du sujet politique moderne »¹¹⁵⁷. Cette affirmation, résumant parfaitement le compromis démocratique moderne, présuppose une assimilation entre démocratie et droits de l'homme et donc, plus techniquement, entre droits politiques et droits fondamentaux. Si elle résume un certain parcours historique, elle est aussi symptomatique d'une idéologie politique visant à faire des droits fondamentaux le moyen primordial d'émancipation de la citoyenneté. Dans une perspective bien différente, ce phénomène est plus fidèle à la tradition de *Common law* qui insère un rapport politique entre le citoyen et la justice ; cette dernière étant culturellement associée à un moyen de revendication des droits pour le citoyen¹¹⁵⁸. S'il a été précédemment démontré que la multiplication des droits fondamentaux et la procéduralisation du droit, découlant sur une amplification du nombre de titulaires justiciables, ne permettent pas de rester cloisonné au champ de la citoyenneté, il ne faut cependant pas oublier que le citoyen est un titulaire de droits parmi d'autres, pouvant faire valoir ses droits subjectifs. La notion de droits politiques, selon la démarche présentement adoptée, délimite précisément les cadres de ce qui constitue le noyau dur du contenu exclusif de la citoyenneté. *Bis repetita*, ce qui fait la citoyenneté, ce sont les droits politiques. Mais, les droits fondamentaux ne relèvent pas non plus d'un monde étranger aux droits politiques. Pour le citoyen, ils peuvent prendre la forme de droits-garantis à l'exercice des droits politiques. Dans ce cas, leur justiciabilité permet de garantir leur effectivité. De cette manière, il est opportun de remarquer — le droit positif en atteste d'ailleurs aisément — la persistance d'une complémentarité entre les droits fondamentaux politiques et non politiques (§1). Dans ses conditions, il est alors possible de dire que la citoyenneté s'exerce aussi par les droits fondamentaux. Une certaine partie de la doctrine s'est en ce sens évertuée à démontrer que l'argument d'une dépolitisation par le droit peut se voir opposer une alternative, sous l'égide du modèle de citoyen-justiciable (§2). S'il est possible de considérer que les droits politiques, et les droits non politiques, sont tous, dans un certain sens, des droits fondamentaux, ces seconds

¹¹⁵⁷ COLLIOT-THELENE (C.), « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, p. 17.

¹¹⁵⁸ C'est notamment ce qui a donné lieu au développement du concept d'« activisme judiciaire ». Pour un aperçu, voir par exemple : GLICK (H. R.), « Making and State Supreme Courts : The Judiciary as an Interest Group », *Law & Society Review*, 1970, Vol. 5, n° 2, pp. 271-292.

divergent, comme cela a été vu précédemment, au regard de leurs objets respectifs et des catégories de titulaires qu'ils touchent.

§ 1. La complémentarité persistante entre droits fondamentaux politiques et non politiques

154. La relation entre droits fondamentaux et droits politiques semble être tributaire des définitions préalablement posées de ces deux concepts. Le manque de précisions dans le droit positif oblige à se reporter vers différentes propositions doctrinales. La vision kelsénienne, précédemment présentée, contribue à allouer aux droits fondamentaux une fonction politique de correction, entendue *lato sensu*, des normes émanant des organes de l'État. En revenant à la distinction classique entre droits politiques, comme droits réservés à une certaine catégorie de titulaires relatifs à « la jouissance et l'exercice des droits de vote et d'éligibilité exercés lors d'élections politiques dans le cadre d'une communauté politique »¹¹⁵⁹, et droits fondamentaux comme permissions d'agir ouvertes à des catégories plus vastes de sujets de droit, il est possible de postuler que ceux-ci sont à la fois distincts et complémentaires. Les droits politiques, en tant que droits fondamentaux, se singularisent alors par leur objet et leur fonction. Pour tenter de donner cohérence à cette relation, trois affirmations préalables s'imposent. Premièrement, la citoyenneté, comme cela a été démontré, se réduit fondamentalement à l'exercice des droits politiques. Deuxièmement, il en ressort de cette logique que les droits fondamentaux ne sont pas exclusifs à la citoyenneté. Troisièmement, et c'est là le point à développer, les droits politiques sont eux-mêmes des droits fondamentaux au sens formel, distincts des autres droits fondamentaux dits « non politiques ». En résumé, si les droits fondamentaux non politiques ne participent pas à définir les caractères fondamentaux de la citoyenneté de manière systématique, ils peuvent en revanche s'en incarner comme des garanties. Il s'avère donc nécessaire de clarifier cette distinction pour comprendre leur articulation. Le présupposé de cette distinction est que les droits politiques sont des droits fondamentaux spécifiques (A). Si les droits fondamentaux politiques et non politiques sont différents par nature, ces premiers peuvent cependant prendre la forme de droits-garantis de ces seconds (B).

¹¹⁵⁹ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français, op. cit.*, p. 601.

A. Les droits politiques comme droits fondamentaux spécifiques

155. L'objet des droits politiques est, depuis la Déclaration de 1789, isolé par la fonction qui leur est allouée. Ils sont, en effet, précisément les « droits du citoyen » et non les « droits de l'homme » *lato sensu*, dans le sens où ils sont appréciés comme les droits primordiaux pour rendre effectif le principe d'autogouvernement par le suffrage. Selon la logique du système représentatif, ils sont octroyés aux individus identifiés comme appartenant au corps du souverain et habilités à concourir à la formation de la volonté générale. La spécificité de leur objet détermine, par principe, un cadre restreint ou privilégié de titulaires appelés citoyens. Ils témoignent en cette qualité de deux caractères généraux : le premier étant relatif à leur fonction et le second attrayant à leur nature. Ainsi, au regard de leur fonction, les droits politiques témoignent de leur caractère de droits fondamentaux en ce qu'ils sont des droits essentiels à la participation à la vie politique (1). Par suite, ils s'incarnent alors, concernant leur nature, en droits subjectifs à dimension collective (2).

1. Des droits essentiels à la participation à la vie politique

156. La spécificité des droits politiques comme droits fondamentaux vient précisément de leur caractère politique. C'est précisément ce qui permet de les assimiler et de les circonscrire aux « droits de citoyenneté » ou aux « droits du citoyen »¹¹⁶⁰. Or, cette affirmation est, de prime abord, difficile à concevoir. En tant que tels, les droits politiques sont, en effet, l'institutionnalisation de l'*homo politicus* et renvoient intuitivement à la séparation impérieuse instaurée par la Déclaration de 1789 entre les droits de l'homme (non politiques) et les droits du citoyen (politiques)¹¹⁶¹. Selon ce précepte, « la citoyenneté court-circuite donc l'humanité »¹¹⁶², faisant des droits politiques des droits discriminants¹¹⁶³. En réalité, l'identification du caractère « fondamental » des droits politiques trouve son fondement dans le fait que ceux-ci sont conçus par le prisme du droit d'acquisition à la citoyenneté et l'exercice de ces droits¹¹⁶⁴. C'est, par exemple, ce que présente l'article 6 de la DDHC de 1789, énonçant que l'exercice des droits politiques se fait par la participation personnelle de tous les citoyens à

¹¹⁶⁰ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, p. 46.

¹¹⁶¹ DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, Paris, Montchrestien, coll. Préparation au C.R.F.P.A., 1996, p. 10.

¹¹⁶² BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Cours, 6^e éd., 2020, p. 779.

¹¹⁶³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, A.

¹¹⁶⁴ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 779.

la formation de la volonté générale¹¹⁶⁵. Autrement dit, les droits politiques servent l'objectif de liberté politique, entendu au sens où ils assurent l'auto-gouvernement du peuple. Systématisés autour des droits de vote et d'éligibilité¹¹⁶⁶, ces droits sont couverts par des principes considérés comme fondamentaux, car ils garantissent l'existence d'un « régime politique véritablement démocratique »¹¹⁶⁷. Le droit conventionnel est à ce titre éloquent. Autour de l'exigence d'un droit à des élections libres¹¹⁶⁸, comprenant la participation à la direction des affaires publiques, et l'égal accès aux fonctions publiques¹¹⁶⁹, les droits politiques sont présentés comme indispensables à la démocratie, et conséquemment à la garantie des autres droits et libertés¹¹⁷⁰. Le fondement constitutionnel interne, quant à lui moins éloquent, demeure rassemblé autour de l'article 3 de la Constitution¹¹⁷¹, garantissant le droit de suffrage entendu de manière générale¹¹⁷². Ainsi, « l'article 3 est devenu progressivement le fondement unique de ce droit fondamental et constitutionnel »¹¹⁷³. La nature politique de ces droits permet d'en montrer, enfin, un autre visage. La dimension politique porte en elle, immanquablement, une référence à la fois à l'individuel (la détention par un individu particulier de ces droits), et au collectif (l'exercice de ce droit n'est possible que d'un point de vue collectif).

2. Des droits subjectifs à dimension collective

157. La nature des droits politiques en tant que droits fondamentaux demande encore une précision quant à leur nature et leur portée. Au sujet de leur nature, il est possible, à l'instar du Professeur DENQUIN, d'en distinguer deux sens. D'un côté, au sens objectif, qui représente plus simplement *le* droit politique, ce dernier s'apparente à un ensemble de garanties constitutionnelles désignant « les différents régimes juridiques qui, dans un État de droit,

¹¹⁶⁵ Art. 6, DDHC 1789 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* ».

¹¹⁶⁶ Art. 39 al. 1 Charte DFUE : « *Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État* ».

¹¹⁶⁷ Conv. EDH, Préamb. al. 5 ; CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, n° 9267/81, série A, n° 113, §48.

¹¹⁶⁸ Voir, CEDH Gr. Ch., 27 avril 2010, *Tănase c. Moldova*, n° 7/08, §154, 166 et 167. Pour une synthèse sur la question, voir : LECUYER (Y.), *Le droit à des élections libres*, éd. Conseil de l'Europe, 2014, pp. 73-101.

¹¹⁶⁹ Art. 25 PIDCP 1966 ; Art. 3, Protocole n° 1, Conv. EDH.

¹¹⁷⁰ CEDH, 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*, n° 78039/01, §58.

¹¹⁷¹ Art. 3, Const. 1958 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ».

¹¹⁷² Cons. const., n° 90-280 DC, 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, cons. 7, 10 et 12.

¹¹⁷³ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 95.

structurent, garantissent et limitent le fonctionnement des institutions politiques ». D'un autre côté, l'ensemble constituant *les* droits politiques « désigne cette fois un ensemble de règles qui s'imposent aux individus, mais les droits que ceux-ci possèdent à titre personnel dans le domaine politique »¹¹⁷⁴. Les droits politiques renvoient alors, à nouveau, à ces droits dont dispose l'individu pour lui permettre de participer à la vie politique. Le référentiel de l'individu citoyen est ici un point de repère d'identification. En outre, comme cela a été démontré précédemment, le droit conventionnel, particulièrement avec l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention EDH, a proclamé expressément les droits politiques entourant la citoyenneté comme des droits subjectifs susceptibles de faire l'objet de recours individuels¹¹⁷⁵. Sur le plan de leur portée, leur vocation à participer à la formation des normes générales, ou plus largement à la volonté des organes de gouvernement, une fois exercés par l'individu, leur donne une dimension collective. C'est en cela qu'ils peuvent qualifiés de « droits subjectifs à dimension collective »¹¹⁷⁶. C'est de surcroît ce qui permet d'appuyer leur autonomie face aux droits fondamentaux dits « non politiques », même si ces derniers peuvent en être les corollaires, voire leurs garanties. Par exemple, « relevant à la fois de la liberté d'association et de la liberté d'expression, les droits politiques n'en trouvent pas moins une forme d'autonomie par leur spécialisation autour de l'acquisition de la citoyenneté et des droits qui lui sont attachés, puis des droits inhérents à l'action collective par les groupements politiques »¹¹⁷⁷. Si les droits politiques bénéficient dès lors de cette autonomie en raison de leur objet, leur exercice, quant à lui, peut être garanti par les autres droits fondamentaux.

B. Les droits fondamentaux non politiques : droits-garantis des droits politiques

158. Si la démocratie « est définie comme un espace de discussion entre citoyens, alors les droits de l'homme définissent les conditions du débat dans lequel les participants doivent être égaux, libres d'exprimer leurs opinions, de participer à la formation de la loi, d'en contrôler l'exécution »¹¹⁷⁸. Cette logique traduit ce qui a pu, par exemple, être interprété comme une

¹¹⁷⁴ DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹¹⁷⁵ Par exemple, CEDH, 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*, n° 78039/01. Sur ce point, voir aussi : DENQUIN (J.-M.), « Citoyenneté », *op. cit.*, p. 200.

¹¹⁷⁶ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 773.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ TROPER (M.), « La démocratie et les droits de l'homme dans les révolutions d'Amérique et de France », *op. cit.*, p. 75.

« politisation » des droits de l'homme. En ce sens, « un droit de l'homme est politisé dans la mesure où il rend effective la participation du sujet de droit à la volonté générale »¹¹⁷⁹. Ne se limitant pas à une simple idéologie, cette association est clairement proclamée par le droit positif, notamment dans la bouche des juges nationaux, comme supranationaux. De plus, ces droits doivent être accompagnés de garanties juridictionnelles ; ils sont donc justiciables. La Cour EDH s'en est par exemple incarnée comme le héraut, et ce depuis ses débuts. Les droits fondamentaux non politiques se révèlent ainsi en tant que « supports essentiels des droits du citoyen »¹¹⁸⁰ et inversement. Par ailleurs, il convient, naturellement, de considérer que certains droits le sont plus que d'autres. Quelques développements sur des exemples significatifs permettent de le montrer. Sont principalement concernés le principe d'égalité (1), la liberté d'expression et le pluralisme (2), et les libertés d'association et de réunion (3).

1. Le principe d'égalité

159. La construction juridique du principe. Le principe d'égalité est un des maîtres-mots de la conception politique de la démocratie moderne¹¹⁸¹. Sa retranscription dans la DDHC

¹¹⁷⁹ MEYER-BISCH (P.), *Le corps des droits de l'homme*, éd. Universitaire Fribourg Suisse, coll. Interdisciplinaire série « Documents », 1992, p. 184. L'auteur précise ainsi sa définition du phénomène de politisation : « *Un droit de l'homme est "politisé" dans la mesure où son exercice définit pour tout homme comme pour l'État l'ensemble des obligations négatives et positives qu'il implique, l'inscrivant ainsi dans l'ordre (dialectique) démocratique* ». La question de la politisation des droits de l'homme a conduit, également, à certaines catégorisations. De là est apparue, par exemple, une proposition de distinction entre, d'un côté, les droits qui permettent la démocratie, au sens où ces derniers seraient essentiels à celle-ci. Il s'agit notamment du principe de sincérité du scrutin ou de pluralisme. D'un autre côté sont identifiés les droits qui concurrencent la démocratie, comme moyens alternatifs aux procédures traditionnelles d'expression politique. Il s'agit, par exemple, de la liberté d'expression ou d'association. Voir à ce propos, GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », *op. cit.*, p. 85. Le fondement de la présente distinction dépend, bien évidemment, de la définition retenue des droits politiques et de la méthode employée. L'idée de concurrence, dans ce sens-là, renvoie à une conception politique de la démocratie et du droit. Dans le présent développement, il sera au contraire considéré la complémentarité de ces droits avec la démocratie, telle que présentée par le droit positif, tout en admettant leur différence de nature.

¹¹⁸⁰ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 87. L'auteur précise que, « *liés aux impératifs évolutifs de la démocratie, ces droits permettent d'approfondir et de pérenniser les droits du citoyen, de les ancrer au cœur du système normatif et constitutionnel* ».

¹¹⁸¹ Il est par exemple un des concepts fondamentaux de la conception rousseauiste de la démocratie. On le retrouve par ailleurs dans la formule incantatoire de l'article 1^{er} de la DDHC de 1789. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, par exemple, fait une des analyses (et des critiques) les plus célèbres et les plus éloquentes de cette incantation majeure de la philosophie politique. Ainsi, déclare-t-il que « *les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté ; livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l'aiment, et ils ne voient qu'avec douleur qu'on les en écarte. Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté, et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie* ». TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, t. II, Livre IV, chap. I. Pour une perspective juridique plus contemporaine, voir : MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, PUAM, 1997, pp. 28-33. Plus récemment, le Conseil d'État, dans son étude annuelle consacrée au thème « Être (un) citoyen aujourd'hui », rappelle effectivement que, si la citoyenneté évolue, celle-ci prend toujours racine dans

de 1789, et dans l'article 1^{er} de la Constitution, proclamant « l'égalité des citoyens devant la loi, sans distinction d'origine, de race ou de religion », a abouti par la suite un ensemble de prescriptions majeures dans l'ordre juridique¹¹⁸². Conçu notamment comme une garantie fondamentale d'égalité de participation des citoyens à la volonté générale¹¹⁸³, c'est par l'égalité devant le suffrage que ledit principe se présente comme la garantie la plus concrète des droits politiques du citoyen. Ledit principe présuppose, d'une part, la règle « un homme, une voix », et d'autre part, l'égalité de possibilité d'expression par le suffrage pour tous les citoyens. Autrement dit, il s'oppose à « toute division par catégorie des électeurs et des éligibles »¹¹⁸⁴. Or, les difficultés de son application s'aperçoivent principalement — c'est là un des problèmes récurrents rencontrés dans la jurisprudence — au plan local, lorsque deux circonscriptions ayant une population différente élisent un même nombre d'élus, faisant différer le poids du vote des électeurs¹¹⁸⁵. Il s'agit donc d'une question de répartition des sièges et de découpage des circonscriptions. En somme, il pose une exigence de représentativité relative à des questions démographiques¹¹⁸⁶. Sa proclamation en tant que principe constitutionnel a fait à ce titre l'objet d'une évolution, tant sur sa formulation que sur variabilité de ses sources. En 1978, le juge constitutionnel annonce la « règle de l'égalité de suffrage »¹¹⁸⁷ posant d'ailleurs la question de l'autonomie de cette « règle » par rapport au principe général d'égalité, tel que posé aux articles 2 et 6 de la DDHC de 1789¹¹⁸⁸. Dans sa décision du 8 août 1985, relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie¹¹⁸⁹, le Conseil déduit également l'égalité de suffrage du principe

le dogme de l'égalité tel qu'il a été proclamé à la Révolution. Voir, CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2018, p. 30.

¹¹⁸² La jurisprudence, autant administrative que constitutionnelle, en a fait un principe fondateur et fortement mobilisé. Il est en effet consacré comme « principe général du droit ». CE ass., 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, leb. p. 213, *Recueil Dalloz*, 1946, p. 146, note G. MORANGE, et comme principe constitutionnel (Cons. const. n° 73-51, 27 décembre 1973, *loi de finances pour 1974, dite « Taxation d'office »*, cons. 2). Pour les développements relatifs aux fondements du principe, nous renvoyons principalement à la thèse du Professeur MELIN-SOUCRAMANIAN. MELIN-SOUCRAMANIAN (F.), *La principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

¹¹⁸³ Principalement, Art. 1 et 6 DDHC 1789.

¹¹⁸⁴ JOUANJAN (O.), « Égalité », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 588.

¹¹⁸⁵ Voir, LEVADE (A.), « Une constitutionnalité en trompe l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », *JCP G*, 15 mars 2010, n° 11, p. 274.

¹¹⁸⁶ Comme l'a expliqué Hans Kelsen, « le poids d'un suffrage est une fraction dont le dénominateur est le nombre de votants que compte le corps électoral et dont le numérateur est le nombre de députés que le corps électoral doit élire ». Kelsen (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 343. Voir également, CASTOR (C.), « L'égalité devant le suffrage », *RFDC*, 2012, n° 90, suppléments électroniques, pp. 12-18.

¹¹⁸⁷ Cons. const., n° 78-101 DC, 17 janvier 1979, *Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du Code du travail relatives aux conseils de prud'hommes*, cons. 5.

¹¹⁸⁸ Voir, AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), « Note sous décision n° 78-101 DC », *Pouvoirs*, 1979, n° 9, p. 195.

¹¹⁸⁹ Cons. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 6.

d'égalité devant la loi. Selon ce raisonnement, il se base alors sur l'article 2 de la Constitution et l'article 6 de la DDHC. En 1986, il ajoute à ces deux sources l'article 3 de la Constitution pour qualifier le « principe de l'égalité de suffrage » de « règle fondamentale »¹¹⁹⁰. Il faudra, ensuite, attendre la décision relative au « peuple corse » pour qu'il soit expressément nommé de principe de valeur constitutionnelle¹¹⁹¹. Il en viendra, par ailleurs, à se référer, en plus, à l'article 25 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966¹¹⁹².

160. L'implication politique de l'égalité. La variabilité des sources sur lesquelles se fonde le Conseil rend difficile une systématisation¹¹⁹³. Néanmoins, la tendance qui se dégage laisse entrevoir qu'il se cantonne principalement aux articles 1^{er}, 2 et 3 de la Constitution, pour qu'il soit fait mention quelques années après du principe d'égalité *devant* le suffrage¹¹⁹⁴. Sa spécificité se résume, finalement, au fait qu'il ne se fonde pas, comme le principe général d'égalité, à une égalité intrinsèque entre les hommes. Au contraire, il est précisément « l'un des moyens de recrutement des représentants au sein de la collectivité des représentés, moyen qui traduit une exigence non pas de ressemblance, mais d'indifférence permettant l'ascension constante des gouvernés au rang de gouvernant »¹¹⁹⁵. Sur le plan de l'exercice de fonctions politiques, il est à noter la constitutionnalisation de « l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats et fonctions » par la loi constitutionnelle de n° 99-569 du 8 juillet 1999 venant réviser l'article 1^{er} de la Constitution¹¹⁹⁶. L'égalité des sexes soutient ici l'objectif d'une meilleure représentation politique. Principe inhérent à la démocratie, il permet donc un égal exercice des

¹¹⁹⁰ Cons. const., n° 86-208 DC, 1^{er} et 2 juillet 1986, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, cons. 20 à 29.

¹¹⁹¹ Cons. const., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 41. Dans le sens, voir : Cons. const., n° 93-331 DC, 13 janvier 1994, *Loi rétablissant le renouvellement triennal par moitié des conseils généraux*, cons. 6 ; Cons. const., n° 94-341 DC, 6 juillet 1994, *Loi relative à la date de renouvellement des conseillers municipaux*, cons. 4.

¹¹⁹² Cons. const., n° 2007-3451/3452/3535/3536 AN, 12 juillet 2007, *Bouches-du-Rhône et autres*, cons. 4 et 5.

¹¹⁹³ Voir à ce propos, CASTOR (C.), « L'égalité devant le suffrage », *op. cit.*, pp. 7-9.

¹¹⁹⁴ Cons. const., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d'exercice*, cons. 13, 32, 44. Voir par exemple, Cons. const., n° 2008-573 DC, 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, cons. 20 ; Cons. const., n° 2010-602 DC, 18 février 2010, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, cons. 12 ; Cons. const., n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cons. 38 ; Cons. const., n° 2018-764 DC, 19 avril 2018, *Loi organique relative à l'organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 8-9.

¹¹⁹⁵ CASTOR (C.), « L'égalité devant le suffrage », *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁹⁶ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, JORF du 9 juillet 1999, p. 10175. Ainsi l'article 1^{er} al. 2 de la Constitution dispose que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

droits politiques des citoyens, ce qui justifie bien sa qualification de « règle fondamentale » de droit-garantie du bon fonctionnement de la démocratie.

2. La liberté d'expression et le pluralisme

161. L'implication démocratique de la liberté d'expression. La liberté d'expression est, elle aussi, fortement mobilisée comme droit garantissant la démocratie, voire comme une composante essentielle de cette dernière. La promotion du recours aux outils numériques est, par exemple, un signe de son dynamisme et de son renouvellement constant¹¹⁹⁷. Ses fondements demeurent les mêmes. Toutes les déclarations de droits en font une liberté essentielle, que cela soit les articles 10 et 11 de la DDHC de 1789¹¹⁹⁸, l'article 10 de la Convention EDH, l'article 11 de la Charte DFUE, ou encore l'article 19 de la DUDH¹¹⁹⁹. Elle présente, en cette qualité, de nombreux corollaires tels que la liberté d'information, de communication, d'opinion, etc.¹²⁰⁰ Concernant ce principe général, il apparaît que toutes les juridictions nationales, comme supranationales, se rejoignent. Le Conseil d'État a, tout d'abord, rappelé le lien effectif entre liberté d'expression et démocratie, expliquant que « l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »¹²⁰¹. La jurisprudence du Conseil constitutionnel formule ensuite cette association par le biais de la liberté d'expression collective des idées et des opinions. La liberté d'expression, au sens général,

¹¹⁹⁷ La participation politique des citoyens par les outils numériques est en effet présente comme un enjeu contemporain de renouvellement des formes de mobilisations citoyennes. Sur le plan local ou national, cet outil s'est vu notamment développé par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (JORF n° 0115, 18 mai 2011, p. 8537) ou encore la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (JORF n° 0235, 8 octobre 2016, texte n° 1). À ce propos, voir : GREFFET (F.), WOJCIK (S.), « La citoyenneté numérique. Perspectives de recherche », *Réseaux*, 2014, vol. 184-185, pp. 125-159 ; VIDAL-NAQUET (A.), « La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 57, pp. 59-68. En somme, « l'outil numérique permet aussi d'alléger l'organisation des processus électoraux ou de consultation et, potentiellement, de simplifier et de renforcer les modalités de participation du public ». CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, op. cit., p. 67.

¹¹⁹⁸ Art. 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Art. 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

¹¹⁹⁹ « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ».

¹²⁰⁰ Art. 10 ConvEDH : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Art. 11 al. 1 Charte DFUE : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ».

¹²⁰¹ CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'Intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Diendoné M'Bala M'Bala*, n° 374508, cons. 4.

a été proclamée en 1984 comme une liberté fondamentale garantissant le respect des autres droits et libertés¹²⁰². En 1994, la liberté d'expression collective des idées et des opinions¹²⁰³ est formulée et est ensuite identifiée parmi les « droits constitutionnellement protégés » dans la décision 2010-604 DC du 25 février 2010¹²⁰⁴. Cette liberté découle de la liberté d'expression et de communication¹²⁰⁵ et, tel que la Haute juridiction a pu par exemple le mentionner dans sa décision relative à la loi « anti-casseurs », celle-ci est d'autant plus précieuse que son exercice est une « condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »¹²⁰⁶. La Cour EDH est également exemplaire sur le sujet. En s'appuyant principalement sur l'article 10 de la Convention, sa jurisprudence « *Handyside* », en 1976, confirme que la liberté d'expression est bel et bien appréhendée comme « l'un des fondements essentiels » d'une société démocratique et l'une des « conditions primordiales de son progrès »¹²⁰⁷. En prenant appui sur l'alinéa 2 de l'article 10, elle rajoute également que les restrictions susceptibles d'être apportées à cette liberté. Ces dernières doivent, derechef, correspondre à des « mesures nécessaires dans une société démocratique »¹²⁰⁸. La nécessité est ici traduite par la Cour comme un « besoin social impérieux »¹²⁰⁹. Fidèle à ces affirmations, elle a confirmé ce lien d'essentialité avec la liberté politique¹²¹⁰, qu'elle réitère par exemple dans l'arrêt *Aksoy c. Turquie* en 2000¹²¹¹.

162. La garantie de pluralisme. Différents corollaires de la liberté d'expression permettent, par ailleurs, d'appuyer son implication dans la démocratie politique, et donc les

¹²⁰² Cons. const., n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 37. Selon le Conseil, il s'agit « d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ».

¹²⁰³ Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 24.

¹²⁰⁴ Cons. const., n° 2010-604 DC, 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 4.

¹²⁰⁵ Cons. const., n° 2017-752 DC, 8 septembre 2017, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, cons. 12.

¹²⁰⁶ Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, cons. 8. Pour d'autres récents, voir : Cons. const., n° 2020-845 QPC, 19 juin 2020, M. Théo S. [Recel d'apologie du terrorisme], cons. 12 ; Cons. const., n° 2020-803 DC, 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence*, cons. 20.

¹²⁰⁷ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A, n° 24, §49.

¹²⁰⁸ Art. 10 al. 2 Conv EDH : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Dans la jurisprudence *Handyside*, la Cour précise que ces restrictions doivent être prévues par le droit national, antérieures aux faits litigieux et suffisamment accessibles et prévisibles. CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, précitée, §52.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, §48.

¹²¹⁰ CEDH, Gr. ch., 8 juillet 1999, *Surek c. Turquie*, n° 26682/95, §58.

¹²¹¹ Selon la Cour, la liberté d'expression offre, en effet, la possibilité « de résoudre par le dialogue et sans le recours à la violence les problèmes que rencontre un pays ». CEDH, 10 octobre 2000, *Aksoy c. Turquie*, n° 28635/95 et autres. Dans le même sens, CEDH, 10 novembre 2004, *Odabasi c. Turquie*, n° 41618/98, §24.

garanties qu'elle fournit à l'exercice des droits politiques. En premier lieu, figure le pluralisme. L'article 4 alinéa 3 de la Constitution donne au législateur la compétence de faire un référentiel nécessaire à « la vie démocratique de la Nation »¹²¹², concernant l'organisation et à l'action des partis politiques. Depuis sa décision *Loi relative à la liberté de communication* du 18 septembre 1986, le Conseil constitutionnel considère, en outre, le pluralisme des courants d'expressions socio-culturels comme un objectif de valeur constitutionnel, que son respect est, encore une fois, « une condition de la démocratie »¹²¹³ et qu'il participe, comme il l'a énoncé ensuite, à « la recherche d'une plus grande proximité entre les électeurs et leurs élus »¹²¹⁴. D'une même inspiration, le Conseil d'État en fait une liberté fondamentale¹²¹⁵. Une position similaire se retrouve dans la jurisprudence de la CEDH, notamment quant à la liberté d'expression et de formation des partis et groupements politiques. Selon elle, « il n'est pas de démocratie sans pluralisme »¹²¹⁶. De surcroît, l'État en est l'ultime garant¹²¹⁷. De manière chronologique, la liaison entre la liberté d'expression, le pluralisme et les droits politiques se voit finalement proclamée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, rajoutant un quatrième alinéa à l'article 4 de la Constitution : « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». La complémentarité de ces droits vient donc du fait qu'ils soutiennent l'exercice effectif des droits politiques¹²¹⁸. Elle reste néanmoins inmanquablement dépendante des différents régimes juridiques propres à chaque droit et liberté associés.

¹²¹² Art. 4 al. 3, Const. 1958 : « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

¹²¹³ Cons. const., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 11. À propos de cette décision, voir : MONTALIVET (P. de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, p. 76-77. Voir également, Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme Marine Le Pen [publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités ayant présenté un candidat à l'élection présidentielle]*, cons. 5.

¹²¹⁴ Cons. const., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, cons. 32 et 42. Le Conseil a également fondé le pluralisme sur l'article 11 de la DDHC de 1789. Voir, Cons. const., n° 2000-25 REF, 6 septembre 2000, *Requête présentée par Monsieur Charles PASQUA*, cons. 6.

¹²¹⁵ CE, ord., 24 février 2001, *M. Jean Tibéri*, n° 230611.

¹²¹⁶ CEDH, Gr. ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n° 19392/92, §43.

¹²¹⁷ CEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, série A, n° 276, p. 16, §38.

¹²¹⁸ Sur l'association entre le principe de pluralisme et l'article 4 de la Constitution, voir : Cons. const., n° 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*, cons. 4. Concernant la révision de 2008, la rédaction du troisième alinéa de l'article 4 s'explique notamment par une volonté de réaffirmer cette position et les droits des minorités parlementaires. Pour une analyse détaillée sur le sujet, nous renvoyons aux développements proposés par Jean-Christophe MENARD dans sa thèse. MENARD (J.-Ch.), *Le droit français des groupements politiques. Permanences et mutations*, Bruxelles, Larcier, coll. de thèses, 2011, pp. 207-212.

163. La libre expression du suffrage. La liberté d'expression du suffrage est une autre variante primordiale. Elle est l'exemple le plus caractéristique de l'imprégnation politique et démocratique de la liberté d'expression. Comme l'affirme le Professeur VERPEAUX, « la liberté d'expression est parfois présentée comme une liberté du citoyen dans la vie publique, au même titre que le droit de vote ou le droit à une nationalité »¹²¹⁹. Sur le plan conventionnel, l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention EDH précise bel et bien que les garanties assurant l'organisation des élections (intervalles raisonnables, scrutin libre et secret) assurent « la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif »¹²²⁰. L'idée est ici que la forme de gouvernement démocratique suppose une libre discussion et proposition des projets politiques, à condition que cette dernière ne vienne pas troubler les principes inhérents à la démocratie¹²²¹. C'est d'ailleurs, également, ce à quoi le Conseil constitutionnel veille en tant que juge électoral¹²²². Aux termes l'article 4 alinéa 1 de la Constitution, il contrôle le concours des parties et groupement politiques « à l'expression du suffrage »¹²²³. Le droit de l'Union européenne prévoit notamment un principe similaire à l'article 10 § 4 du TUE¹²²⁴. Selon ces garanties, « les partis sont donc largement reconnus par le droit comme des instances facilitant l'expression collective du peuple, permettant de définir sa “volonté politique” »¹²²⁵. Liberté fondamentale pour le Conseil d'État¹²²⁶, la liberté d'expression du suffrage occupe une place significative en tant que droit garantissant l'exercice des droits politiques.

¹²¹⁹ VERPEAUX (M.), « La liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 36. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-liberte-d-expression-dans-les-jurisprudences-constitutionnelles>. L'auteur poursuit : « En effet, constituant une condition de la liberté de la pensée, elle exprime l'identité et l'autonomie intellectuelle des individus et conditionne leurs relations aux autres individus et à la société ».

¹²²⁰ Art. 3, Protocole n° 1, Conv. EDH.

¹²²¹ CEDH, Gr. ch., 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, §§45 et 47 ; CEDH, 17 septembre 2009, *Manole et autres c. Moldova*, n° 13936/02, §95.

¹²²² Voir à ce propos l'analyse proposée par le Professeur GHEVONIAN. GHEVONTIAN (R.), « Le Conseil constitutionnel, le juge électoral et la liberté d'expression », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 36. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-juge-electoral-et-la-liberte-d-expression>.

¹²²³ Art. 4 al. 1, Const 1958 : « Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ». Voir, Cons. const., n° 2000-25 REF, 6 septembre 2000, *Requête présentée par Monsieur Charles PASQUA*, cons. 4.

¹²²⁴ Art. 10 § 4 TUE : « Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union ».

¹²²⁵ BRECHON (P.), « Les partis politiques dans l'expression du suffrage », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, p. 110.

¹²²⁶ CE, ord., 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, n° 229921/229922 ; CE, ord., 20 avril 2004, *Théron et autres*, n° 266582.

3. Les libertés d'association et de réunion

164. Liberté d'association et formation de la volonté politique. « Dans les pays démocratiques, la science de l'association est la science mère ; le progrès de tous les autres dépend du progrès de celle-là [...] Pour que les hommes restent civilisés ou le deviennent, il faut que parmi eux l'art de s'associer se développe et se perfectionne »¹²²⁷. Si, à l'instar d'Alexis de TOCQUEVILLE, il est valable d'arguer pour l'indissociabilité entre la liberté d'association et la démocratie, il est également aisé de constater que le droit donne largement raison à cette affirmation. Il s'agit ici de se concentrer sur l'implication démocratique de l'association et de sa participation, en tant que moyen de formation de la volonté politique. En suivant les termes du professeur MORANGE, il est opportun d'affirmer que la liberté d'association est à la fois « un support du principe démocratique » et « un support des libertés démocratiques »¹²²⁸. Sur le plan juridique, après sa proclamation en liberté publique par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative aux contrats d'associations, elle est érigée en principe fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil d'État¹²²⁹, puis par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1971¹²³⁰. Dans le droit supranational, elle est également prévue à l'article 20 DUDH et bénéficie d'une valeur conventionnelle au sens de l'article 11 de la Convention EDH, confirmée par l'arrêt *Yazar* en 2002¹²³¹. Sa mobilisation dans la formation de la volonté politique se remarque en liant les dispositions de la loi de 1901 et celles de l'article 4 de la Constitution relatif aux partis et groupements politiques¹²³². Ces derniers sont en effet considérés au regard du droit commun comme des associations, seules certaines spécificités ont été apportées à leur régime juridique¹²³³. L'article 4 de la Constitution précise à ce propos que les associations¹²³⁴ formées

¹²²⁷ TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, t. II, deuxième partie, chap. V.

¹²²⁸ MORANGE (J.), *La liberté d'association en droit public français*, Paris, PUF, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, 1977, p. 10 et p. 14

¹²²⁹ CE Ass., 11 juillet 1956, *Association des Annamites de Paris et Sieur Nguyen duc Frang*, Rec. leb., p. 317, RDP, 1956, p. 1371.

¹²³⁰ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, cons. 2 ; confirmé dans Cons. const., n° 91-299 DC, 2 août 1991, *Loi relative au congé de représentation des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique*, cons. 1.

¹²³¹ CEDH, 9 avril 2002, *Yazar, Karatas, Aksoy et le Parti du travail du peuple c. Turquie*, n° 22723/93 et autres, §49.

¹²³² MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 100.

¹²³³ Voir notamment, Cons. const., n° 59-2 DC, 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* ; Cons. const., n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 8 à 12 ; Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 *relative à la transparence financière de la vie politique*, JORF du 12 mars 1988, p. 3290) consolidée par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 ; Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 *relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, JORF du 16 janvier 1990, p. 633.

¹²³⁴ La liberté d'association bénéficie de qualifications juridiques, mais non d'une définition officielle systématique. Ainsi, nous reprenons la définition selon laquelle l'association est une « convention par laquelle deux ou

en partis et groupements politiques voient leurs missions strictement encadrées au service de la démocratie. Ces derniers doivent concourir à « l'expression du suffrage » (al. 2) et « participer à la vie de la Nation » (al. 1)¹²³⁵. Sur le plan logique, il apparaît dès lors que la liberté d'association garantit la formation (par ailleurs, de manière relativement libérale¹²³⁶) des partis et groupements politiques¹²³⁷ qui, une fois formés, ont en quelque sorte pour mission constitutionnelle d'œuvrer pour la démocratie. Ce principe présente donc simultanément une limite : nulle liberté d'association dans un but non démocratique¹²³⁸. Comme le dira Georges BURDEAU, il s'agit de la « soumission des partis à l'exigence démocratique »¹²³⁹. Sur le plan de l'opportunité, « la participation en démocratie n'est réelle que si les citoyens se regroupent pour tenter de faire partager leurs idées et de faire élire leurs candidats »¹²⁴⁰. Il en résulte un argument selon lequel la démocratie, et plus particulièrement représentative et parlementaire, n'est pas possible sans partis politiques. Une personne isolée ne peut influencer la volonté générale, c'est la rencontre des intérêts communs qui le permet. La liberté d'association a ainsi un rôle « d'intégration sociale »¹²⁴¹. Même si un tel raisonnement manifeste une teneur idéologique, il semble que le droit positif, sous l'aspect politique de la liberté d'association, en traduise les principaux traits. Par exemple, dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie* la Cour de Strasbourg mentionne expressément que « si l'on considère l'article 11 comme une garantie légale assurant le bon fonctionnement de la démocratie, les partis politiques constituent l'une des formes les plus

plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances et leurs activités dans un but autre que celui de partager des bénéfices ». RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, coll. Thémis, 7^e éd., t. 2, 2003, p. 127.

¹²³⁵ Voir à ce propos, COLLIARD (J.-C.), « Les partis politiques, oubliés des libertés publiques », in *Études offertes à Clause-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, p. 409 ; CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, op. cit., pp. 54-57.

¹²³⁶ Selon l'article 2 de la loi de 1901, une association peut être formée librement sans autorisation préalable, cette dernière permettant d'acquérir la personnalité juridique.

¹²³⁷ Considérant que la distinction entre groupement et parti est principalement due à des présupposés politiques lors de la rédaction de l'article 4 de la Constitution et que la notion de parti n'est pas définie par le droit. Nous renvoyons à la définition générale de groupement politique proposée par Jean-Christophe MENARD. Un groupement est ainsi considéré comme un ensemble d'« *affinitaires ayant pour but de déterminer médiatement les décisions publiques au moyen des libertés d'expression et en pourvoyant aux fonctions publiques électives et aux mandats électoraux* ». MENARD (J.-Ch.), *Le droit français des groupements politiques. Permanences et mutations*, op. cit., p. 199.

¹²³⁸ L'article 11 al. 2 ConvEDH énonce à ce propos clairement que les limites possibles à ce droit doivent constituer « *des mesures nécessaires, dans une société démocratique* ». C'est ce qu'a confirmé la Cour EDH à plusieurs reprises. Voir par exemple, CEDH, Gr. ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n° 19392/92, §§43-45. Voir également, Loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et milices privées, JORF du 12 janvier 1936. Sur ce point, voir : MENARD (J.-Ch.), *Le droit français des groupements politiques. Permanences et mutations*, op. cit., pp. 299-310.

¹²³⁹ BURDEAU (G.), *Traité de science politique. La démocratie et les contraintes du nouvel âge*, Paris, LGDJ, 1974, t. VIII, pp. 190-194.

¹²⁴⁰ MORANGE (J.), *La liberté d'association en droit public français*, op. cit., p. 10.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 13.

importantes d'associations protégées par cette disposition »¹²⁴². « On ne peut empêcher les citoyens d'user de la liberté d'association et de former des groupements politiques, à moins de renier l'idéal de liberté politique qui est inséparable de la vraie démocratie »¹²⁴³. Allant plus loin, il faut garder à l'esprit que cette liberté demeure en lien avec les autres libertés précédemment énoncées et que ces dernières se rejoignent dans un même but (la démocratie). Avec la liberté de réunion comme corollaire, il est possible de compléter l'arsenal des garanties des droits politiques.

165. La liberté de réunion et l'expression collective des idées. L'expression des idées et la liberté de s'associer se complètent par la liberté de réunion. D'une certaine manière, chaque liberté contribue à des degrés variables à l'effectivité de l'autre. En attestent notamment les articles 10 et 11 DDHC et 11 ConvEDH, dont chacun énonce cette complémentarité et leur inhérence vis-à-vis de la démocratie. Néanmoins, elles diffèrent au regard de leur régime juridique. Issue de la loi du 30 juin 1881¹²⁴⁴, elle n'a pas été consacrée en tant que PFRLR comme la liberté d'association, mais elle bénéficie tout de même d'une protection constitutionnelle relativement efficace. Théoriquement, donc, les deux libertés se distinguent. La Cour de cassation¹²⁴⁵ et le Conseil d'État¹²⁴⁶ l'ont d'ailleurs précisé en se basant sur le lien de permanence entre les membres¹²⁴⁷. En pratique, en outre, elles se complètent, car l'association pourrait difficilement exprimer ses idées si elle ne disposait pas de la permission de se réunir, en privé ou en public, pour diffuser ses idées¹²⁴⁸. Concernant les partis et groupements politiques, cette complémentarité semble indispensable. Tout d'abord, la jurisprudence *Benjamin* montre qu'une réunion publique ne peut être interdite légalement, si le trouble qu'elle génère présente un certain degré de gravité et que cette interdiction est un moyen nécessaire à

¹²⁴² CEDH, Gr. ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n° 19392/92, §23.

¹²⁴³ WALINE (M.), *Les Partis contre la République*, Paris, Rousseau et Cie, 1948, p. 48.

¹²⁴⁴ Loi du 30 juin 1881 *sur la liberté de réunion*, Rec. Duvergier, pp. 379-390 ; Loi du 28 mars 1907 relative aux réunions publiques, *JORF* du 29 mars 1907, p. 2493. On retrouve notamment sa protection, aujourd'hui, à l'article 431-1 du Code pénal disposant que « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

¹²⁴⁵ Cass., crim., 14 mars 1903, *Du Halgouët, S.*, 1906, p. 103.

¹²⁴⁶ CE, 6 août 1915, *Delmotte*, Rec. Leb., p. 275, concl. Corneille.

¹²⁴⁷ « La réunion constitue un groupement momentané de personnes formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions en vue de se concerter pour la défense d'intérêts. La réunion se distingue de l'association en ce que cette dernière implique un lien permanent entre ses membres ». CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, Rec. leb., p. 541, concl. Michel.

¹²⁴⁸ « Sans la liberté de réunion, aucune association n'est viable. Grâce à la liberté d'association, les réunions publiques peuvent devenir un le moyen de propagande au niveau national de partis et de groupes politiques qui contribuent à dégager la volonté nationale ». MORANGE (J.), *La liberté d'association en droit public français*, op. cit., p. 16.

la sauvegarde de l'ordre public¹²⁴⁹. Ensuite, dans une jurisprudence du 19 août 2002, le Conseil d'État mentionne, de plus, que la liberté de réunion est une liberté fondamentale¹²⁵⁰. Par ailleurs, il l'associe même à la liberté d'expression du suffrage¹²⁵¹ au sujet, par exemple, des réunions d'information organisées par des candidats politiques lors de campagnes électorales. Sur le plan constitutionnel, il apparaît également que la liberté de réunion, même par sa spécificité, est bel et bien alliée aux autres libertés qu'elle implique (liberté d'expression, liberté d'association, pluralisme, etc.). Cet assemblage est présenté, comme cela a été vu précédemment, par le droit d'expression collective des idées et des opinions¹²⁵². C'est principalement sous cette forme que ladite liberté trouve sa protection la plus efficace. La période d'état d'urgence a d'ailleurs été pour le Conseil l'occasion de préciser l'étendue et les limites de ce droit. Dans la décision QPC 2016-635 QPC, la Haute juridiction la rattache à l'article 11 de la DDHC et considère, de surcroît, qu'une restriction de la liberté de se réunir entraîne conséquemment une atteinte à l'expression collective des idées et des opinions¹²⁵³. En l'occurrence, le juge est donc amené à opérer un contrôle de classique proportionnalité, le conduisant à ne limiter cette liberté qu'en raison d'une nécessité de protection de l'ordre public¹²⁵⁴.

166. Les combinaisons de droit et liberté autour de la liberté de réunion forment, en conclusion, un ensemble de garanties aux droits du citoyen ou, autrement dit, aux droits politiques *stricto sensu*. L'indispensabilité de ces droits est effectivement avancée par les juges, qu'ils soient nationaux ou supranationaux, sous l'argument de la nécessité démocratique. Tel est ce qui découle d'une lecture positiviste : ces droits sont conditionnels à une société démocratique. Expression, réunion, manifestation, pluralisme ou expression collective des idées sont autant de garanties qui permettent un débat permanent entre les individus de la société, les citoyens et les citoyens représentants¹²⁵⁵. Les droits politiques sont donc spécifiques par leur nature, mais ils ne sont pas isolés dans leur mise en œuvre. Ainsi, la spécificité juridique de

¹²⁴⁹ Concernant les réunions politiques, voir par exemple : CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, n° 164299.

¹²⁵⁰ CE ord., 19 août 2002, *Front national, Institut de formation des élus locaux*, n° 249666.

¹²⁵¹ CE ord., 2 mars 2001, *M. Dauphine*, n° 230798.

¹²⁵² Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 16 et 24.

¹²⁵³ Cons. const., n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'état d'urgence]*, cons. 3, 6 et 10. Voir également l'arrêt de renvoi du Conseil d'État : CE, 15 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 395091. Voir à ce propos, DEYGAS (S.), « Police des réunions et lieux publics : conformité constitutionnelle des dispositions relatives à l'état d'urgence », *Procédures*, 2016, n° 4, pp. 32-33.

¹²⁵⁴ Cons. const., n° 2019-780 DC, 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, cons. 20.

¹²⁵⁵ Voir dans ce sens, CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, série A, n° 103, p. 26, §42 ; CEDH, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, série A n° 236, p. 23, §43.

chaque droit ou liberté n'est pas un frein à leur complémentarité ; et cela sert justement leur protection. Le problème qui demeure, une fois cela remarqué, est celui de la titularité de ces droits. Autrement, il est toujours question de catégories plus ou moins grandes de sujets de droits justiciables qui ont la possibilité de les faire valoir. Si la catégorie des titulaires des droits politiques est aisément identifiable, celle des sujets de droit fondamentaux est bien plus inclusive et témoigne d'une tout autre diversité.

§ 2. Les alternatives proposées par le modèle de citoyen-justiciable

167. Les propositions récentes visant à une redéfinition de la citoyenneté par les droits fondamentaux accompagnent des mouvances idéologiques et (ou) politiques proclamant l'association entre démocratie et droit de l'homme¹²⁵⁶. Ce contexte influence en effet largement la pensée juridique, de sorte que la citoyenneté semble conditionnellement pensée par association aux droits fondamentaux et aux possibilités de leur revendication. Il s'agit là d'une des conséquences logiques du paradigme démo-libéral, prônant une démocratie par droits de l'homme. Par leur implication, ces derniers sont alors associés à la citoyenneté en tant que plus-value, de sorte que sont apparues, en doctrine, un certain nombre de proposition visant à arguer d'une « citoyenneté des droits de l'homme » (A). Il demeure néanmoins opportun de préciser que cette réhabilitation politique des droits de l'homme découle d'une certaine méthode et d'une signification donnée à la politique. Il est alors intéressant de confronter cette pensée à la vision de Hans Kelsen des droits politiques. Ce dernier propose, en effet, d'octroyer aux droits fondamentaux une fonction politique, non dans le sens communément entendu, mais en tant que ces derniers permettent une participation à la formation du droit selon une logique fonctionnelle. Cette vision, guidée par un impératif de neutralité axiologique, permet, en ce sens, un détachement du lien exclusif entre citoyenneté et droits fondamentaux, pour proposer une vision du politique exclusivement basée sur un schéma procédural d'imputation de droits et non selon un argument de légitimité politique de l'exercice du pouvoir. Autrement dit, cette exception kelsénienne relative à la définition des droits politique propose, à sa manière, une vision dépolitisée des droits politiques (B).

A. Des propositions doctrinales relatives à une citoyenneté des droits de l'homme

168. L'association paradigmatique entre la citoyenneté et les droits de l'homme procède d'une démarche politique visant à répondre au constat d'une crise de la représentation. Pouvant être considérée comme un facteur de « dépolitisation »¹²⁵⁷, la revendication des droits de l'homme, incarnés positivement en droits fondamentaux, a aussi pu être interprétée comme un

¹²⁵⁶ DENQUIN (J.-M.), « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in TROPER (M.), CHAGNOULLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., p. 60.

¹²⁵⁷ Telle est, de manière représentative, la doctrine proposée par Michel VILLEY. Voir, VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, rééd. 2014, 176 p.

palliatif à cette crise, en générant une nouvelle forme d'implication du citoyen envers le pouvoir. La revendication des droits devient un moyen de perfectionnement du pouvoir, en voulant renforcer la correspondance entre les intérêts subjectifs des individus et les intérêts collectifs incarnés dans la communauté. Par là se dessinent les traits d'une « repolitisation ». Or, dans ce même contexte, il apparaît que la citoyenneté subit « une perte de sens », par une mobilisation du concept tous azimuts. Citoyenneté environnementale, citoyenneté administrative, citoyen consommateur, etc., sont autant d'exemples prônant une pluralisation de sens. « On n'échappe guère, en particulier, à l'exaspérante adjectivation du terme “citoyen”, le glissement du substantif à l'attribut portant en lui le risque d'un escamotage du sujet politique ou au mieux de son travestissement »¹²⁵⁸. Les phénomènes d'adjectivation de la citoyenneté (1) participent donc à créer une certaine confusion qu'il est avant toute chose nécessaire de dissiper. La doctrine juridique a par ailleurs tenté de donner cohérence à l'association entre citoyenneté et droit de l'homme en démontrant que la citoyenneté ne peut se passer des droits de l'homme et que, par extension, celle-ci est indissociablement liée à la jouissance des droits fondamentaux (2). Sont à ce titre prises pour exemple les propositions respectives de la professeure LOCHAK et du professeur BEAUD afin de montrer à la fois que, selon certains présupposés, cette logique peut être pertinente, mais qu'elle peut également être envisagée autrement.

1. Les phénomènes d'adjectivation de la citoyenneté

169. Une pluralité d'usages pour une confusion de sens. Le présupposé selon lequel la citoyenneté s'accompagne d'une faculté de revendication de droits a contribué à la multiplication de ses usages et conséquemment à sa perte de sens. Ce constat est symptomatique d'une utilisation prolifique de la citoyenneté, appréhendée comme un projet politique ces dernières décennies. Il apparaît une confusion avec ce que Georges BURDEAU appelle « l'homme situé », ou le « partisan », et « l'ayant droit »¹²⁵⁹. De cette manière est par

¹²⁵⁸ DUBOIS (J.-P.), « Citoyenneté, citoyennetés », *op. cit.*, p. 49.

¹²⁵⁹ Pour BURDEAU, il y a bel et bien une distinction entre le partisan et l'ayant droit, qui marque la séparation entre le politique et le juridique. « *Politiquement l'homme situé c'est le partisan. Juridiquement, c'est l'ayant droit. Cependant, c'est ce dernier titre qui le qualifie le plus exactement, car, pour lui, le parti est l'instrument de ses droits. Alors que le caractère essentiel du citoyen, c'est l'abnégation, l'homme situé est, par définition même, l'homme de la revendication* ». Si le partisan est dans la revendication de ses intérêts particuliers, ses actes trouvent, néanmoins, une répercussion plus générale. C'est ce qui conduit ce dernier à rechercher plus largement son droit à la liberté. « *Et c'est parce que la réalisation de ce droit postule l'affranchissement de l'individu à l'égard des contraintes que fait peser sur lui sa situation que l'homme situé peut légitimement prétendre aux interventions du Pouvoir qui viseront sa libération* ». Le partisan et l'ayant droit finissent ainsi par

exemple apparu le concept, largement répandu, de « citoyenneté administrative », présenté comme « le prolongement administratif de la citoyenneté politique »¹²⁶⁰. Résultat d'une démarche stipulative faisant écho aux évolutions des relations entre l'administration et les administrés, dont la loi du 12 avril 2000 marque la consécration¹²⁶¹, cette citoyenneté apparaîtrait avec la proclamation de droits, ainsi que le renforcement de procédures de participation des administrés envers l'administration. Par analogie, l'administré est considéré comme se trouvant dans une situation comparable à celle du citoyen politique face à l'État. Il est néanmoins possible d'opposer à cela trois atténuations. Premièrement, la loi 12 avril 2000 est principalement l'aboutissement d'une évolution des droits des administrés¹²⁶². Elle ne demeure pas créatrice d'une nouvelle citoyenneté. Deuxièmement, cette forme de citoyenneté emprunte une sémantique sans rendre justice à son fondement premier, qui est celui du principe d'autolégislation¹²⁶³ ; principe éminent de la citoyenneté politique¹²⁶⁴. Troisièmement, et de manière pragmatique, la catégorie des administrés ne compte pas spécifiquement que le citoyen, mais englobe aussi les nationaux, et les étrangers¹²⁶⁵. Selon les mêmes préceptes, ont été proposées une « citoyenneté environnementale »¹²⁶⁶, ou encore une « citoyenneté

se retrouver dans une démarche de revendication de liberté face au pouvoir. BURDEAU (G.), *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 1973, t. VI, p. 57.

¹²⁶⁰ Nous renvoyons à la thèse du Professeur DUMONT, pour tout développement détaillé consacrée à cette citoyenneté. Il n'en est ici présenté que les grandes lignes, afin de mettre en évidence les mutations du concept de citoyenneté, ainsi que la multiplication de ses usages. DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Lille, 2004, p. 152.

¹²⁶¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n° 0088 du 13 avril 2000, p. 5646. Les axes principaux de ladite loi sont, en effet, orientés vers l'accès aux règles de droit, ainsi qu'à des garanties de transparence. Voir, DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, *op. cit.* p. 662 ; ROUAULT (M.-C.), « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Commentaire de l'actuel projet de loi », *Droit administratif*, 1998, n° 7, pp. 6-11 ; ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration et les citoyens : la loi "DCRA" du 12 avril 2000 », *RFDA*, 2000, n° 4, pp. 725-736.

¹²⁶² Voir, par exemple, la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978, p. 2851, art. 1 à 13 ; loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JORF du 12 juillet 1979 p. 1711.

¹²⁶³ Telle est une des confusions que l'on peut faire ressortir de la proposition du Professeur Gilles DUMONT. « L'idée de renforcement de la participation des administrés ne doit pas induire en erreur. Toute participation à une structure ne signifie pas parallèlement qu'est en cause la citoyenneté ». MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁶⁴ Le terme de « citoyenneté politique » est ici mobilisé pour désigner le concept général de citoyenneté tel qu'il a été entrepris de le définir précédemment. Il est employé pour éviter les confusions au regard de « l'inflation sémantique » dont il est victime. Voir PICARD (É.), « La notion de citoyenneté », in MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est-ce qu'une société ?*, Université de tous les savoirs, Paris, éd. O. Jacob, 2000, vol. 3, p. 213.

¹²⁶⁵ L'emploi du terme « citoyen » dans la loi du 12 avril 2000 est principalement justifié par une volonté politique de proclamer une nouvelle façon plus démocratique de concevoir les rapports entre administrés et administration. Cet usage prolifique a est en somme motivé par la portée symbolique que porte en elle la citoyenneté. Voir à ce sujet, LE PORS (A.), *La citoyenneté*, *op. cit.*, 127 p.

¹²⁶⁶ MOLINER-DUBOST (M.), « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, n° 12, pp. 646-651.

constitutionnelle » sous l'argument d'une « démocratisation » de la constitution, notamment par l'apparition d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception avec la QPC¹²⁶⁷. Néanmoins, « le recours au pluriel ne masque-t-il pas un affadissement du concept, voire une perte de sens ? »¹²⁶⁸. « La constitution est débordée, en ce que la citoyenneté se ramifie »¹²⁶⁹, mais elle ne doit pas faire oublier le sens politique premier de la citoyenneté.

170. Une modernisation du sens de la citoyenneté. La citoyenneté s'érige en une « utopie créatrice »¹²⁷⁰, en ce qu'elle est mobilisée pour résoudre un problème politique conjoncturel, comme celui de la crise de la démocratie¹²⁷¹, pour traduire un certain discours idéologique. Le concept prend vie par sa justification. Chez Jean-Jacques ROUSSEAU, par exemple, le principe démocratique n'exige pas forcément le respect de libertés fondamentales. Il est considéré en priorité comme nécessaire l'idée que l'homme est libre par l'exercice de ses droits politiques, c'est-à-dire par le fait que les lois sont le fruit de sa volonté¹²⁷². Pour Michel VILLEY, la promotion des droits de l'homme devient même un facteur de dépolitisation qui porte atteinte, par voie de conséquence, à la substance même de la démocratie et donc de la citoyenneté¹²⁷³. Plus récemment, la thèse plus nuancée de Pierre ROSANVALLON appréhende la dépolitisation plus positivement comme un renouveau démocratie, ou comme le symptôme inévitable de la modernité. La contestation directe du peuple de ses droits fondamentaux contribue à reconstruire sous une forme actualisée le lien politique traditionnellement établi par le système représentatif républicain et conduit à une redéfinition de la démocratie¹²⁷⁴. Il se retrouve chez la professeure COLLIOT-THELENE une idée assez similaire, selon laquelle le

¹²⁶⁷ DUBOIS (J.-P.), « L'émergence d'une nouvelle citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel ? », in MOUTON (S.), (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole, 2016, pp. 75-86. L'appréhension de la citoyenneté par le biais de la procédure QPC pousse ici l'auteur à poser la question de l'apparition d'une « citoyenneté constitutionnelle ». Il est proposé une nouvelle figure de la citoyenneté, assimilable à la logique adoptée pour la citoyenneté administrative, à laquelle s'adjoindrait la possibilité de contestation directe des droits constitutionnels comme « *dynamique d'induction civique* » (p. 80). La faculté pour le citoyen de susciter la correction directe de la constitution, acte de souveraineté par excellence, redonnerait alors sens au pouvoir souverain du citoyen.

¹²⁶⁸ DUBOIS (J.-P.), « Citoyenneté, citoyennetés », *op. cit.*, p. 49.

¹²⁶⁹ GICQUEL (J.), « La citoyenneté au regard de la Constitution », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 39.

¹²⁷⁰ SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté*, *op. cit.*, p. 305.

¹²⁷¹ Voir à ce propos, CHEVALLIER (J.), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Janneau*, Dalloz, 2002, pp. 361-381.

¹²⁷² ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre II, chap. dIV.

¹²⁷³ VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 153.

¹²⁷⁴ Voir, ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Points, Seuil 2006, 344 p. ; ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. Les livres du nouveau monde, 2008, 367 p.

politique est supplanté par l'émancipation des droits subjectifs et l'internationalisation du droit¹²⁷⁵. La thèse de repolitisation, quant à elle, part de présupposés différents. En effet, le postulat idéologique d'une « démocratie des droits fondamentaux » tend à conditionner la citoyenneté comme objet de connaissance. L'idée peut se résumer selon un syllogisme relativement intuitif. La première prémisse majeure suppose, tout d'abord, que démocratie et droits fondamentaux vont de pair. La prémisse mineure suppose, ensuite, que le citoyen est l'individu indissociable et essentiel à l'existence de la démocratie. La conclusion est donc que citoyenneté et droits fondamentaux sont conditionnellement liés. Autrement dit, le raisonnement peut être résumé sous l'assertion suivante : la démocratie se définit par les droits fondamentaux, or, la citoyenneté est un élément essentiel à la démocratie ; donc la citoyenneté se définit par les droits fondamentaux. Cette vision, certes un peu caricaturale, est néanmoins représentative d'une certaine posture épistémologique partant du principe selon lequel « le citoyen est un sujet de droit [...], mais la citoyenneté est aussi un principe de légitimité politique¹²⁷⁶ ». Cette double caractéristique a donc suscité un élan doctrinal visant à renouveler et actualiser la notion de citoyenneté par le prisme des droits politiques et des droits fondamentaux.

2. La citoyenneté par les droits fondamentaux

171. Deux exemples de propositions peuvent ici être mis en avant, en raison de leur réception institutionnelle et en ce qu'elles sont représentatives de cette doctrine. De manière générale, si ces visions diffèrent dans leurs méthodes, elles partent d'un présupposé commun, selon lequel la citoyenneté n'est pas exclusivement limitée au phénomène de formation de la volonté souveraineté, mais que celle-ci s'oriente aussi vers l'opposabilité des droits. L'idée générale est que, *in fine*, « les droits de la défense ou les voies de recours sont représentatifs d'une citoyenneté aboutie »¹²⁷⁷. S'opère, par la même occasion, un moyen de rapprochement entre l'homme et le citoyen.

172. Le fondement de l'article 2 de la DDHC de 1789. La première proposition est celle présentée par la professeure LOCHAK¹²⁷⁸, pour qui le corollaire fondamental entre

¹²⁷⁵ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, 213 p.

¹²⁷⁶ SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁷⁷ GICQUEL (J.), « La citoyenneté au regard de la Constitution », *op. cit.*, p. 36.

¹²⁷⁸ Voir principalement, LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », *op. cit.*, pp. 179-207.

citoyenneté et droits de l'homme prend son essence à l'article 2 de la Déclaration de 1789. La citoyenneté ne peut donc pas se restreindre aux droits politiques, en ce que le but de toute association politique est, selon ledit article, apodictiquement lié à « la préservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »¹²⁷⁹. Le citoyen est à la fois un homme libre sur le plan individuel, et l'est aussi dans la sphère publique par les droits politiques dont il jouit¹²⁸⁰. Le lien syllogistique entre la démocratie et la citoyenneté se retrouve ici : « démocratie des droits de l'homme » signifie « citoyenneté des droits de l'homme ». « Les droits du citoyen ne valent rien sans les droits de l'homme, tandis que la citoyenneté ne s'arrête pas aux frontières du politique »¹²⁸¹. En outre, en accord avec les préceptes posés par la Déclaration, son essence se révèle dans le couple liberté/égalité¹²⁸². C'est de cette manière que l'auteure conclut au caractère exclusif de la citoyenneté, en comparaison aux étrangers. Les limites concrètes à l'universalisme des droits de l'homme de la Déclaration amènent à ce que soient réservés certains droits politiques à certains individus, de même que l'étranger peut être considéré comme dans une situation différente de celle du citoyen¹²⁸³, faisant finalement de l'égalité l'apanage de ce dernier¹²⁸⁴. Ainsi, cette citoyenneté est dans le politique, par une égalité de droits et une participation politique, et « *en deçà du politique* »¹²⁸⁵, où l'action citoyenne déborde vers les champs économiques ou encore sociaux, à l'image, encore une fois, de la pluralisation conjoncturelle des modes d'expressions démocratiques. D'ailleurs, une idée similaire ressort également dans l'esprit de la Convention EDH¹²⁸⁶, où règne l'idée d'une inséparabilité des droits politiques avec les autres droits de la Convention ; telle est l'exigence propre à une société démocratique, au sein de laquelle tous les droits et libertés sont essentiels¹²⁸⁷. Comme le commente, en ce sens, le professeur WACHSMANN, sur l'épanouissement mutuel de ces droits, « tous les droits ont une

¹²⁷⁹ Art. 2, DDHC 1789.

¹²⁸⁰ LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 189.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 194. C'est principalement sur ce point que la citoyenneté fait débat, suivant qu'il soit considéré l'assimilation ou la dissociation entre l'homme et le citoyen du point de vue du droit. Anne-Sophie MICHON-TRAVERSAC, plaçant la dissociation, argue par exemple du fait que les droits de citoyenneté se fondent sur des sources constitutionnelles différentes de celle de l'homme. Selon elle, « *alors que les droits de l'homme sont approfondis au sein des déclarations de droits, les droits du citoyen relèvent quant à eux de la constitution politique de la nation, de la Constitution stricto sensu* ». MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁸² LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 180.

¹²⁸³ Par exemple, Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 2, 15, 26.

¹²⁸⁴ LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », *op. cit.*, p. 194.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 195.

¹²⁸⁶ Pour une vue d'ensemble sur le sujet, voir : LECUYER (Y.), *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2009, pp. 163-276.

¹²⁸⁷ LEVINET (M.), « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2001, n° 86, p. 241.

dimension politique »¹²⁸⁸.

173. La thèse de la reconnaissance mutuelle entre l'État et le citoyen. La seconde proposition est celle présentée par le professeur BEAUD. En se basant sur le principe de « l'État-garant » initié par Georg JELLINEK, l'auteur conçoit la relation entre le citoyen moderne et l'État comme une relation de reconnaissance mutuelle¹²⁸⁹, ce qui le conduit à « réorienter l'étude de l'État en la faisant basculer du pouvoir souverain vers le Citoyen entendu (lato sensu) comme l'individu doté de droits opposables à l'État »¹²⁹⁰. La reconnaissance par l'État de droits fondamentaux au citoyen conduit à l'assimilation de l'opposabilité des droits à la citoyenneté, brisant ainsi le modèle traditionnel de domination politique de l'État sur le citoyen. Le citoyen est un sujet de droit, au sens où il est titulaire d'une prétention à pouvoir faire valoir ses droits — il est donc à la fois le « citoyen » et « l'homme » —, et non pas un sujet, entendu comme strictement soumis au pouvoir politique. Cette conception de la citoyenneté inclue donc à la fois les droits politiques et les droits fondamentaux, considérant que le citoyen est un sujet de droit politique, et en tant que personne, un sujet de droits fondamentaux. Mais elle va plus loin encore, puisqu'elle admet que les droits fondamentaux du citoyen acquièrent le statut de droits politiques. Il s'agit, par exemple, du cas de la liberté d'expression, considérée comme droit politique en tant que composante incidente de la citoyenneté¹²⁹¹. Par l'exemple du délit d'offense au chef de l'État, la teneur politique de la liberté d'expression, privilège accordé à « tout citoyen »¹²⁹², s'identifie « lorsque la manifestation de cette expression concerne la vie politique et témoigne du fait que, par l'usage de cette liberté, la personne entend participer de

¹²⁸⁸ WACHSMANN (P.), « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, 1998, n° HS, p. 176. À ce titre le professeur SUDRE oppose, quant à lui, que cette indivisibilité irréductible rend en même temps difficile toute entreprise tendant de typologie des droits inhérents à la démocratie. Sur cette réflexion, voir : SUDRE (F.), « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 386-390.

¹²⁸⁹ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), *op. cit.*, spéc. pp. 51-60 et 130-141. « La reconnaissance comme personne et comme membre de l'État est la base de toutes les revendications de droit public ; ces prétentions comprennent donc aussi bien celles dont l'État assure la réalisation à tous les hommes qui tombent sous son atteinte et celles qu'il réserve à ses membres proprement dits, en qualité de citoyen » (p. 51). Partant de là, le professeur BEAUD propose l'idée selon laquelle « le recours au droit permet de démontrer que l'État "constitue" le citoyen, tout comme le citoyen "constitue" l'État. Leur relation est une relation d'inclusion mutuelle, et non pas d'opposition ». BEAUD (O.), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 216.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 215.

¹²⁹¹ Voir à ce propos, BEAUD (O.), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, *op. cit.*, p. 57.

¹²⁹² Cass crim., 17 novembre 1964, *JCP* 664, IV, p. 166. Sous le fondement de ce droit, la Cour énonce que la libre discussion est associée à la possibilité de critique inhérente au régime démocratique. L'autre fondement est celui posé par l'article 11 de la DDHC de 1789 dont la formule, peu claire, laisse entrevoir la liberté d'expression comme une liberté inhérente à l'homme dont tout citoyen peut se prévaloir. « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

cette façon aux affaires publiques de son pays »¹²⁹³. La liberté d'expression fait ainsi lien entre les droits individuels et la communauté politique¹²⁹⁴. Cette idée est par ailleurs d'autant plus forte aux États-Unis, caractérisant une insertion politique fondamentale du *free speech*¹²⁹⁵. En généralisant, il est ainsi possible d'affirmer que le contentieux des droits fondamentaux « re-politise » la démocratie, en augmentant les occasions pour le peuple de s'exprimer¹²⁹⁶. Si ce raisonnement peut revenir à scinder la liberté d'expression en deux, entre un droit politique réservé au citoyen et une liberté individuelle octroyée à tout individu, l'auteur argue, *a contrario*, que les étrangers, par exemple, peuvent en faire un usage identique à celui des nationaux. Cette requalification tente ainsi de replacer les libertés individuelles dans la formation de la chose publique et pointe, par la même occasion, la porosité de la distinction entre droits de l'homme et droits du citoyen¹²⁹⁷.

B. L'exception kelsenienne : une forme de dépolitisation des droits politiques

174. L'assimilation entre les droits fondamentaux et les droits politiques, est proposée par Kelsen selon une méthodologie différente que celle des doctrines présentées ci-dessus. En effet, elle conduit le penseur viennois à dégager des usages spécifiques de ces deux droits, notamment autour du prisme des droits subjectifs¹²⁹⁸. Les droits politiques sont ici appréciés selon une approche fonctionnelle en ce qu'ils englobent les droits permettant « la participation des sujets du droit à la création du droit, à la fonction de création du droit »¹²⁹⁹. C'est en ce sens que la nature politique des droits fondamentaux est identifiée. Cette thèse à ceci d'intéressant qu'elle propose une autre définition du « politique », se voulant indifférente au privilège citoyen et permettant d'inclure de manière plus objective les justiciables. En effet, la contestation de ces derniers par la voie juridictionnelle laisse apercevoir une fonction de coopération à la

¹²⁹³ BEAUD (O.), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », *op. cit.*, p. 70.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹²⁹⁵ « *Car l'expression se rapportant aux affaires publiques est plus que l'expression personnelle, c'est l'essence du gouvernement autonome* ». CS, *Garrison v. Louisiana*, 379 US 64 (1964) cité in BEAUD (O.), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », *op. cit.*, p. 60. Voir également, HOCHMANN (Th.), *Le négationisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit compare*, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2013, 753 p.

¹²⁹⁶ GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, p. 84.

¹²⁹⁷ BEAUD (O.), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », *op. cit.*, p. 71.

¹²⁹⁸ Voir *infra*, Partie. 1, Titre. 1, Chap. 2, sect. 2, §2, A.

¹²⁹⁹ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2^e éd., 1999, p. 144.

création des normes générales¹³⁰⁰, qui est donc une fonction politique. Les droits fondamentaux sont alors appréhendés comme des normes correctrices de l'ordre juridique. Cette conception est ainsi opportune, car elle permet d'impliquer les droits fondamentaux dans le processus d'autonomie démocratique sans assimiler ceux-ci aux droits appelés strictement « politiques » tels qu'ils sont appréhendés dans les catégories traditionnelles de la doctrine. La logique kelsénienne passe d'abord par plusieurs précisions terminologiques visant à préciser la distinction entre droits subjectifs privés, droits fondamentaux et droits politiques (1). Ensuite, il s'agit de voir que la spécificité de cette approche, lui permettant d'inclure les droits fondamentaux, s'explique par le fait qu'elle est principalement conséquentialiste (2).

1. La distinction entre droits subjectifs privés, droits fondamentaux et droits politiques

175. Les distinctions définitionnelles proposées par KELSEN dans sa *Théorie pure du droit* se basent sur la technique et la finalité de ces trois catégories de droits. Tout d'abord, il voit dans les droits politiques une fonction de coopération¹³⁰¹ à la formation de la volonté étatique créatrice de normes. Il définit, de cette manière, un droit politique comme « le pouvoir juridique conféré à un individu, soit de coopérer à la création des normes générales qualifiées de lois, directement en tant que membre de l'assemblée de peuple législative, soit de concourir indirectement, en tant que sujet de droit électoral parlementaire ou administratif, à l'édiction des normes juridiques que l'organe élu est habilité à créer »¹³⁰². Dans le cas du régime représentatif, ce pouvoir juridique peut être réduit à un droit subjectif, d'un côté pour l'électeur et, de l'autre, pour l'élu. Or, ces droits subjectifs se distinguent des droits subjectifs privés, notamment au regard de leur fonction. Ces derniers sont en effet appréhendés comme « ce pouvoir juridique de faire valoir l'inexécution d'obligations juridiques », enjoignant un débiteur d'opérer une prestation envers un créancier à l'issue d'une décision de justice¹³⁰³. KELSEN évoque, enfin, les droits fondamentaux en tant que dispositions constitutionnelles précisant et limitant le contenu des lois et autres textes de concrétisation de la constitution. Ces dernières

¹³⁰⁰ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 1.

¹³⁰¹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 144.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 149.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 144. Là réside pour KELSEN la distinction avec le droit politique sur le plan technique. En effet ajoute-t-il qu'« à la différence du droit subjectif privé, il ne sert absolument pas à faire valoir l'inexécution d'une obligation juridique individuelle, il sert à participer indirectement à la création de normes juridiques générales qui établiront des obligations juridiques » (p. 145).

s'apparentent, autrement dit, à « des interdictions de porter atteinte, par des lois, ou par des règlements tenant lieu de lois, à l'égalité ou à la liberté garanties, c'est-à-dire de les supprimer ou de les limiter »¹³⁰⁴. Ces précisions faites, l'auteur poursuit son raisonnement en orientant ces différents présupposés vers un angle de vue spécifique, qui est celui de la coopération ou de la participation à la création ou la modification *lato sensu* du droit.

2. Une approche conséquentialiste

176. Sous ce prisme, Kelsen va procéder pour analogie afin d'associer, sous l'aspect précis de la coopération, droits subjectifs privés, droits fondamentaux et droits politiques. À ce titre, les droits fondamentaux, par leur fonction, vont réunir les droits politiques par leurs conséquences sur l'évolution du droit. Tout d'abord, il faut considérer que ces deux types de droits sont mobilisés dans des procédures différentes ; leurs définitions respectives le sous-entendent. Si la mise en œuvre des droits politiques a pour vocation explicite la participation directe ou indirecte à la formation du droit, celle des droits fondamentaux va s'exprimer par le biais du contentieux juridictionnel, dont la garantie sera leur justiciabilité. La revendication pour un titulaire pouvant être soutenue en relation d'un droit subjectif privé nécessite, en outre, d'analyser la nature d'une décision juridictionnelle. Car c'est bien la décision du juge qui est décisive quant à l'influence de la contestation sur l'ordonnancement juridique¹³⁰⁵. Par-là, la décision de justice est-elle assimilée à une norme. « Étant donné que l'acte par lequel une norme est annulée a signification de norme, la liberté-droit consiste alors dans le pouvoir juridique de concourir à la création de ces normes annulatrices »¹³⁰⁶. L'exemple le plus probant est celui où le Conseil constitutionnel censure la loi. La norme en question peut aussi avoir une portée modificatrice si le juge constitutionnel use, par exemple, de la technique des réserves d'interprétation. L'approche fonctionnelle des droits fondamentaux conduit l'auteur à y voir « le droit de concourir à la création de la norme par laquelle la validité de la loi inconstitutionnelle violant la liberté ou l'égalité garanties est annulée, soit d'une façon générale, c'est-à-dire pour tous les cas, soit d'une façon simplement individuelle, c'est-à-dire pour le cas concret seulement »¹³⁰⁷. En résumant l'analogie entre droits fondamentaux et droits politiques, il est possible de réduire la logique de la manière suivante : la technique et la procédure diffèrent,

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 145.

¹³⁰⁵ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

¹³⁰⁶ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 146.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 149.

les résultats, quant à eux, se rejoignent. Ainsi, ces deux types de droits impliquent, chacun selon leurs caractéristiques, une participation plus ou moins directe à la création ou la modification des normes générales¹³⁰⁸. L'aspect « politique » des droits fondamentaux s'entend ici comme phénomène entendu *lato sensu* d'influence sur l'évolution des normes générales selon les procédures prévues par l'ordre juridique¹³⁰⁹.

¹³⁰⁸ Voir en ce sens, GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques doctrinaux relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 65. On retrouve, par ailleurs, la même réflexion sur la conception kelsénienne des droits politiques chez la professeure COLLIOT-THELENE, expliquant l'influence du penseur autrichien dans relativisation des catégories de droits traditionnellement admises. « Kelsen déjà avait brouillé la distinction entre droits civils et droits politiques en remarquant que les droits subjectifs privés peuvent être considérés comme des droits politiques, en ce sens que l'individu participe à la production du droit en mettant en branle la machine judiciaire pour obtenir une décision de justice, de même qu'il participe à sa production en élisant les membres d'un corps législatif ». COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*, p. 251. L'auteure présente, d'ailleurs, une analyse relativement similaire où, en s'inspirant de la doctrine des droits subjectifs de Max Weber, elle associe également une fonction aux droits subjectifs sur l'évolution du droit par la contestation individuelle. Elle se distance en revanche de Kelsen par sa méthode. Là où ce dernier décrit, en effet, les conséquences de deux techniques juridiques différentes, l'auteure y adjoint une vision politique visant à démontrer l'insuffisance conceptuelle des principes de souveraineté et de citoyenneté dans l'application du principe d'autolégislation. « Plus la figure du sujet de droits, c'est-à-dire du sujet qui revendique des droits, acquiert d'importance dans la manière dont nous entendons la citoyenneté démocratique, plus la fiction de l'autolégislation perd en crédibilité ». COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, *op. cit.*, p. 21.

¹³⁰⁹ Voir, HERRERRA (C.-M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, p. 266.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

177. Postuler une redéfinition du *Demos* par le référentiel des droits fondamentaux s'apparente de prime abord à une perte de repères. Mais c'est aussi l'occasion de revenir à une certaine réalité, ou une certaine actualité. Indéniablement, la démocratie prend ses racines, antiques puis révolutionnaires, dans un principe d'auto-gouvernement par une communauté de citoyens reconnue comme souverains¹³¹⁰. Or, l'histoire œuvre aussi en ramifications, autant que la démocratie dévoile toute sa singularité dans sa situation dans le temps et par le droit¹³¹¹. Insérée dans un paradigme libéral, la soumettant aux principes de l'État de droit, celle-ci s'est vu progressivement joindre un autre élément identitaire : celui des droits de l'homme, concrétisés juridiquement en droits fondamentaux. La démocratie constitutionnelle ne peut pas se réduire à la relation traditionnelle entre les citoyens *stricto sensu* et l'État. Ce retour à l'*Homme*, permet de dépasser une logique démocratique qui serait strictement enfermée dans le cadre étroit et réducteur d'une communauté de citoyens pour être élargie à un corpus d'individus sujets de droits. Autrement dit, si la démocratie ne peut se passer des droits fondamentaux, et si ces droits ne sont pas exclusifs aux citoyens, alors la notion de peuple s'élargit autour d'un cercle plus diversifié où citoyens, nationaux ou étrangers sont tous des sujets de droits justiciables. Il ne s'agit pas, cependant, d'affirmer que la démocratie peut se passer d'une communauté de citoyens — là sont ses fondements, ses origines — mais plutôt de constater qu'elle ne peut exclusivement s'en satisfaire, car elle perdrait de vue une partie de son *Demos* ; tel est le pari contemporain du paradigme droits-de-l'homme. En effet, « plus le concept de souveraineté dans la culture politique perdra de son importance [...] plus la distinction entre national et étranger tendra à s'atténuer »¹³¹² ; et donc plus la réalité correspondra à celle d'une gradation entre sujets de droits fondamentaux. C'est alors, par ces droits fondamentaux, que ce *Demos* reprend forme. D'une part, la communauté des citoyens forme une catégorie « privilégiée », en ce que la citoyenneté se singularise par « la jouissance et l'exercice des droits de vote et d'éligibilité exercés lors d'élections politiques dans le cadre d'une communauté politique »¹³¹³. Mais, d'autre part, cette proposition permet seulement de préciser que « seuls les droits fondamentaux de nature politique isolent les citoyens, aussi bien des nationaux que des

¹³¹⁰ Voir, BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., pp. 208 et sv.

¹³¹¹ Sur ce point, voir aussi *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, sect. 1.

¹³¹² PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 391.

¹³¹³ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., p. 601.

étrangers »¹³¹⁴. La distinction s'opère quantitativement en termes de degrés de jouissance, de sorte que les droits fondamentaux politiques et non politiques sont à la fois distincts par leur objet et leurs destinataires, mais sont aussi complémentaires sous forme de garanties. Cette singularité rappelle les origines du principe d'auto-gouvernement, auxquelles la démocratie libérale s'est progressivement émancipée pour inclure les sujets de droits fondamentaux *sui generis*, ne bénéficiant pas du statut de citoyen. La participation à la création ou à la correction du droit s'opère par des formes diversifiées, dont celle de la contestation juridictionnelle des droits. Dès lors, par les garanties qu'offre l'ordre juridique, « le sujet de droit n'est plus seulement l'individu en tant que personnalité privée, mais aussi l'individu en tant que puissance publique de participation et de contestation démocratique »¹³¹⁵. Par là, le *Demos* s'uniformise sous l'égide de ces droits, tout en instaurant une autre diversité en son sein ; diversité qui ne s'articule pas strictement autour d'un dilemme d'inclusion ou d'exclusion de la citoyenneté, mais plutôt répartition, hiérarchisation, ou plus simplement, catégorisation de sujets de droits justiciables. Ainsi le peuple se dévoile : « c'est-à-dire de chaque unité, de tout un chacun en sa qualité de citoyen, de justiciable ou d'administré français »¹³¹⁶. Il s'agit là d'un autre pari pour le principe d'universalité, qui appelle fatalement à un « universel “relatif” », qui implique « ce jeu subtil d'un concept universel appliqué de façon différenciée, démontrant que l'universel n'est pas forcément synonyme d'uniformité »¹³¹⁷.

¹³¹⁴ *Ibid.*, p. 83.

¹³¹⁵ MEYER-BISCH (P.), *Le corps des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 253.

¹³¹⁶ VACHEY (J.), « La culture constitutionnelle du peuple. Propos introductifs », *RFDC*, 2020, n° 123, p. 587.

¹³¹⁷ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 406.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

178. Lorsque Benjamin CONSTANT présente la liberté des Modernes, celui-ci affirme que « nous avons perdu en imagination ce que nous avons gagné en connaissance »¹³¹⁸. Cette connaissance est celle de l'individu dans son individualité, autrement dit celle de ses droits subjectifs dans sa sphère privée, constituant un moyen de sortir de l'idéal démocratique d'une communauté politique harmonieuse, à l'image de celle des Anciens. Du point de vue de la philosophie politique, une partie de la doctrine contemporaine a poursuivi le raisonnement, considérant que l'universalité des droits l'homme a supplanté le politique. Elle deviendrait elle-même une politique, en identifiant un nouveau corps d'individus démocratiques (les sujets de droits justiciables) et devenant, par-là même, une nouvelle forme de conception de détermination des règles propres au vivre ensemble. Ainsi les droits de l'homme, dans leur principe idéologique, « vont apporter la figuration manquante de l'être-ensemble et de son devoir-être »¹³¹⁹. Ils viennent combler une lacune et demeurent indispensables à la compréhension des principes de peuple et de souveraineté. Ils en exigent une lecture actualisée. « À moins de ressusciter, sous une forme ou une autre, un analogue de la communauté politique soudée par le sentiment d'un destin partagé, l'avenir de la démocratie peut pourtant difficilement se concevoir autrement que comme une confirmation et un élargissement des droits garantis aux individus »¹³²⁰. Sur le plan juridique, c'est l'universalité des droits fondamentaux qui confronte la personne humaine sujet de droit au citoyen. À ce titre, si les droits politiques sont les seuls permettant de définir la citoyenneté, le champ de la protection des droits fondamentaux est plus général. Il inclut le citoyen, mais n'en proclame pas l'exclusivité. La relation entre l'individu et l'État n'implique donc pas seulement le citoyen, mais le sujet de droits justiciable *lato sensu*. Cette extension découle d'un acte de reconnaissance par l'ordre juridique d'une pluralité de sujets concrétisant le principe d'universalité, aboutit à la catégorisation de ces derniers, et étant destinataires de normes leur assurant l'effectivité de leurs droits, notamment par la voie juridictionnelle. De cette manière, la personnalité juridique suffit à instaurer un « système de relation »¹³²¹. Une telle affirmation reflète les présupposés inhérents

¹³¹⁸ CONSTANT (B.), *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, p. 206.

¹³¹⁹ GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, p. 269.

¹³²⁰ COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*, p. 256.

¹³²¹ JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics des administrés*, Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, LexisNexis, Litec, coll. Colloques et débats, 2011, p. 31. Cette affirmation reprend l'idée énoncée par JELLINEK,

à une théorie de l'État de droit voyant l'État comme œuvrant pour « la réalisation des droits »¹³²². *A contrario*, elle dissipe la vision traditionnelle de l'État pensé comme un pouvoir souverain de commandement¹³²³. Il s'en suit que l'appréciation du *demos* est redéfinie au profit des sujets de droits reconnus par l'ordre juridique, incluant les citoyens, mais isolant la spécificité de l'exercice de la citoyenneté à celui des droits politiques. L'analyse de la décision du 13 août 1993 du Conseil constitutionnel a permis de confirmer cette posture par la proclamation d'un principe général de jouissance des droits fondamentaux pour les étrangers. Se retrouvent alors simultanément des droits fondamentaux communs aux citoyens, aux nationaux, aux étrangers en situation régulière et en situation irrégulière. Cette pluralité de sujets oblige alors à raisonner en termes de catégories de sujets de droits justiciables, à l'image d'un schéma de cercles concentriques. « Cette décision permet ainsi d'isoler clairement la sphère politique dans laquelle le citoyen est le personnage central et exclusif. Se dessinent par conséquent autour de la figure du citoyen, seul doté de droits politiques, des cercles concentriques de droits fondamentaux caractérisés par des exclusions graduelles »¹³²⁴. Une fois ces sujets identifiés, une autre interrogation apparaît et pointe la possibilité de contestation de ces droits devant la justice. C'est par la contestation juridictionnelle que la relation entre l'individu et l'État prend la forme d'une relation entre le justiciable sujet de droits et l'État, et non seulement selon un rapport réciproque de souveraineté entre citoyen et l'État. La concrétisation de cette relation passe obligatoirement par la justiciabilité des droits fondamentaux qui entraîne, en conséquence, une mutation des repères démocratiques et des fondements du pouvoir. C'est alors la théorie constitutionnelle qui s'en voit directement impliquée, car la justiciabilité devient progressivement un standard : la Constitution en prescrit les garanties, de même que la Constitution devient, elle aussi, justiciable.

dans le développement de sa théorie de droits publics subjectifs. Ce dernier conditionne, en effet, la jouissance des droits à la personnalité juridique qu'octroient les organes de l'État à des catégories de sujets. Ils peuvent ainsi être tantôt reconnus comme membres du pouvoir souverain en tant que citoyens, tantôt comme sujets de droit sans disposer de la citoyenneté. « *La reconnaissance comme personne et comme membre de l'État est la base de toutes les revendications de droit public ; ces prétentions comprennent donc aussi bien celles dont l'État assure la réalisation à tous les hommes qui tombent sous son atteinte et celles qu'il réserve à ses membres proprement dits, en qualité de citoyen* ». JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), *op. cit.*, p. 51.

¹³²² *Ibid.*, p. 384.

¹³²³ BEAUD (O.), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », *op. cit.*, p. 215.

¹³²⁴ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, p. 78.

TITRE SECOND

UNE DEPOLITISATION AFFIRMÉE PAR L'OBLIGATION DE GARANTIE DES DROITS EN JUSTICE

« *Tout devient aujourd'hui "juridictionnalisable"* »¹³²⁵.

179. Le principe d'universalité des droits de l'homme prescrit une vision « dépolitisée » de la démocratie par la garantie des droits, en s'opposant à toute discrimination fondée sur la nationalité¹³²⁶. En d'autres termes, le critère d'appartenance à la communauté politique nationale devient non nécessaire. Le référentiel de la personne humaine sujet de droit prescrit une objectivité principielle donnant la possibilité, à chacun de ces sujets, de devenir des justiciables, afin de défendre leurs droits devant un juge. En arrière-plan, le phénomène de juridictionnalisation se voit prescrit et légitimé sous fondement de l'État de droit, « garant des conditions d'existence procédurales de la démocratie »¹³²⁷. À ce titre, le droit supranational confirme que cette permission d'agir est octroyée à « toute personne »¹³²⁸, de même que l'a rappelé le Conseil constitutionnel, dans ses propres termes et à l'appui de l'article 16 de la DDHC, à l'occasion de sa décision du 13 août 1993¹³²⁹. L'idée est ici de poser un standard d'effectivité étalonné selon le degré de justiciabilité des droits fondamentaux. Il est prescrit que chaque sujet puisse jouir d'un certain nombre de ces droits et qu'il dispose de la permission d'en faire vérifier la régularité par l'autorité juridictionnelle. Le concept de justiciabilité fait figure, en ce sens, d'élément fédérateur, en permettant de systématiser l'ensemble de ces phénomènes juridiques. Partant de là, il s'incarne comme un outil de connaissance visant à analyser le contenu du droit. Or, pour ce faire, il est nécessaire de surmonter l'obstacle de sa

¹³²⁵ ZENATI (F.), « Le citoyen plaideur », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Paris, éd. Autrement, coll. Séries Morales, 1994, p. 173.

¹³²⁶ CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 17371/90, §§42 et 50 ; Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33.

¹³²⁷ HUSSON-ROCHONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, p. 202

¹³²⁸ Voir, Art. 6§1 Convention EDH ; Art. 47 Charte DFUE.

¹³²⁹ « *Les droits de la défense [...] constituent pour toutes les personnes, qu'elles soient de nationalité française, de nationalité étrangère ou apatride, un droit fondamental à caractère constitutionnel* ». Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3. Voir sur ce point, FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^e éd., 2013, p. 721.

définition. Un premier constat permet, en effet, de noter que la signification du concept de justiciabilité fait l'objet d'un « pari communicationnel »¹³³⁰ confus. D'une part, le droit positif mobilise le terme et ses associations sans en donner une définition officielle et, d'autre part, immanquablement, la diversité des propositions doctrinales dont il a fait l'objet n'autorise pas à en faire ressortir un sens unique. La principale difficulté de cette entreprise réside dans le fait que la justiciabilité a une portée à la fois politique et juridique. Sur le plan politique, elle est liée à la place éminente que détient la justice au sein de l'État moderne. Le paradigme démo-libéral y voit, à ce titre, un rempart nécessaire contre l'arbitraire en protégeant les droits des individus contre les ingérences de la puissance publique¹³³¹ et ce, notamment, en réaction à une représentation politique jugée inapte à rendre compte des réalités sociales. Sur le plan juridique, elle surplombe un régime rassemblé autour de dispositions statutaires et procédurales garantissant aux justiciables un standard de qualité et d'effectivité de leurs droits. D'un côté, elle construit le statut de « justiciable » en visant des titulaires de droits, sujets de droits fondamentaux, habilités à en revendiquer le respect devant un organe de contrôle et, d'un autre côté, assure l'existence d'une diversité suffisante de procédures juridictionnelles et de droits procéduraux. Colonisant l'ensemble du droit et de la logique juridique moderne, elle est indicatrice d'une « processualisation » de la Constitution, qui a récemment été reconsidérée en droit constitutionnel¹³³². Fruit d'un long processus historique, ce constat actuel est le produit d'une logique libérale prônant une « démocratisation de la démocratie » par la promotion d'un État de justice (chapitre 1). Il s'agit en ce sens de considérer que la garantie de l'État de droit par la protection juridictionnelle des droits fondamentaux est une garantie de démocratie. Par extension, accroître cette protection revient dès lors à renforcer la démocratie. C'est dans ce contexte que l'exigence de justiciabilité est devenue progressivement un critère de la démocratie constitutionnelle. La difficulté qui se pose alors est celle de proposer une définition basée sur une description du droit positif, se voulant donc neutre et systématique¹³³³. Par ce biais, il est

¹³³⁰ Expression employée in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, p. 313.

¹³³¹ Sur ce point, voir par exemple : BECHET-GOLOVKO (K.), « Le rôle et le statut du juge : un élément de l'État à la croisée de la politique et de la société civile », in GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, Paris, Mare & Martin, coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne, 2018, p. 210.

¹³³² Voir, ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel », *Titre VII. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/vers-l-emergence-d-un-droit-processuel-constitutionnel>.

¹³³³ EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, t. 11, p. 29. Il est ici important de préciser que la démarche de connaissance, dans l'hypothèse de l'absence d'une définition juridique positive, est une construction initiée par la doctrine juridique. Charles EISENMANN a clairement montré la nécessité de discernement entre la description d'une définition

aussi permis de donner au principe d'universalité l'illustration de son opérationnalité. Une fois cet impératif satisfait, il s'agit de détailler plus précisément quelles en sont les manifestations au sein de l'ordre juridique. Par l'ensemble des droits fondamentaux et des obligations qu'elle rassemble, la justiciabilité prend la forme d'un standard d'évaluation des garanties inhérentes à l'accès au juge (chapitre 2).

préalablement posée par le droit (le concept concerné bénéficie alors d'un sens officiel), et la proposition formulée par le juriste, créant lui-même un concept lui servant d'instrument de connaissance et d'analyse systématique du droit, pour combler l'absence de définition officielle.

CHAPITRE 1. UNE « DEMOCRATISATION DE LA DEMOCRATIE » PAR LA PROMOTION D'UN ÉTAT DE JUSTICE

180. Conventionnellement mobilisé en tant que substantif, l'emploi qui est fait du concept de justiciabilité dans le discours sur le droit, autant que dans le discours juridique — que cela soit dans les textes juridiques ou dans le discours des interprètes officiels du droit tels que les juges — justifie d'en clarifier le sens. Les exigences d'une telle entreprise sont principalement de deux ordres. La première consiste, à partir d'une analyse diachronique, à éclairer le concept dans l'évolution de ses usages. La justiciabilité est, en effet, un terme situé. Sa généalogie permet d'éclairer sa signification, en montrant notamment que son sens suit l'évolution de la place et de la symbolique de la justice au sein de l'État de l'Ancien régime à nos jours. Elle permet, en outre, de mettre en avant la progression des relations entre l'individu et l'État par le biais de la justice. L'influence de la tradition libérale et de la doctrine juridique en fait un concept aujourd'hui décisif, en ce qu'il est mobilisé pour servir une vision de la justice comme moyen de revendication des droits subjectifs. Il est ainsi un concept clé de la démocratie constitutionnelle actuelle. Sur le plan politique, il soutient la place octroyée aux juges en tant que « vigies de la société »¹³³⁴. Comme en témoignent les propos de Jacques ROBERT, « une justice, quelle qu'elle soit, n'est jamais faite pour les juges ou les auxiliaires de justice, pour leur propre confort ou leur propre sécurité. Elle est faite pour les justiciables ». L'importance allouée à la justiciabilité justifie alors d'en éclaircir le sens dans son acception juridique. Il s'agit ici de la seconde exigence, laquelle consiste à contextualiser l'utilisation de la justiciabilité, pour ensuite en généraliser le sens au regard du droit, et en faire ressortir un usage autonome et opératoire. L'opération de qualification qui en découle, contribuant à « donner un nom aux choses et de les caractériser juridiquement »¹³³⁵, consiste à isoler un sens strictement juridique au regard de son utilisation par et dans le droit positif. À l'issue de cette démarche, en ressort une définition stipulative caractérisant la justiciabilité comme un phénomène juridique impliquant l'existence de procédures juridictionnelles, donnant la possibilité à tous titulaires de droits habilités à invoquer en justice toutes normes directement ou indirectement invocables susceptibles, devant un juge, de faire l'objet d'un contrôle ou de faire office de normes de référence à un contrôle, en fonction des conditions de recevabilité prescrites par l'ordre

¹³³⁴ ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 5^e éd., 2016, p. 658.

¹³³⁵ CAYLA (O.), « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, p. 3.

juridique. L'affirmation de la justiciabilité en tant que standard démocratique permet de constater le fait que, dans un certain, celle-ci est une construction relativement logique d'une modernité juridique prônant le primat de l'individu sujet de droit (section 1). Concomitamment, donc, la justiciabilité vient à s'imposer comme un concept nécessaire à la démocratie constitutionnelle (section 2).

SECTION 1. UNE CONSTRUCTION DE LA MODERNITE JURIDIQUE

181. La difficulté de cerner le concept de justiciabilité tient à la fois en ce qu'il englobe un ensemble de phénomènes et de situations relatifs à la justice et en ce qu'il s'inspire de manière générale du langage commun. Selon la définition proposée par le dictionnaire « Littré », le justiciable est « celui qui appartient à la juridiction de certains juges ». Cette définition, qui résume peu ou prou son sens originel, sous-entend que l'implication de l'individu dans une procédure juridictionnelle place celui-ci dans une situation spécifique. Le terme est, en résumé, entendu substantivement comme l'acquisition du statut par une personne de certaines prérogatives dues à son engagement dans une procédure juridictionnelle. Au sens normatif, le statut regroupe un ensemble de permissions et d'obligations conférées par le droit positif. Ce postulat général fait que le statut de justiciable est une constante, tout en témoignant, néanmoins, d'une évolution quant à sa charge symbolique. Pour ce faire, il doit être contextualisé sur le plan idéologique, afin de comprendre par la suite la manière dont il est concrétisé en droit positif. La justiciabilité fait office de témoin d'une construction de l'État par la modernité juridique. Elle est, à ce titre, la manifestation concrète et dynamique de la place de la justice dans une certaine conjoncture et plus particulièrement dans la relation entre l'individu et le pouvoir étatique¹³³⁶. Cette contextualisation demeure le premier paramètre à prendre en compte. Il en est ensuite un second, relatif au sens à donner au concept de justiciabilité. La démarche visant à en dégager une définition opératoire doit prendre en compte, d'une part, l'évolution du sens que celui-ci a pu subir jusqu'à nos jours et, d'autre part, l'abondance de son emploi, ces « incertitudes terminologiques et conceptuelles », la « profusion de notions connexes »¹³³⁷, en raison de sa mobilisation dans une multitude de discours attrayants à la justice. L'utilisation des termes « justiciabilité » ou « justiciable » est ainsi et souvent intuitivement fondée par son lien logique avec la justice. N'étant pas forcément l'apanage du vocabulaire juridique technique, ces derniers sont principalement placés — que cela soit par le législateur, le juge, ou la doctrine — dans une acceptation très générale, voire abstraite, qui tend à en dissimuler les subtilités et les spécificités. Le constat d'une évolution de paradigme (§1) permet, tout d'abord, de comprendre ses implications contemporaines et son omniprésence

¹³³⁶ Pour une analyse en ce sens dans l'histoire constitutionnelle allemande, nous renvoyons à la thèse de la professeure GAILLET. Voir, GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012, 531 p.

¹³³⁷ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, pp. 19 et 28.

dans le discours démocratique. Afin de prendre la justiciabilité comme instrument de connaissance du droit, il est ensuite nécessaire, pour pallier cette absence de définition « officielle », de mettre en évidence les éléments permettant d'en faire un concept autonome (§2).

§ 1. Une évolution de paradigme

182. Comprendre le sens du concept de justiciabilité, c'est se référer logiquement à une certaine vision, ou symbolique de la Justice. La justiciabilité est ancrée dans l'histoire ; elle suit celle de la justice. En tant qu'objet construit, elle doit être étudiée selon la conjoncture dans laquelle elle s'insère. De même qu'avant d'être dans les procédures, la justice est elle-même dans la Cité. Elle reflète, par régression, une certaine doctrine de l'État. Les grandes étapes historiques de la pensée de l'État et, par suite de la justice, permettent, en effet, de tracer une évolution de paradigme. Le libéralisme politique, le constitutionnalisme classique et moderne¹³³⁸ — ou encore le néo-constitutionnalisme — ou encore le droit-de-l'homme sont autant de marqueurs essentiels à la présentation de la toile de fond du présent concept. Au commencement, c'est le passage de « l'État des sujets » d'Ancien régime à « l'État des citoyens » consacré à la Révolution¹³³⁹ qui a mis en mouvement une première rupture de paradigme. Le tournant libéral opéré au XIX^e siècle a ensuite été propice au développement des racines idéologiques de la justiciabilité, autant par l'émancipation progressive de la justice sein de l'appareil étatique que par la symbolique qu'elle a progressivement conquise au sein de la société civile¹³⁴⁰. Ainsi, relativement neutre lors de ses premières évocations, le concept de justiciabilité s'est développé et formalisé sur la base d'une charge axiologique liée à la fois la fonction politique et juridique de la Justice au sein des rapports plus ou moins conflictuels entre l'individu et la puissance publique. L'universalisme d'après-guerre, et la concrétisation progressive des principes de l'État de droit ont fini par sceller la justiciabilité dans son acception moderne, comme concept inhérent et indispensable à la démocratie. Si aujourd'hui il est dès lors possible d'en faire ressortir une définition conventionnelle, c'est en effet à partir de cette généalogie ; et pour ce faire, il est opportun d'étudier les raisons ayant engendrées la mutation de ses usages. Cette brève historiographie permet alors de mettre en évidence le passage d'une approche historique situationnelle de la justiciabilité (A), vers une approche fonctionnaliste (B) amenant à sa définition contemporaine.

¹³³⁸ Sur l'inspiration libérale du constitutionnalisme, voir : RAYNAUD (Ph.), « Constitutionnalisme », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 266.

¹³³⁹ Sur ce changement de paradigme, voir : BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, 512 p.

¹³⁴⁰ Voir, KRIEGEL (B.), *Propos sur la démocratie. Essai sur un idéal politique*, Paris, Descartes & Cie, 1994, t. 3, p. 67.

A. L'approche historique situationnelle

183. La mobilisation d'une approche historique situationnelle permet de refléter une conception de la justiciabilité, aux alentours des XII^e et XIII^e siècle, par les premières utilisations du terme « *justiciable* ». Il est possible de remarquer que l'utilisation du terme, à ses débuts, n'appartient pas à un vocabulaire juridique spécifique ; il est plus simplement appréhendé comme substantif. Initialement assimilé au sens « moral » de « juste », il va progressivement acquérir un sens juridique¹³⁴¹. Intuitivement alors, définir le justiciable contraint de s'appuyer sur une tautologie selon laquelle « le justiciable est un individu justiciable d'une juridiction », ou encore « le justiciable est celui qui se pourvoit en justice ». La neutralité de sa signification peut s'expliquer dès lors que l'expression est resituée dans son contexte. La vision originaire du justiciable s'accorde, plus spécifiquement, avec la représentation de la justice d'Ancien Régime à laquelle elle est liée. L'individu justiciable y est appréhendé comme sujet à une justice rendue au nom pouvoir souverain du Roi. Selon la doctrine traditionnelle de Jean BODIN, postulant une vision descendante du pouvoir, il ne pourrait y avoir de relation conflictuelle entre l'individu et l'État, dans le sens où cela conduirait à considérer que la justice serait, pour le justiciable, un moyen de défiance envers l'action de son souverain. Le justiciable est dans une situation de sujétion vis-à-vis du pouvoir. L'approche historique situationnelle place donc la justiciabilité dans ces origines historiques et le statut de justiciable dans une situation purement procédurale. Elle répond, d'une part, à un principe de soumission à la justice (1) et illustre, d'autre part, l'impersonnalité du statut de justiciable (2).

1. Un principe de soumission à la justice

184. La réduction à une simple situation de fait. L'identification d'un sens général de la justiciabilité, au regard de ses premiers usages, peut s'effectuer par la recherche d'une définition ostensive¹³⁴². Une généalogie de l'usage du concept met en évidence un sens premier caractérisant un individu *justiciable* d'une juridiction¹³⁴³. Son apparition, entre le XII^e et le

¹³⁴¹ Telle est l'évolution présentée par Alain REY. Voir, REY (A.), « Justiciable », in *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1995, p. 1153.

¹³⁴² Une définition ostensive « se dit d'une définition montrant comment un objet est généralement perçu dans la réalité ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 308.

¹³⁴³ Voir en ce sens, MENGES LE PAPE (Ch.), « Injusticiable et injusticiabilité : histoire des mots et de leurs applications », in SERRAND (P.), SZWEDO (P.), *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ?*, Étude publiées en hommage au professeur Jacques Leroy, Biblioteka Jagiellonska, 2018, pp. 41-50.

XIII^e siècle, montre que la justiciabilité caractérise l'état de celui qui est justiciable, et qui est donc responsable devant une juridiction déterminée. Cette dernière présente, en ce sens, un intérêt majeur sur le plan procédural. Elle est, pour une juridiction, l'affirmation de son domaine de compétence sur telle ou telle matière et sur tel territoire déterminé. Il est d'ailleurs intéressant de voir que la question de la justiciabilité est essentiellement abordée au sein de textes relatifs à des conflits de juridiction¹³⁴⁴. Le problème systématiquement posé est celui de savoir quelle est la juridiction compétente pour juger de la situation d'un justiciable¹³⁴⁵.

185. La sujétion à une justice souveraine. L'absence d'attention portée à la situation du justiciable se comprend au regard de la symbolique de la justice à partir du XIII^e siècle. La professionnalisation de la justice, consécutivement à un mouvement de sécularisation, a engendré la substitution d'une justice rendue selon des principes moraux ou religieux, à celle professant « l'art du juste » (*ars boni et aequi*). Elle progresse fidèlement aux grands principes du droit romano-canonique¹³⁴⁶, eux-mêmes inspirés de l'articulation du *jus* et de la *justitia* développée par ARISTOTE et reprise par SAINT THOMAS D'AQUIN¹³⁴⁷. Cette vision transcendante de la justice, comme ordre supérieur aiguillant l'individu en sa communauté sur une séparation entre le juste et l'injuste, fait de la justice l'apanage du Roi¹³⁴⁸ et l'expression d'une obligation souveraine dictée par Dieu¹³⁴⁹. L'adage selon lequel « toute justice émane du Roi » est fidèle au principe d'une justice retenue, rappelant cette marque souveraine dont

¹³⁴⁴ Une analyse lexicographique permet de mettre en évidence quelques exemples. Voir notamment : THIERRY (A.), *Recueil des monuments inédits de l'histoire du Conseil d'État*, Paris, Firmin Didot Frères, première série, t. 1, 1850, p. 197, « Reconnaissance d'une convention entre l'abbaye du Gard et la commune d'Amiens » (1221) ; p. 263, « Sentence arbitrale rendue en parlement contre la commune d'Amiens » (1290) ; p. 310, « Transaction entre la commune d'Amiens et le Seigneur Riverly » (1300).

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 488. On peut citer l'exemple de l'« arrêt du Parlement pour la mise en liberté d'un bourgeois d'Amiens détenu dans les prisons de l'évêché » (1341), où le Parlement dû apprécier d'un litige dont l'autorité communale se prétendait compétente contre l'arrestation d'un bourgeois préalablement reconnu justiciable par l'autorité ecclésiastique et comme soumis à sa juridiction. Plus largement, la justiciabilité est une reconnaissance de sociabilité et de civilité. La prétention à la justice est donc, en ce sens, une caution.

¹³⁴⁶ KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2009, t. I, p. 15.

¹³⁴⁷ Voir à ce propos, ARISTOTE, *Sur la Justice. Éthique à Nicomaque*, livre V, trad. R. Bodeüs, Paris, Flammarion, 2008 ; SAINT THOMAS D'AQUIN, « Traité de la justice », in *Somme théologique*, IIa, IIae, q. 58. Pour une analyse développée sur ces thèses, QUAGLIONI (D.), *À une déesse inconnue. La conception pré-moderne de la justice*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003, spéc. pp. 53-61.

¹³⁴⁸ Le principe de justice retenue est, en effet, celui qui gouverne la justice royale. ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, op. cit., pp. 41-54. À partir de 1715, ce principe perdure, mais est enrichi, et surtout complexifié, par la création des officiers de justice chargés de rendre la justice au nom du Roi (*Ibid.*, p. 54 et svt.).

¹³⁴⁹ COUNET (J.-M.), « Justice », in GAUVARD (CL.), LIBERIA (A. de), ZINK (M.) (dir.), *Dictionnaire du Moyen-Âge*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2004, p. 312.

dispose ce dernier envers ses sujets¹³⁵⁰. Reprise par Jean BODIN¹³⁵¹, cette conception se développe ensuite vers une dépossession progressive de la justice contentieuse au profit des cours et des tribunaux, rendant justice au nom du Roi¹³⁵². La justice est alors rendue par des magistrats, représentants du Roi, sous l'égide des parlements. « Les cours souveraines font parler les rois en leurs arrêts »¹³⁵³. Au regard de son évolution ultérieure, concernant à la fois une concurrence progressivement établie entre les parlements et le Roi au XVIII^e siècle, et le développement de la pensée des lumières, cette vision de la justice explique l'absence d'intérêt porté à la justiciabilité. Elle s'insère plus largement dans les conceptions respectives de l'individu et de la souveraineté prévalant sous l'Ancien régime. La justice dépasse l'individu, théoriquement d'une part, dans ses principes transcendants, et concrètement, d'autre part, en ce qu'elle émane d'une prérogative souveraine faisant de l'individu un sujet¹³⁵⁴. Aussi est-il possible de parler d'un « État des sujets »¹³⁵⁵. Le justiciable n'est alors qu'un simple individu plaidant sa cause, effacé derrière l'expression de l'autorité souveraine qu'est la justice.

2. Un principe d'impersonnalité du statut

186. L'impersonnalité du statut. Au regard de cette conception de la justiciabilité, l'approche historique situationnelle s'illustre par le fait que l'individu est soumis aux règles procédurales de la juridiction à laquelle il est soumis. Cette soumission se matérialise par la reconnaissance d'un statut spécifique, se formant au regard de sa situation de sujet de droit à une procédure précise sous l'autorité d'une juridiction reconnue comme telle¹³⁵⁶. Pour le dire autrement, est reconnu comme justiciable tout individu identifié dans une *situation* de soumission à une autorité juridictionnelle compétente pour juger du litige dans lequel il est impliqué. Prendre pour référentiel systématique la juridiction compétente pour identifier le

¹³⁵⁰ Voir, KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., pp. 24-38.

¹³⁵¹ Voir, BODIN (J.), *Les six livres de la République* (1576), Livre IV, chap. VI.

¹³⁵² KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 62.

¹³⁵³ LA ROCHE-FLAVIN (B. de), *Treize livres des parlements de France*, 1621, livre XIII, chap. LXI, p. 824, cité par KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, op. cit., p. 73.

¹³⁵⁴ Cette conception de la souveraineté est caractéristique de l'Ancien Régime, tel qu'elle a été inspirée par la pensée bodiniste. Celle-ci s'exerce en effet par une monopolisation du droit positif par le Prince.

¹³⁵⁵ Nous reprenons ici l'expression employée par le professeur BEAUD. L'« État des sujets », caractéristique de l'approche du pouvoir d'Ancien Régime, est guidé par une légitimation descendante, du Prince vers la société. Voir, BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, op. cit., spéc. p. 24 et p. 197.

¹³⁵⁶ Voir sur ce point, GAUVARD (Cl.), « Droits et pratiques judiciaires dans les villes du nord du royaume de France à la fin du Moyen-Âge », in CHIFFOLEAU (J.), GAUVARD (Cl.), ZORZI (A.) (dir.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'occident à la fin du Moyen-Âge*, Rome, Publications de l'École française de Rome, coll. de l'École française de Rome, 2013, pp. 33-79.

statut de justiciable demeure, par ailleurs, logique. Le lien sémantique entre *justice* et *justiciable* est aisé à déterminer et relève ici d'un constat purement pragmatique. La présente approche s'explique donc en relation à cette conception de la justice. Étant considéré de manière générale comme un sujet, le justiciable est logiquement dépersonnalisé.

187. Une approche strictement formaliste. Cet état de soumission à une procédure juridictionnelle, liée par extension au domaine de la justice, renvoie à une conception relativement neutre. La charge symbolique du « justiciable » se reflète dans celle allouée à la justice. Dès lors, l'assimilation de la justiciabilité à l'acquisition d'un statut intrinsèquement lié à une implication dans une procédure liée à la justice ne laisse entrevoir qu'une conception strictement formaliste. Le statut de justiciable ne manifeste, en effet, aucun attachement à une vision philosophique ou politique liée à un éventuel rapport conflictuel entre l'individu et le pouvoir comme professé par la pensée libérale moderne. Ce simple constat est néanmoins important à noter, car il permet de déduire que le domaine procédural absorbe l'identité concrète de l'individu pour conférer à ce dernier un statut objectif. La question de l'identité concrète de l'individu est seulement une question préalable qui détermine sa faculté à être reconnu comme justiciable¹³⁵⁷. Autrement dit, elle détermine si sa situation lui permet de bénéficier ou d'être un obligé de la justice. Cette qualité de celui qui est jugé, une fois acquise, demeure impersonnelle sur le plan conceptuel. Les premiers éléments de définition proposés par Christian ATIAS reviennent notamment sur cette acception formelle de la justiciabilité, appréhendée comme « une possibilité, une aptitude, une soumission potentielle à une autorité, à un pouvoir et à ses décisions, à un régime, à un traitement »¹³⁵⁸. Cela se traduit, pour le justiciable, par « la possibilité d'être jugé par une juridiction ou sous un régime »¹³⁵⁹. C'est ainsi la conception qui prévaut du XII^e jusqu'aux alentours du XVIII^e siècle¹³⁶⁰. L'interprétation de la justiciabilité évoluera ensuite parallèlement d'une conception philosophique et politique de l'individu.

¹³⁵⁷ Ce peut être, par exemple, s'il s'agit d'une personne physique ou morale, la position sociale de l'individu ou encore sa profession.

¹³⁵⁸ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 2004, p. 798.

¹³⁵⁹ *Ibid.*

¹³⁶⁰ Voir, en ce sens : FARCY (Cl.), *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherches*, Paris, PUF, 2001, coll. Droit et Justice, 494 p.

B. L'approche fonctionnaliste contemporaine

188. Le changement majeur du contenu axiologique accolé au statut de justiciable suit un basculement idéologique relatif aux relations entre l'individu et l'État. Le bouleversement philosophique opéré par la pensée des lumières, et relayé à la Révolution de 1789, impose progressivement l'empreinte d'un libéralisme politique prônant l'autonomie et la liberté de l'individu en vue de s'émanciper de la traditionnelle vision tutélaire du pouvoir. Faisant de l'individu la source et la fin du droit, elle tend à le transformer progressivement en un potentiel justiciable, susceptible de contester les décisions prises par les délégataires du pouvoir. Pour reprendre les mots de KANT, le justiciable n'est plus le *mineur* assujéti à l'État ; il devient le *majeur*¹³⁶¹ à l'encontre duquel est supposée une faculté de contestation envers les décisions auxquelles il est présumé devoir obéir. La justice devient un instrument d'interrogation légitime — et légale — de l'autorité. Dans l'esprit des révolutionnaires, en effet, Justice est synonyme de liberté¹³⁶². Ceci est ensuite rendu possible, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, avec l'affirmation d'une justice entendue comme « autorité », faussement appelée « pouvoir », à part entière et séparée des autres pouvoirs de l'État. Dominée par le culte de la loi, elle n'est au départ, non pas un pouvoir voué à jouer le jeu de la tempérance face à ses homologues législatif et exécutif, mais s'autonomise par l'exerce d'une fonction spécifique : la fonction juridictionnelle¹³⁶³. C'est par la suite que ce « pouvoir » juridictionnel s'émancipe de lui-même. Si cette évolution est majoritairement symbolique au départ, elle fait progressivement l'objet d'une lente concrétisation en pratique. Dans le même temps, la charge symbolique octroyée au statut de justiciable traduit l'évolution de l'usage du concept de justiciabilité. Ainsi le justiciable porte en lui l'image d'un individu légitime à être défiant vis-à-vis du pouvoir politique. C'est en

¹³⁶¹ KANT, *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, 1784, trad. J.-F. Poirier et Fr. Proust, Paris, Flammarion, 1991.

¹³⁶² Voir, en ce sens, les propos éloquentes de ROBESPIERRE dans son discours à la Convention à la séance du 8 thermidor an II (26 juillet 1794) : « Peuple, souviens-toi que, si dans la République la justice ne règne pas avec un empire absolu, et si ce mot ne signifie pas l'amour de l'égalité et de la patrie, la liberté n'est qu'un vain nom ! Peuple, toi que l'on craint, que l'on flatte et que l'on méprise ; toi, souverain reconnu, qu'on traite toujours en esclave, souviens-toi que partout où la justice ne règne pas, ce sont les passions des magistrats, et que le peuple a changé de chaînes, et non de destinées ! »

¹³⁶³ La principale inspiration est celle du modèle de « séparation » des pouvoirs initiés par MONTESSQUIEU dans son *Esprit des lois*. L'autonomisation de la justice se fait, par ailleurs, par la « Révolution » opérée par l'Assemblée constituante entre 1789 et 1790 où, pour marquer la rupture avec l'Ancien Régime et proclamer un nouvel ordre, la justice est refondue dans ses principes. En témoignent, par exemple, les réformes fondamentales faites dans les années suivant la Révolution. Il peut être cité la célèbre loi des 16 et 24 août 1789, la rédaction du Code pénal de 1791 réintroduit ensuite en 1810, ainsi que la création des grandes Cours comme le Conseil d'État en 1799 et la Cour de cassation en 1804. Pour un développement plus complet sur le sujet, voir : ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, op. cit., pp. 244-275.

cela que la justiciabilité obéit à une logique fonctionnaliste. Elle renvoie l'image de la justice comme moyen privilégié de contestation des décisions du pouvoir politique. En cela, elle est une production du compromis démo-libéral (1), qui a contribué à la proclamation de l'indispensabilité démocratique de la justice (2)

1. Une production du compromis démo-libéral

189. Le changement de paradigme¹³⁶⁴. L'appréciation de la vision « moderne » de la justiciabilité découle d'une portée axiologique différente de celle apparue au XVIII^e siècle, où l'imprégnation de la philosophie politique libérale¹³⁶⁵ tend à faire de la justiciabilité un moyen pour l'individu de bénéficier de procédures lui permettant d'opposer une sphère de droits réservés devant la puissance publique. En effet, « quand un justiciable s'adresse à la justice il n'attend pas qu'elle lui rende un service comme la délivrance d'un paquet ou même d'un diplôme, il attend qu'on lui fasse ou rende justice ce dont chacun doit bien sentir que c'est tout différent »¹³⁶⁶. Cette approche fonctionnaliste suppose, sur le plan méthodologique, d'analyser l'évolution de la façon de concevoir les relations entre l'individu et le pouvoir par le biais de la justice¹³⁶⁷ pour tracer celle de la justiciabilité. Le concept évoluera d'ailleurs dans son versant idéologique et connaîtra, par la suite, la traduction juridique d'un « juge au vent du libéralisme »¹³⁶⁸. Il se conçoit ainsi comme la faculté pour un individu de devenir justiciable à

¹³⁶⁴ L'idée de paradigme renvoie notamment à la définition proposée par Thomas KHUN, selon laquelle, un paradigme s'apparente à « une découverte scientifique universellement reconnue qui, pour un temps, fournit à la communauté de chercheurs des problèmes type et des solutions ». KUHN (Th.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1970, p.11.

¹³⁶⁵ « Le terme même de libéralisme en France naît dans le contexte d'une attitude de vigilance critique envers les pouvoirs, d'une menace de retour à l'"ancien", qui a précédé la Révolution française, et d'un combat contre les forces politiques et les doctrines qui appuyaient cette "réaction" ». JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 123.

¹³⁶⁶ RASSAT (M.-L.), LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), LEMOYNE DE FORGES (P.) (dir.), *Institutions administratives et juridictionnelles*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2005, p. 129.

¹³⁶⁷ Il est nécessaire de préciser qu'au départ le pouvoir judiciaire a été volontairement annihilé par les constituants et les rédacteurs de la Déclaration de 1789. Voir à ce titre, KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2012, t. II, pp. 21-42. Voir également, HALPERIN (J.-L.), « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le Pouvoir en France », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1996, n° 3, pp. 13-23.

¹³⁶⁸ ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, op. cit., p. 647. Le développement du contentieux administratif, à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, a annoncé un cheminement progressif vers une montée en puissance du juge. Le professeur FOULQUIER en a par exemple développé les aspects. En effet, l'affirmation juridique des droits fondamentaux a transformé la logique du principe de légalité. Servant initialement la souveraineté de la loi, et donc du Parlement, la juridicisation des droits fondamentaux entraîne une subjectivisation du droit. En conséquence, les administrés deviennent des titulaires de droits dont le principe de légalité, par le biais du juge, s'incarne comme un moyen de garantir ces droits devant le juge. Autrement dit, le principe de légalité permet à l'administré de revendiquer des droits publics subjectifs contre l'État. Voir, FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, pp. 5-7.

dessein d'exiger de la puissance publique la reconnaissance et la garantie de ses droits. Autrement dit, elle s'incarne comme une faculté de réaction à une initiative politique engagée par le pouvoir étatique¹³⁶⁹. Ce changement de perspective, avant d'être véritablement opératoire sur le plan juridique, prend majoritairement sa source dans la vision de l'Homme initiée par la pensée des lumières et proclamée par la Déclaration de 1789¹³⁷⁰. Cette idée se confirme plus particulièrement dans les mots de l'article 16 de la Déclaration. S'en suit une interprétation conflictuelle de l'individu face au pouvoir de la part d'une partie la doctrine du libéralisme politique¹³⁷¹. Du primat de la juridiction sur l'individu se constate alors le primat de l'individu, avec une juridiction au service de sa contestation. Le justiciable s'incarne alors comme « celui qui a le droit d'être jugé »¹³⁷², qui peut exiger le respect de ses droits, dont les droits sont reconnus, et qui est destinataire, en cette qualité spécifique¹³⁷³, de certaines obligations procédurales¹³⁷⁴.

190. Le justiciable comme individu opposé à la puissance publique. La justiciabilité s'analyse conjoncturellement par le prisme d'une idéologie politique des relations de l'individu avec le pouvoir qui, de la même manière, place la justice en arbitre au sein de ces relations. Plus concrètement, l'évolution balbutiante de la justice sous cet aspect connut son véritable point d'impulsion par sa sécularisation à la fin du XIX^e siècle avec l'affirmation de la justice déléguée. C'est par ailleurs à ce moment que la justice se développe dans son versant sociétal¹³⁷⁵. Elle

¹³⁶⁹ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, Folio/Histoire, 2010, spéc. pp. 238-240 et pp. 249-250.

¹³⁷⁰ Voir notamment, RIALS (S.), « La mystère des origines », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 3-21 ; MARTIN (X.), « Sur l'homme de la Déclaration des droits », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 83-89.

¹³⁷¹ Nous renvoyons à ce titre à l'étude proposée par Catherine AUDARD. Voir, AUDARD (C.), *Qu'est-ce que le libéralisme. Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2009, spéc. pp. 29-473.

¹³⁷² CERE (P.), *Manuel du juge de paix et du justiciable de la justice de paix*, Paris, Contillon, Libraire du Conseil d'État, 1854, p. 20. Le présent ouvrage est éloquent sur cette tendance à la déportation de la notion de justice au service de l'individu. Le projet présenté est, en effet, de fournir un manuel d'instruction au service de toute personne (justiciable potentiel) afin de lui procurer les connaissances et les conseils nécessaires à faire valoir une action en justice. L'idée est donc d'aider et de guider le justiciable dans son action en justice.

¹³⁷³ Voir notamment l'ordonnance du 17 janvier 1816 concernant l'apurement et la libération des gestions des comptables justiciables de la Cour dont le jugement est suspendu par l'effet des circonstances extraordinaires, JORF du 28 août 1942, p. 196.

¹³⁷⁴ CERE (P.), *Manuel du juge de paix et du justiciable de la justice de paix*, op. cit., p. 24. Le principe est qu'à chaque procédure correspond un ensemble d'obligations conditionnant la régularité de l'action intentée. Ainsi, varient les conditions de recevabilité de la requête présentée par le requérant en fonction de critères formels ou matériels, les délais, la formation de jugement, les pouvoirs du juge ou encore les effets de la décision.

¹³⁷⁵ Ce phénomène se remarque notamment par l'essor de la justice républicaine, dont l'affirmation des juridictions prud'homales est un exemple de ce basculement vers une justice impliquée dans les problèmes de société. On peut encore citer la justice en matière coloniale, qui fut l'occasion pour les juges de faire entendre leur vision de la justice face au pouvoir de l'État, notamment envers le législateur et l'administration. Voir à ce propos, ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, op. cit., spéc. p. 618 et p. 798 et svt.

véhicule cette idée d'une propension de certains droits à être opposables par certains individus devant un tiers pouvoir impartial. Le paradigme démo-libéral porte la justiciabilité dans la modernité, car il corrobore l'idéologie selon laquelle l'individu doit pouvoir jouir de la faculté d'opposer ses droits — c'est-à-dire les faire valoir pour devenir justiciable¹³⁷⁶ — afin de s'assurer que la puissance publique n'outrepasse pas ses compétences et ne s'immisce dans sa sphère privée de libertés. Ce principe trouve, par exemple, une illustration éclairante dans les mots bien connus de Benjamin CONSTANT, sur la « liberté des modernes », déclarant que « le peuple le plus attaché à sa liberté, dans les temps modernes, est aussi le peuple le plus attaché à ses jouissances ; et il tient à sa liberté surtout, parce qu'il est assez éclairé pour y apercevoir la garantie de ses jouissances »¹³⁷⁷. La justiciabilité est précisément la traduction moderne de cet impératif de garantie de jouissance, car elle prescrit la possibilité pour l'individu de *pouvoir* être justiciable et, pour ce faire, exige la présence dans le droit positif de permissions d'agir et d'obligations destinées à lui permettre de voir sa requête analysée par un juge, et d'exiger que sa cause soit entendue¹³⁷⁸. La justiciabilité regroupe en somme une faculté, une potentialité de faire valoir des droits pour un sujet de droit. L'évolution de l'approche historique vers l'approche fonctionnelle octroie un rôle politique au justiciable, mais aussi, et surtout, élève la place du juge, et plus largement celle de la Justice au sein des relations entre l'individu et l'État¹³⁷⁹.

191. La mise en valeur de l'intérêt du justiciable. Cette évolution de contexte permet de constater que la justiciabilité est « ce que les particuliers peuvent rendre litigieux, ce dont ils peuvent saisir une juridiction ; c'est ce que les juges acceptent de juger, les demandes qu'ils acceptent de recevoir »¹³⁸⁰. Plus concrètement, elle apparaît notamment lorsqu'une politique est concrétisée en droit et que ces droits sont opposables devant un juge, ou que le droit en question est proclamé par le juge¹³⁸¹. Il en ressort qu'elle est la potentialité de contestation d'un

¹³⁷⁶ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, p. 13.

¹³⁷⁷ Sans tomber dans l'individualisme politique strict, l'auteur postule, par ailleurs, que cette sphère privée doit être harmonisée avec une sphère publique de liberté, comme moyen de participation politique du citoyen aux intérêts de la communauté. CONSTANT (B.), *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Paris, Gallimard, Folio/Essais, 1997, p. 210. Voir également, FELDMAN (J.-P.), « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, 2008, n° 76, pp. 675-702.

¹³⁷⁸ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, chap. 2.

¹³⁷⁹ Pour une vision d'ensemble de cette évolution, voir : KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, *op. cit.*

¹³⁸⁰ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, p. 799.

¹³⁸¹ HERRERA (C. M.), *Les droits sociaux*, PUF, « Que-sais je ? », 2009, n° 3847, p. 122.

droit devant un juge et qu'elle renforce la posture idéologique du justiciable et du juge. Le basculement de la conception situationnelle à l'approche fonctionnaliste de la justiciabilité traduit donc l'évolution de cette symbolique. Selon la première acception, « c'est l'existence d'une série d'actions visant des cas particuliers de dommages qui donne le droit d'aller s'en plaindre devant les tribunaux, si les faits allégués correspondent à la formule d'une action déterminée ». La seconde traduit un certain inversement des ordres, de sorte que « l'action en justice devient la protection de l'État accordée aux titulaires de droits subjectifs et l'octroi d'une action constitue souvent le critère de la juridicité d'une situation »¹³⁸². Ces formalisations juridiques semblent donc donner aux justiciables des occasions multipliées de revendiquer leurs intérêts devant le juge¹³⁸³ et présenter une nouvelle relation de pouvoir. Or, ces évolutions doivent être également mises en perspective de la place de la justice au sein de l'État.

2. L'affirmation de l'indispensabilité démocratique de la justice

192. Cette conjoncture favorable à l'émancipation de la justice s'opère, au départ, plus sur le plan symbolique que sur le plan constitutionnel à proprement parler. L'idée de concevoir la proclamation d'un « État de justice »¹³⁸⁴ s'appuie préalablement sur l'intégration d'un lien de rapprochement entre la société et les juges. Il s'agit là d'un facteur déterminant de légitimité, laissant transparaître l'idée d'une justice *pour la société*, alors que du point de vue de l'État, celle-ci peine à trouver un statut à la hauteur de sa mission. C'est alors sous l'angle de la primauté du droit, fidèlement aux principes de l'État de droit, que la justice va justifier son indispensabilité.

193. L'appropriation sociétale de la justice. L'idée de justice, telle que véhiculée par le libéralisme de la fin du XIX^e siècle, est principalement celle d'une justice sociale. Elle suit en cela les revendications d'une plus grande représentativité de la diversité des intérêts au sein de la société, à laquelle le système représentatif, basé sur les principes de l'État-nation, n'est pas en mesure de répondre. Ce renversement libéral annonce une nouvelle « découverte de la société »¹³⁸⁵. Comme l'explique la professeure KRIEGEL, « l'avenue majeure de la pensée du

¹³⁸² NIBOYET (M.-L.), « Action en justice », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 17.

¹³⁸³ La question qui se pose ensuite est de savoir qu'elle est le degré de représentativités dont bénéficient les intérêts portés devant le juge. Pour une analyse critique et contentieuse, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

¹³⁸⁴ KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, op. cit.

¹³⁸⁵ Il s'agit d'un thème largement traité. Pour une synthèse, voir : GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie I. La révolution moderne*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2007, spéc. pp. 199-238.

XIX^e siècle n'est pas la théorie du droit, mais la doctrine du social »¹³⁸⁶. C'est autrement dit par ce biais que la justice se présente en palliatif aux inaptitudes de la représentation. Elle trouve là sa justification : devant le juge, chaque voix, chaque intérêt est personnalisé. Alors elle devient cette mission de l'État au service des individus et qui, conquérant le droit, va progressivement faire des droits subjectifs un outil d'émancipation sociale¹³⁸⁷. Le juge « s'approprie le segment qui lui revient du récit du droit. Il se sent légitime à prendre part, à son tour, à la narration du destin collectif »¹³⁸⁸. C'est ce destin qui, tout au long de la première moitié du XX^e siècle, marque la montée en puissance de la justice au sein de la société française. Elle devient génératrice d'un lien de confiance¹³⁸⁹. « Le socle de toute démocratie d'opinion est par définition l'adhésion des citoyens à une forme de vérité sociale. Cette vérité, au-delà de l'affirmation d'une vérité politique ou légale, exige désormais une vérité judiciaire »¹³⁹⁰. Néanmoins, l'arrivée de la Constitution de 1958 ne parviendra pas à donner à la justice la place qui semblait lui être due.

194. La proclamation étatique de la justice. La justice est paradoxalement un pouvoir oublié dans la Constitution qui, à la fois, n'a jamais été aussi célébrée. Parfois fantasmée¹³⁹¹, elle est néanmoins devenue un des piliers indispensables de la démocratie¹³⁹². Son émancipation n'est pas, à l'origine, l'objet de la volonté du Constituant de 1958. C'est sur le plan symbolique qu'elle a acquis sa force politique¹³⁹³. C'est par ce mouvement que la justice s'est progressivement présentée comme « arbitre au cœur du système »¹³⁹⁴. Le justiciable, en ce qu'il représente l'incarnation concrète de la justice effectivement initiée par l'individu, bénéficie en conséquence de la charge symbolique de la voie qu'il emprunte. La juridicisation de ces prémisses idéologiques se fait, par la suite, par la concrétisation des principes relatifs à l'État de droit¹³⁹⁵, dont la garantie juridictionnelle devient un des principes les plus primordiaux. Un des

¹³⁸⁶ KRIEDEL (B.), *Propos sur la démocratie. Essai sur un idéal politique*, op. cit., p. 67.

¹³⁸⁷ Voir, COLLIOT-THELENE (C.), « La fin du monopole de la violence légitime ? », in COUTU (M.), ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université de Laval, 2005, pp. 23-46.

¹³⁸⁸ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, p. 146.

¹³⁸⁹ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », op. cit., p. 799.

¹³⁹⁰ RENOUX (Th. S.), « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 89.

¹³⁹¹ En ce sens, voir par exemple : COMMAILLE (J.), « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », in COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.) (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, pp. 295-318.

¹³⁹² Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 1.

¹³⁹³ LE DIVELLEC (A.), « Un ordre constitutionnel confus. Indicibilité et incertitudes de la Constitution française », in CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris, Litec, LexisNexis, 2008, p. 152.

¹³⁹⁴ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2010, p. 25.

¹³⁹⁵ À ce propos, TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, n° 15, pp. 51-64.

exemples les plus topiques est l'apparition du contrôle de constitutionnalité¹³⁹⁶, qui va instituer un « mouvement de rationalisation progressive et de plus en plus développée du pouvoir »¹³⁹⁷. Elle fait, ensuite, office de justification : la diversification des juridictions, et l'expansion de l'office du juge à toutes les actions de la société (notamment pour le juge constitutionnel, depuis l'entrée en vigueur de la QPC¹³⁹⁸) construisent l'avancée politique de la justice. En s'insérant dans la logique démocratique, la justice devient un espace de décision impliquant les sujets de droit et les pouvoirs publics. C'est là le point d'appui de la démocratie constitutionnelle. Or, il apparaît que cette justice s'est emparée de la Constitution¹³⁹⁹, plus que la Constitution s'est saisie de la Justice, en laissant subsister la formule réductrice et confuse « d'autorité judiciaire » de l'article 66 de la Constitution¹⁴⁰⁰. Comme le remarque le professeur HOURQUEBIE « inconcevable en 1789, le pouvoir juridictionnel devient implicite, à défaut d'être véritablement formalisé, après la révision du 23 juillet 2008 »¹⁴⁰¹. Apprécier cet « État de justice », c'est finalement s'orienter, de prime abord, vers une forme de symbolique, pour constater l'émancipation de la justice d'un point de vue politique. De là découle cette idée que la modernité se donne comme impératif démocratique celui du « tout juridictionnalisable » ou du « tout justiciable ». L'omniprésence de la justice s'incarne comme la marque de la démocratie et se concrétise au regard du standard de justiciabilité. Cet exposé de la conjoncture propice au développement de la justice, à la fois au sein de la société et au sein de l'État, permet de tracer la toile de fond des raisons politiques, historiques et sociales de l'évolution de la justiciabilité. C'est ensuite par sa juridisation, que la justiciabilité va se singulariser. De la prééminence de la justice suit celle de la justiciabilité. Considérant sa progression tout au long de l'histoire, elle comporte aujourd'hui des éléments juridiques et concrets propres à en faire un concept autonome.

¹³⁹⁶ Voir, en ce sens, FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de la science politique, 1958, 564 p.

¹³⁹⁷ MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France : rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse dactyl., Université Toulouse I Sciences sociales, 1998, p. 227.

¹³⁹⁸ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

¹³⁹⁹ En témoignent, notamment, la proclamation du contrôle de constitutionnalité à l'article 61, puis 61-1, de même que tout le développement jurisprudentiel relatif à l'article 16 DDHC fourni par le juge constitutionnel. Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 1.

¹⁴⁰⁰ Voir, à ce propos : RENOUX (T. S.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Paris, Economica, 1984, 606 p. ; SALLES (D.), « L'article 66 de la Constitution de 1958 : un *Habeas corpus* à la française ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2010, n° 1, pp. 59-63 ; LE PILLOUER (A.), « “Ceci n'est pas un pouvoir”. Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France », *Pouvoirs*, 2021, n° 178, pp. 7-21.

¹⁴⁰¹ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 10.

§ 2. Les perspectives d'autonomisation du concept

195. L'insuffisance d'une méthode descriptive du droit positif visant à identifier et isoler un concept de justiciabilité appelle à se questionner sur l'opportunité d'autres méthodes de recherches avant de proposer une définition opératoire servant notre étude. Le discours doctrinal sur le droit est alors une étape à cette démarche. Dégager une définition doctrinale de la justiciabilité afin de l'utiliser comme outil d'analyse du droit positif nécessite une entreprise de classification préalable, à dessein de l'isoler des confusions possibles pouvant être générées par des concepts voisins¹⁴⁰². L'attention croissante portée sur les mécanismes de garantie juridictionnelle des droits s'est en effet accompagnée d'une technicisation du vocabulaire y attirant. « L'importance qu'ont acquis ces mécanismes avec l'ancrage du paradigme de l'État de droit s'est traduite en effet non seulement par une attention accrue aux procédures, mais également par une significative diversification du vocabulaire les désignant : *justiciabilité*, *invocabilité*, *applicabilité*, *opposabilité*, avec toutes les déclinaisons qui y sont rattachées »¹⁴⁰³. Partant de ce constat, il paraît opportun, tout d'abord, de revenir sur une méthode par genres et différences en vue de confronter la justiciabilité à des termes pouvant lui être intuitivement associés ; où se heurter à la synonymie des termes peut s'avérer être un obstacle épistémologique majeur pour la recherche d'une définition générale. Cette première étape consiste, autrement dit, en une spécification par distinction (A). La seconde étape appelle quant à elle à rechercher une définition lexicale (ou analytique)¹⁴⁰⁴, faisant état de la construction doctrinale consacrée à la justiciabilité. Il s'agit d'établir un recensement préalable des définitions déjà proposées, car en effet, la médiatisation de la question de la justiciabilité des droits est largement due à une promotion opérée par la doctrine (B). L'intérêt d'une telle entreprise est de montrer, d'une part, le nombre de tentatives, explicites ou implicites, de formalisations du concept de justiciabilité pour constater, d'autre part, la difficulté d'en dégager un sens commun, tant elle s'insère dans un cloisonnement disciplinaire ou théorique.

¹⁴⁰² EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 30. Nous renvoyons également à la thèse de Cédric ROULHAC consacrée à l'opposabilité, dans laquelle celui-ci revient précisément sur cette difficulté. Voir, ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, spéc. pp. 155-182.

¹⁴⁰³ *Ibid.*, p. 157.

¹⁴⁰⁴ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 306.

A. Une spécification par distinction

196. La difficulté dans la recherche d'une définition du concept de justiciabilité est de trouver des critères d'identification suffisamment généraux et systématiques afin que celle-ci soit opératoire en toute situation et dans toutes les branches du droit. La démarche consistant à sortir d'une définition conjoncturelle n'est pas aisée sur le plan épistémologique. Elle dévoile, par ailleurs, un problème de terminologie juridique. Afin de mieux en cerner son cadre conceptuel, il est préalablement intéressant de la confronter avec d'autres termes auxquels elle est parfois, tantôt associée, tantôt dissociée. Cette démarche permet, en effet, de voir quels éléments il est possible d'inclure ou d'exclure au sein du concept de justiciabilité. Selon un référentiel de systématique, il est tout d'abord pertinent de confronter la justiciabilité à l'opposabilité (1), et d'éclaircir ensuite ses contours au regard de la notion d'invocabilité (2).

1. La confrontation entre justiciabilité et opposabilité

197. Les recherches relatives à une définition de la justiciabilité ont pu se faire par confrontation avec des termes assimilés, ou instinctivement assimilés. À ce propos, la notion d'opposabilité a fait figure d'élément de réflexion et de comparaison. Comme le note Cédric ROULHAC, « dans le discours des responsables politiques, la connexion établie entre les différentes notions peut sembler confiner à la logomachie. Or ce rapprochement entre l'opposabilité et la justiciabilité, loin de contribuer à la clarification des représentations, participe au contraire à les obscurcir »¹⁴⁰⁵. Par la tentative d'une définition par genre et différence¹⁴⁰⁶, il est opportun de voir, par exclusion, en quoi l'opposabilité se distingue de la justiciabilité, et en quoi cette distinction permet de mieux cerner cette dernière. La doctrine des droits sociaux s'est d'ailleurs fortement saisie du sujet, en raison des questions que pose l'invocabilité des droits dits « droit-créances » au regard de leur nature¹⁴⁰⁷. La loi sur le droit au

¹⁴⁰⁵ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, op. cit., p. 156.

¹⁴⁰⁶ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 303. Selon cette démarche, on associe à un ensemble puis on pointe la spécificité dans cet ensemble pour singulariser le concept à définir.

¹⁴⁰⁷ Nous renvoyons, sur ce point, la thèse de la professeure GAY, GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 826 p. ; RAPOPORT (C.), « L'opposabilité des “droits-créances” constitutionnels en droit public français », Communication présentée aux journées de l'association française de droit constitutionnel, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/RapportTXT.pdf>, spéc. pp. 2-3.

logement opposable¹⁴⁰⁸, dite « loi DALO », a notamment relancé cette problématique. La confrontation entre opposabilité et justiciabilité fait apparaître deux points de distinction : l'opposabilité est, de prime abord, plus englobante et générale et est, ensuite, liée à une condition d'effectivité.

198. Le caractère englobant de l'opposabilité. Initialement regroupées sous le terme de l'exigibilité¹⁴⁰⁹, l'opposabilité et la justiciabilité ont pu pâtir d'un malentendu entre une définition énoncée par la doctrine et celle posée par le législateur lui-même. La doctrine privatiste, sous l'égide du Doyen CORNU¹⁴¹⁰, et notamment reprise par le professeur DUCLOS¹⁴¹¹ entendait en effet l'opposabilité selon une acception relativement large, se résumant brièvement à la faculté pour un acte juridique de produire des effets sur des tiers au sein d'une relation entre personnes privées¹⁴¹². Néanmoins, l'entrée en vigueur de la loi DALO a permis de constater une définition juridique différente sur deux points essentiels.

199. Le critère de l'effectivité. Le premier est que ladite loi, par la reconnaissance de « droits-créances », insère l'opposabilité dans une relation entre l'individu et l'État¹⁴¹³, avec la possibilité de contester l'action ou l'inaction des pouvoirs publics par un individu créancier de droits qu'il est en mesure d'exiger¹⁴¹⁴. Le deuxième est que la loi de 2007 privilégie, comme

¹⁴⁰⁸ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4190, consolidée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, JORF n° 0024 du 28 janvier 2017, texte n° 1.

¹⁴⁰⁹ Le terme prendrait son sens au regard de l'origine anglo-saxonne du mot *justiciability* désignant de manière générale « l'exigibilité devant les tribunaux ». HERRERA (C. M.), « La justiciabilité des droits sociaux : concept juridique et évolution jurisprudentielle », in ROMAN (D.) (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Actes du colloque tenu au Collège de France, Paris, 25 et 26 mai 2001, Paris, Pedone, 2012, p. 103.

¹⁴¹⁰ La définition proposée par le Doyen CORNU dans son *lexique des termes juridiques* est, en effet, la plus aboutie et celle qui est généralement retenue. Selon ses termes, l'opposabilité est l'« aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (c'est-à-dire ici de personnes qui ne sont ni titulaires du droit ni parties à l'acte ni ayants cause ou créanciers de ces parties ni concernées en premier par la situation) non en soumettant directement ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (ce qui constitue, dans les cas spécifiés où cela se produit, une extension de l'effet obligatoire d'un acte par exception au principe de l'effet relatif de celui-ci), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables (s'ils sont par ailleurs légalement prouvés), à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit ». CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 25^e éd., 2017-2018, p. 659.

¹⁴¹¹ La définition du Doyen CORNU est reprise de manière plus succincte et générale, en concevant l'opposabilité comme « qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par lequel il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe ». DUCLOS (J.), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1984, vol. 179, p. 180.

¹⁴¹² Selon le professeur DUCLOS, elle permet d'atteindre les tiers dans une relation entre créancier et débiteur. *Ibid.*, p.5.

¹⁴¹³ MONEGER (J.), « Regards sur le projet de loi relatif au droit opposable au logement », *JCP G*, janvier 2007, n° 4, act. 40.

¹⁴¹⁴ « Si la "créance" dont bénéficie un individu n'est pas honorée par les pouvoirs publics, il appartient à cet individu d'engager une action contre son "débiteur". Alors, le juge tranchera le litige et déterminera de fait dans quelle proportion le droit-créance a été

mécanisme visant à « opposer à l'État ses propres promesses »¹⁴¹⁵, le moyen du recours juridictionnel¹⁴¹⁶. De prime abord, il en découle que l'opposabilité tend à devenir synonyme de la justiciabilité¹⁴¹⁷. Dit autrement, tel que présenté, le moyen de contestation d'un droit dit « opposable » se fait par l'action de « faire valoir » un droit devant justice¹⁴¹⁸. « Une nouvelle ère semble donc s'ouvrir pour les droits fondamentaux et pour le juge administratif désormais chargé de veiller à leur opposabilité »¹⁴¹⁹. Il demeure, en revanche, un point sur lequel l'opposabilité semble se singulariser. Il apparaît, en effet, que cette dernière s'accompagne d'une condition d'effectivité, ou plus simplement d'une obligation de résultat¹⁴²⁰. Le fait qu'un « droit-créance » soit un droit imposant une obligation positive à l'égard des pouvoirs impliquerait logiquement que le fait d'opposer ce droit ait pour résultat que cette obligation soit satisfaite et que les destinataires en question puissent en ressentir les effets¹⁴²¹. L'interprétation faite par le Conseil d'État dans son rapport annuel sur le droit au logement va précisément dans ce sens

respecté ». RAPOPORT (C.), « L'opposabilité des "droits-créances" constitutionnels en droit public français », *op. cit.*

¹⁴¹⁵ WOLMARK (C.), « L'opposabilité du droit au logement », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 2, p. 106.

¹⁴¹⁶ L'opposabilité des « droits-créances » se fait d'abord par des recours gracieux spéciaux auprès de la Commission de médiation, puis, en cas d'échec, selon les voies de recours classiques auprès du juge administratif, voire, à partir de 2010, par un recours constitutionnel par une question prioritaire de constitutionnalité. Le juge administratif est dans le domaine le juge prévu et approprié. L'article 441-2-3-1 du Code de la construction prévoit, par exemple, la compétence dudit juge pour les contentieux relatifs aux logements et relogements. Voir également, WOLMARK (C.), « L'opposabilité du droit au logement », *op. cit.*, p. 107; ROMAN (D.), « L'opposabilité des droits sociaux », *Informations sociales*, 2013, n° 178, spéc. pp. 33-36 ; ROUVILLOIS (F.), « Faut-il s'opposer aux droits opposables ? », *Document de travail de la Fondation pour l'innovation politique*, février 2007, spéc. p. 10.

¹⁴¹⁷ ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, 2012, n° 1, p. 4.

¹⁴¹⁸ Voir, en ce sens : ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Droit au logement, droit du logement*, Paris, La Documentation française, coll. EDCE, 2009, p. 87.

¹⁴²⁰ Sur ce point, voir notamment, MATHIEU (B.), « Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », *Le Genre humain*, 2002, n° 38-39, pp. 215-231 ; JÉGOUZO (Y.), « Un droit au logement "opposable" », *AJDA*, 2007, n° 2, p. 57 ; BROUANT (J.-Ph.), « Un droit au logement... variablement opposable », *AJDA*, 2008, n° 10, p. 506 ; PASTOR (J.-M.), « Le droit au logement opposable toujours à la peine », *AJDA*, 2017, n° 38, p. 2168.

¹⁴²¹ L'article 441-2-3-1 du Code de la construction dote, par exemple, le juge administratif d'un pouvoir d'injonction et d'astreinte propice à s'assurer de la bonne exécution de ses décisions, et garantissant un caractère effectif au jugement. Ces garanties doivent d'ailleurs répondre aux stipulations de l'article 6§1 de la CEDH relatives à l'accès à un tribunal doté de pouvoirs effectifs. C'est, par exemple, selon ces motifs que la CourEDH a condamné, dans un arrêt, CEDH, 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*, n° 65829/12, la non-exécution (ni en nature par un relogement ni par astreinte) par le juge administratif d'une décision de justice reconnaissant un droit au requérant à obtenir un logement. Le présent arrêt pointe, ainsi, les lacunes de la protection juridictionnelle instaurée par la loi DALO contraignant par ailleurs les requérants à engager un recours indemnitaire de droit commun en raison du préjudice provoqué par la carence de l'État. Voir à ce sujet, NOGUELLOU (R.), « Le droit au logement opposable devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit administratif*, 2015, n° 5, pp. 3-4 ; SAMAKE (M.), HANSEN (Ph.), « Le contentieux du droit au logement opposable à la suite de la condamnation de la France par la CEDH », *JCP A*, 24 avril 2017, n° 16, pp. 34-37 ; MULOT (R.), « Droit au logement opposable : le Conseil d'État rend deux décisions importantes et poursuit son œuvre de construction jurisprudentielle », *JCP A*, 24 avril 2017, n° 16, pp. 38-40.

en pointant la question de la responsabilité¹⁴²², là où la justiciabilité s'arrête à la possibilité de solliciter l'intervention du juge. C'est d'ailleurs la question de l'effectivité qui suscite, encore aujourd'hui, les critiques de la doctrine quant à l'incapacité des mécanismes de protection prévus de satisfaire cette condition¹⁴²³. Ces spécificités amènent à laisser de côté l'opposabilité, afin de retenir la spécificité de la justiciabilité. À cet effet, et en complément, cette dernière doit être encore étudiée au regard de la notion d'invocabilité.

2. La confrontation entre justiciabilité et invocabilité

200. De prime abord, justiciabilité et invocabilité peuvent eux-aussi apparaître comme synonymes. En allant dans la précision, ensuite, il est possible de déduire que l'invocabilité s'insère dans la justiciabilité. Elle en est un des éléments principaux et conditionnels, par le simple fait que, par principe, en l'absence de possibilité d'invocabilité d'un acte, il n'y a pas de justiciabilité. L'élément décisif de cette approche se trouve dans les définitions sélectionnées pour la confrontation et dans le choix des critères généraux et suffisants mobilisés pour définir. Les réflexions doctrinales relatives à l'invocabilité se sont principalement révélées sous la plume de la doctrine internationaliste et européeniste, au sujet de questions de rapports de systèmes et d'intégration du droit supranational en droit interne. Plus précisément, dans le cas de l'Union européenne, l'invocabilité témoigne de sa complexité en étant utilisée pour retracer l'évolution jurisprudentielle autour des rapports entre la Cour de Justice de l'Union européenne et les juges nationaux, notamment en pointant les problèmes liés à l'effectivité des principes de primauté et d'effet direct du droit de l'Union dans le droit national.

201. Les ambivalences de la distinction. Appréhendé *lato sensu*, le concept d'invocabilité se caractérise par le « droit offert à un justiciable de se prévaloir d'une norme juridique devant une juridiction »¹⁴²⁴. Ce dernier sous-entend l'idée « d'appeler » un acte devant

¹⁴²² CONSEIL D'ÉTAT, *Droit au logement, droit du logement*, Paris, La Documentation française, coll. EDCE, 2009, pp. 87 et 437.

¹⁴²³ Voir par exemple, LE BOT (O.), « Les décisions du juge DALO doivent être exécutées ! », *JCP A*, 26 octobre 2015, n° 43, pp. 22-23 ; BERNARD (N.), DERDEK (N.), « Le DALO, un droit au logement vraiment "opposable" ? », *RTDH*, 2016, n° 107, pp. 713-731.

¹⁴²⁴ DELILE (J.-F.), *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, p. 65. L'auteur précise en sus que « L'invocabilité en justice d'une norme est le droit conféré à une personne de faire état de son existence lors d'une instance, dans la perspective d'obtenir satisfaction d'une revendication ». Cette appréciation large de l'invocabilité vient principalement du fait qu'elle prend en compte différents paramètres comme la nature du droit invocable et, en outre, l'interprétation évolutive du juge concernant les

une juridiction, et revient ainsi à se pencher du côté de l'individu requérant prenant l'habit du justiciable¹⁴²⁵. Selon Mélanie TRIENBACH, l'invocabilité s'incarne, de manière plus détaillée, comme la « possibilité pour un plaideur de faire valoir en justice, de désigner une règle juridique propre à fonder ses prétentions, de mettre en avant tout ce qui peut soutenir l'opinion avancée, en tout raisonnement »¹⁴²⁶. L'auteure définit, ensuite, la justiciabilité comme la « capacité de la norme à faire l'objet d'un jugement par un tiers, à voir ses effets garantis par un juge, et est étroitement liée à la protection juridictionnelle »¹⁴²⁷. Il est ainsi difficile de discerner un critère discriminant servant de distinction. Il demeure, par ailleurs, une confusion supplémentaire lorsque l'on fait un détour par le concept d'applicabilité directe, entendu conventionnellement comme la caractéristique inhérente à certaines normes dont les particuliers, destinataires de droits et d'obligations d'un ordre juridique supranational, « peuvent se prévaloir et qu'ils puissent faire reconnaître et sanctionner par les autorités et les juridictions »¹⁴²⁸. L'applicabilité, au sens large, est néanmoins dépendante de l'invocabilité, dont la relation conditionnelle semble se parer d'une tautologie. Autrement dit, elle évoque la nécessité « d'éprouver l'aptitude des droits et libertés à fonder une solution dans le cadre du procès judiciaire, en fonction de

catégories d'actes susceptibles d'être invocables. Voir également, GROUX (J.), « L'invocabilité en justice » des accords internationaux des Communautés européennes », *RTDEur*, 1983, pp. 203-232.

¹⁴²⁵ En ce sens, « L'invocabilité d'une norme est comprise comme sa capacité à fonder les prétentions d'un justiciable, à constituer une partie de l'argumentaire juridique présenté au juge ». TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, Lextenso, coll. Bibliothèque de droit public, 2015, t. 287, p. 231.

¹⁴²⁶ *Ibid.* L'auteure s'inspire, à ce propos, de la définition proposée par le Doyen CORNU. Voir, CORNU (G.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 659.

¹⁴²⁷ TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁴²⁸ DUMON (F.), « La notion de "disposition directement applicable" en droit européen », *CDE*, 1968, p. 377. Elle a pu être présentée, plus largement, comme englobant « toutes les formes d'application d'une norme par le juge. » BLECKMANN (A.), « L'applicabilité directe du droit communautaire », in BLECKMANN (A.), DELANNAY (Ph.), GOLSONG (H.), KOVAR (R.), LOUIS (J.-V.), MERTENS (P.), VELU (J.) (dir.) *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, F. Larcier, 1978, p. 89. Une définition relativement similaire semble être retenue par la doctrine du droit international en se présentant, selon le professeur Joe VERHOEVEN comme l'« aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités » (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur ». VERHOEVEN (J.), « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *RBDI*, 1980, p. 243. Voir également, ALLAND (D.), « L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP*, 1998, n° 44, spéc. pp. 334-338. D'après Léontin-Jean CONSTANTINESCO, elle implique, plus objectivement, l'existence de deux ordres juridiques distincts et un système de protection juridictionnelle assurant une « immédiate normative descendante » de l'ordre supranational dans l'ordre interne, correspondant à une « immédiate juridictionnelle ascendante » permettant aux particuliers d'attaquer directement en justice les normes issues de l'ordre supranational leur faisant grief. Voir, CONSTANTINESCO (L.-J.), *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Paris, LGDJ, 1970, p. 40. Elle répond, en principe, à deux critères connus : le degré de précision de la norme applicable déterminant l'absence de nécessité d'une norme juridique venant la concrétiser (auquel cas cette dernière ferait « écran ») et à la qualité du destinataire. Le Conseil d'État, dans son arrêt *GISTI* (CE, Sect., 23 avril 1997, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs étrangers (GISTI)*, n° 163043, *Rec. Leb.*, p. 330, concl. ABRAHAM (R.), *RFD*, 1997, p. 585) a, par exemple énoncé qu'en droit international, une norme n'est directement applicable qu'à la condition de produire des effets directement à l'encontre des particuliers.

considération formelle »¹⁴²⁹. Soit la norme est applicable et donc elle est invocable, soit elle n'est pas applicable et donc n'est pas invocable¹⁴³⁰. En résumé, la généralité du choix dans les critères définitionnels ne permet pas, à ce niveau, de délimiter précisément les présents termes. Cette confusion apparente peut être néanmoins dissipée en s'orientant vers des définitions plus précises de l'invocabilité par la doctrine européeniste.

202. Mise en lumière des points de distinction. Les problématiques relatives à l'invocabilité en droit de l'Union européenne ont fait l'objet d'études et de controverses plus approfondies au gré de l'évolution de la jurisprudence. Elles s'orientent principalement autour des questions relatives à l'applicabilité directe du droit de l'Union¹⁴³¹ dans les ordres juridiques nationaux, prenant sa source dans le principe de primauté du droit de l'Union¹⁴³². Il s'agit là au fondement qui donne sens à la logique de l'ordre juridique de l'Union en se présentant comme la finalité du principe d'intégration¹⁴³³. À ce propos, l'analyse des rapports entre l'invocabilité et

¹⁴²⁹ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, op. cit., p. 171.

¹⁴³⁰ L'identification des limites entre les deux concepts peut demeurer confuse si on la confronte avec la pratique et à toutes les hypothèses que l'invocabilité peut englober. Cette dernière comprend, d'une part, différents mécanismes liés aux motivations des requérants (par exemple, l'annulation de la norme, la substitution de normes, l'interprétation conforme ou encore la réparation d'un préjudice) et d'autre part, la confrontation avec l'applicabilité n'éclaire pas précisément le cas des normes non directement applicables utilisées par le juge, notamment par la technique de substitution de normes. Voir, TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, op. cit., spéc. p. 343 et 442. Le cantonnement à l'invocabilité des seuls droits subjectifs à l'encontre des particuliers est de manière générale relativisé, notamment par le moyen de la combinaison de norme. Voir, FOULQUIER (N.), *Les droits subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, op. cit., p. 103. Ce raisonnement renvoie, finalement, à la définition précédemment citée de Albert BLECKMANN, laquelle prend en compte « toutes les formes d'application d'une norme par le juge. » Cette non-exclusivité des droits subjectifs au sein d'une théorie de l'invocabilité est de plus en plus remarquée et a été dernièrement systématisée par Jean-Félix DELILE, avec sa proposition d'une « théorie objective de l'invocabilité. » Voir, DELILE (J.-F.), *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, op. cit., p. 585.

¹⁴³¹ L'applicabilité directe est appréhendée comme synonyme d'effet direct du droit de l'Union. Elle suppose le « droit de toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions adoptées par l'Union. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève. » LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 248, cité in BLANQUET (M.), ISAAC (G.), *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, coll. Université, 10^e éd., 2012, p. 375. Ses trois dimensions sont introduites par l'arrêt CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62. Le principe comporte, en effet, la création directe de droit et obligation à l'encontre des particuliers, l'invocabilité directe de ces droits devant un juge national et l'obligation pour le juge national de garantir ces droits.

¹⁴³² Nous renvoyons à la proclamation de ce principe dans l'arrêt CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Henel*, aff. 6/64. Le principe de primauté forme la base première de l'invocabilité. Il en découle la possibilité pour les particuliers, concernant les normes ayant ou non effet direct, de se prévaloir des normes de droit de l'Union devant le juge national, que ce dernier doit prendre en considération. Il permet ainsi aux particuliers « de tirer profit du droit communautaire alors même qu'il s'agirait des dispositions ne présentant pas les caractéristiques techniques suffisantes pour que les juges les "applique" sans sortir de son rôle de juge ». BLANQUET (M.), ISAAC (G.), *Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 404.

¹⁴³³ CJCE, 9 mai 1978, *Simmenthal*, aff. C-106/77. Pour une vision plus englobante, voir par exemple, PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », réimpr. 2005, p. 85 ; *L'ordre juridique des Communautés européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », Rééd. 2006, p. 257.

l'effet direct a suscité des entreprises doctrinales de catégorisation, dont celle proposée par le professeur Denys SIMON met en relation l'invocabilité avec la justiciabilité. Cette dernière est définie, en prenant comme élément décisif l'intervention du juge, comme la « capacité du juge interne à assurer l'effectivité du droit communautaire et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets »¹⁴³⁴. La dichotomie traditionnelle entre effet direct et absence d'effet direct est supplantée par une analyse centrée sur une « gradation de l'invocabilité »¹⁴³⁵, correspondant à deux types de justiciabilité : une « justiciabilité minimale »¹⁴³⁶ et une « justiciabilité renforcée »¹⁴³⁷. L'invocabilité et la justiciabilité sont, selon ce principe, conditionnellement liées et font intervenir dans cette perspective le volontarisme des juges nationaux à rendre le plus effectif possible le principe d'effet direct. Ce dernier occupe une place décisive, en ce qu'il caractérise la propension d'une règle à être « susceptible d'une application judiciaire »¹⁴³⁸. Sous cet angle de vue, la justiciabilité s'apprécie, par l'invocabilité, selon trois variables¹⁴³⁹. Premièrement, elle nécessite la prise en compte du pouvoir d'appréciation du juge sur son office¹⁴⁴⁰ ; deuxièmement, des circonstances de la norme au

¹⁴³⁴ SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 438.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, pp. 437-438. L'auteur propose, en effet, « une gradation progressive entre justiciabilité minimale et justiciabilité renforcée, qui paraît infiniment plus pertinente pour rendre compte de la réalité jurisprudentielle que l'opposition traditionnelle fondée sur une notion, par ailleurs protéiforme, d'effet direct. » Voir dans le même sens, SIMON (D.), « L'application des directives par les tribunaux nationaux », *Bull. Cour de cassation*, 1^{er} octobre 1993, disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/etude_cour_2290/denys_simon_9981.html ; MANIN (P.), « L'invocabilité des directives, quelques interrogations », *RTDEur*, 1990, n° 1, pp. 669-692.

¹⁴³⁶ SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, spéc. pp. 438-444 ; Art. 267 TFUE. Cette « justiciabilité minimale » correspond aux mécanismes d'invocabilité de substitution, d'interprétation conforme (CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. 13/83, *Rec.*, p. 1891), d'exclusion (CJCE, 2000, *Linster*, aff. C-287/98), de prévention et de réparation (CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci* aff. C-6/90 et C-9/90).

¹⁴³⁷ SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, spéc. pp. 445-446 : La « justiciabilité renforcée » se caractérise par l'effet de substitution, intervenant « Dès lors qu'une norme communautaire remplit les conditions techniques exigées pour qu'elle puisse produire un effet direct, les juridictions nationales sont tenues de procéder à son application immédiate et directe, au lieu et place du droit national défaillant. » Ce principe général a été posé par l'arrêt *Simmenthal*. CJCE, 9 mai 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77. Cette justiciabilité suppose donc que la juridiction nationale puisse appliquer la règle communautaire directement à condition « que cette règle soit applicable par un juge. » Ce dernier devra alors œuvrer pour qu'elle produise des effets en suant, selon l'opportunité des cas d'espèce « des procédés de l'interprétation conforme, inopposabilité du droit national contraire, prévention ou réparation ». La justiciabilité est ici conditionnée par l'immédiateté de la norme communautaire en question qui, en cas de non-transposition par une norme nationale, devra respecter les critères désormais connus de clarté, d'inconditionnalité, et d'applicabilité directe sans intervention complémentaire d'une autorité ayant un pouvoir normatif discrétionnaire. Une jurisprudence foisonnante retrace ses questions et leurs évolutions. Pour une vision d'ensemble, voir : MEDHI (R.), « Effet Direct », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 195. Nous nous contenterons ici de citer que les arrêts les plus significatifs afin de consacrer notre étude sur l'aspect définitionnel du sujet. Voir notamment, CJCE, 17 décembre 1970, *S.A.C.E. c. Ministère des finances italien*, aff. C-33/70 ; CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, aff. C-148/78 ; CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, aff. C-8/81 ; CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, n° 11604 ; CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, concl. GUYOMAR (M.), *RFDA*, spéc. pp. 1129-1131.

¹⁴³⁸ ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁴³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁴⁰ Voir par exemple, CJCE, 4 avril 1968, *Fink-Frucht*, aff. C-27/67.

regard du cadre judiciaire, qui découle sur la gradation de l'invocabilité précédemment énoncée¹⁴⁴¹ ; troisièmement, du type de contrôle exercé par le juge en fonction du type d'invocabilité mise en cause¹⁴⁴². Elle forme alors une sorte d'obligation pour le juge national dans la prise en considération du droit de l'Union, et se dévoile par l'exercice de son office¹⁴⁴³.

203. La conjoncture juridique, et notamment jurisprudentielle, relative aux questions d'invocabilités a poussé la doctrine à développer en parallèle un sens de la justiciabilité¹⁴⁴⁴, centré sur la nature de l'acte et sur l'office du juge. Néanmoins, il s'agit d'une définition orientée sur les rapports de systèmes, question importante propre à la discipline, qui ne permet pas de dégager définition générale et satisfaisante de la justiciabilité.

¹⁴⁴¹ Cela revient également à la distinction classique entre « effet vertical » (entre un particulier et un État en raison du fait que la norme crée des obligations envers l'État en question), et « effet horizontal » (si la norme définit des obligations précises à l'encontre des particuliers, celle-ci pourra être invoquée lors d'un litige entre particuliers).

¹⁴⁴² Il s'agit, par exemple, de l'invocabilité de substitution, du contrôle de compatibilité, de l'interprétation du droit national au regard du droit de l'Union ou encore de la responsabilité d'un État pour réparation d'un dommage. En comparaison de la proposition de professeur SIMON, on peut évoquer, par ailleurs, la vision de Robert KOVAR qui ordonne à la fois, les types d'invocabilités selon un ordre hiérarchique décroissant et selon un principe de complémentarité entre invocabilité de substitution, d'exclusion, d'interprétation, de conformité et de réparation. Pour plus de précisions voir, KOVAR (R.), « L'interprétation des droits nationaux en conformité avec le droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, p. 382.

¹⁴⁴³ « Le droit de l'Union est applicable par le juge national aussitôt qu'il remplit les conditions suffisantes pour faire l'objet de l'utilisation judiciaire spécifique qui est sollicitée ». ISAAC (G.), BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, coll. Université, 10^e Éd., 2012, p. 382.

¹⁴⁴⁴ COUTRON (L.), « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme », *RTDeur*, 2015, n° 1, spéc. p. 62 et p. 95. La distinction proposée par le professeur SIMON entre les deux justiciabilités (minimale et renforcée), a pu néanmoins être interprétée comme théoriquement opportune lors de sa présentation dans les années 1990, mais elle ne correspondrait plus fidèlement, aujourd'hui, à la pratique au sein des prétoires. Le professeur COUTRON énonce que sur le plan épistémologique, la présente distinction vise implicitement à promouvoir la prise en compte, par les juges nationaux, du principe de primauté du droit de l'Union. L'auteur propose alors une approche utilitariste, se voulant plus neutre, basée sur l'intention du justiciable et la pratique du contentieux. Il en déduit que l'interprétation conforme est priorisée et est même devenue un réflexe quasi-systématique autant pour la Cour de justice que pour les juges nationaux. Les invocabilités d'exclusion, de substitution endosseraient un rôle plus secondaire.

B. Une promotion opérée par la doctrine

204. Même s'il est évoqué assez fréquemment par la doctrine, le concept de justiciabilité est souvent mobilisé comme un mot qui fait sens. Il souffre, cependant, d'un « usage encore incertain »¹⁴⁴⁵. Outre les situations dans lesquelles il est employé sans y être défini, il peut être également tributaire du subjectivisme de l'auteur qui le cite, ou de la discipline dans laquelle il est mobilisé. La portée axiologique qui peut lui être octroyée provoque en réalité son équivocité. De manière plus générale, les différents points de vue théoriques pouvant être mobilisés ne permettent que difficilement de trouver un consensus clair sur l'usage à lui donner. La recherche d'un panorama relativement large des propositions doctrinales jusqu'alors expressément émises sur la justiciabilité amène à isoler deux visions principales. La doctrine des droits sociaux a apporté, d'un côté, de nombreuses réflexions nées conjoncturellement à une époque où l'état du droit positif était propice à susciter des controverses autour de la question de l'opportunité de la revendication des droits sociaux en justice (1). D'un autre côté, la doctrine privatiste, portée sur la théorie générale du droit, est intervenue à dessein d'en établir une définition objective (2).

1. Les propositions émises dans la doctrine des droits sociaux

205. Les facteurs conjoncturels de l'émergence d'une réflexion sur la justiciabilité.

La mobilisation des réflexions relatives à la justiciabilité par la doctrine des droits sociaux¹⁴⁴⁶ est née circonstanciellement à la dénonciation, dans les années 90, d'une insuffisante, voire d'une impossible protection juridictionnelle de ces droits. Est dénoncée, en somme, une « présomption d'injusticiabilité »¹⁴⁴⁷. Les investigations autour du concept de justiciabilité sont apparues avec la volonté de résoudre un problème, d'ailleurs déjà pointé par Georges

¹⁴⁴⁵ ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁴⁶ La doctrine des droits sociaux recoupe ici tout discours énoncé par un interprète non authentique du droit (par exemple, universitaire ou institutionnel) portant sur une catégorie plus ou moins large de droits appelés « droits sociaux ». Nous retenons une définition des droits sociaux, appelés plus couramment en France « droits-créances », en tant que droits opposés aux « droits-libertés ». Contrairement à ces derniers, ils ne supposent non pas une abstention de l'État, mais une action positive de celui-ci pour réaliser ces droits. En ce sens, ils « confèrent à leur titulaire, non pas un pouvoir de libre option et de libre action, mais une créance contre la société, tenue de lui fournir, pour y satisfaire, des prestations positives impliquant la création de services publics. ». RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 8 ; GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴⁴⁷ ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un *self-restraint* juridictionnel », in ROMAN (D.) (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, *op. cit.*, p. 30.

GURVITCH dans sa *Déclaration des droits sociaux* en 1946, lequel prônant que ce type de droit « ne réglemente pas seulement, mais attribue des compétences, des revendications, des actions juridiques autonomes et créatrices, aux groupes et aux individus intéressés »¹⁴⁴⁸. Cette réaction a été réactualisée par le constat selon lequel les droits sociaux ont fait l'objet, parmi les droits de l'homme, d'une consécration juridique timorée¹⁴⁴⁹, notamment comparée à celle des droits civils et politiques¹⁴⁵⁰. Au regard du droit supranational, le principe d'indivisibilité des droits de l'homme, proclamé par la Déclaration de Vienne de 1993¹⁴⁵¹, sert d'ailleurs d'argument au soutien d'une « nécessaire »¹⁴⁵² justiciabilité de tous les droits de l'homme. Il vise à donner aux droits sociaux le statut de droits fondamentaux à part entière¹⁴⁵³. Cette doctrine se fonde sur la primordialité du contrôle juridictionnel, le cas échéant, des droits sociaux. Les revendications doctrinales prônant la concrétisation juridique de ces droits par leur garantie juridictionnelle ont été l'opportunité, particulièrement dans cette matière¹⁴⁵⁴, de propositions de définitions.

¹⁴⁴⁸ GURVITCH (G.), *La Déclaration des droits sociaux* (1946), Paris, rééd. Dalloz, 2009, pp. 78-79. Selon l'auteur, l'implication des droits sociaux va plus loin, en ce qu'ils sont un moyen d'intégration démocratique. Ils sont, en ce sens, une réhabilitation du « nous » communautaire, en favorisant l'intégration de l'individu dans le groupe. Ainsi, les droits sociaux doivent être « *les droits de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers* ». Or, l'implication démocratique de tels droits passe par leur concrétisation et leur sanction. C'est ce qui a amené l'auteur à remarquer que « *la garantie effective de la liaison indissoluble entre les droits sociaux et les institutions et procédures démocratiques fait défaut* » (*Ibid.*, p. 36). Pour une étude récente sur le sujet, voir : HERRERA (C.-M.), « Droits sociaux et politiques chez Georges Gurvitch », *Droit et société*, 2016, n° 94, pp. 513-524.

¹⁴⁴⁹ Cela s'observe surtout sur le plan supranational. Au niveau national, le Préambule de notre Constitution précise l'attachement du peuple « *aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.* » Néanmoins, la nature dit « programmatique » de ces droits en fait des droits objectifs prescrivant des directions au législateur. « *Il en résulterait que ces droits, trop vagues, ne pourraient être invoqués devant le juge condamné à attendre que le législateur en précise exactement la portée, et à n'en appliquer que la version législative. La valeur constitutionnelle de ces droits serait donc pour l'essentiel de portée symbolique.* » REDOR-FICHOT (M.-J.), « L'indivisibilité des droits de l'homme », CRDF, 2009, n° 7, p. 82.

¹⁴⁵⁰ Pour une analyse synthétique, voir, NIVARD (C.), *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2012, 807 p. ; BENLOLO-CARABOT (M.), « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, n° 1, 2012, mis en ligne le 30 juin 2012, <http://revdh.revues.org/120> ; GAUTHIER (C.), PLATON (S.), SZYMCAK (D.), *Droit européen des droits de l'homme*, Dalloz, Sirey université, 2017, pp. 253-255.

¹⁴⁵¹ Déclaration de Vienne du 25 juin 1993 : « *Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés.* » Ledit principe avait déjà été énoncé dans une résolution prise par l'Assemblée générale des Nations unies, n° 421, du 4 décembre 1950, relative au *projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre : travaux futurs de la Commission des droits de l'homme*.

¹⁴⁵² REDOR-FICHOT (M.-J.), « L'indivisibilité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁵³ Voir par exemple, *Ibid.*, p. 82 ; PONTTHOREAU (M.-C.), « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, n° 5, p. 929.

¹⁴⁵⁴ Voir notamment, « Justiciabilité des droits sociaux en Europe », IVe Congrès international du mouvement des juristes catholiques (Strasbourg, 22-24 novembre 1991), in *Affari sociali internazionali*, 1992, pp. 1-297 ; RUSSO (C.), « La justiciabilité des droits économiques et sociaux », in *Collected courses of the Academy of European Law*, 1992, vol. III-2, pp. 207-235 ; ILIOPOULOS-STRANGAS (J.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États membres », in FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Actes de la journée d'études du 19 octobre 2001, Nemesis, Bruylant, 2002, spéc. pp. 60-82 ; BONNECHERE (M.), « Quelle garantie des droits

206. L'intervention décisive d'un contrôle juridictionnel. Il apparaît que ces définitions se rejoignent dans cette finalité relative au fait que le contrôle juridictionnel garantit la juridicité des droits sociaux. Or, leurs éléments constitutifs peuvent différer. Sans rechercher l'exhaustivité au regard des nombreuses propositions émises, il s'agit d'en présenter les principales, sélectionnées par leur degré de systématisme au regard des multiples propositions formulées. Tout d'abord, selon le professeur Nikitas ALIPRANTIS, la justiciabilité se définit comme « la possibilité juridique de soumettre le contrôle du respect des droits sociaux à un tribunal interne ou un organe juridictionnel (ou quasi juridictionnel) international »¹⁴⁵⁵. Cantonnée aux droits sociaux, cette définition associe un élément matériel (le droit concerné) et un élément formel (l'existence d'une procédure juridictionnelle pour en connaître). Cette même démarche est adoptée par la professeure Diane ROMAN, selon laquelle la justiciabilité se rapporte à « une soumission potentielle à l'examen et au contrôle d'une juridiction ». Elle est, autrement dit, « la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge et la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître »¹⁴⁵⁶. Le professeur ROBITAILLE a, dans le même sens, adopté cette dichotomie en distinguant la justiciabilité *substantielle* de la justiciabilité *processuelle*¹⁴⁵⁷. La proposition ensuite formulée par Carole NIVARD semble s'en rapprocher, à ceci près que l'auteur entend, non pas séparer, mais associer l'élément formel et l'élément matériel. Selon cette démarche, elle propose l'idée selon laquelle « la justiciabilité des droits sociaux désigne la possibilité de soumettre le contrôle de leur respect à un organe juridictionnel,

sociaux fondamentaux en droit européen ? », *Europe*, 2000, chr. n° 7 ; COSTA (J.-P.), « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 141-153 ; PRISO ESSAWE (S.), « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la CourEDH », *RTDH*, 1998, n° 36, pp. 721-736 ; SCHIOTTI (C.), « L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des États contractants », in FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, op. cit., pp. 173-197 ; REDOR-FICHOT (M.-J.), « Dispositions invocables et justiciabilité des droits de l'homme devant le juge administratif français », in *Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 947-972 ; DE SCHUTTER (O.), « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *RUDH*, 2000, n° 43, pp. 33-47 ; SUDRE (F.), « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? » *RTDH*, 2003 n° 55, pp. 755-779 ; SUDRE (F.), « La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Mélanges offerts à J. Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 46 ; GUSY (C.), « Les droits sociaux sont-ils nécessairement injusticiables ? », in GREWE (C.), BENOIT-ROHMER (F.) (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Presses universitaires de Strasbourg, Collection de l'Université Robert Schuman, 2003, pp. 33-46.

¹⁴⁵⁵ ALIPRANTIS (N.), « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Dr. soc.*, 2006, n° 2, p. 158.

¹⁴⁵⁶ ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », op. cit., p. 4.

¹⁴⁵⁷ ROBITAILLE (D.), « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *RTDH*, 2013, n° 94, p. 225. La justiciabilité substantielle forme la reconnaissance d'une protection d'un droit, notamment en lui conférant une valeur juridique. La justiciabilité processuelle forme, de son côté, les garanties proclamées par un ordre juridique en instaurant un certain nombre de procédures permettant de contester une atteinte à un droit.

que ce soit dans le cadre d'un contentieux objectif et subjectif »¹⁴⁵⁸. L'enjeu d'une telle différence d'approche n'apparaît néanmoins et visiblement pas décisif en ce qu'est toujours visée l'idée d'une association de la justiciabilité à la possibilité d'un contrôle juridictionnel concernant des droits spécifiques (en l'occurrence des droits sociaux). Par le biais d'une autre démarche, se voulant plus objective, le professeur HERRERA distingue, enfin, trois types de justiciabilité¹⁴⁵⁹. Premièrement se dégage une justiciabilité indirecte, lorsqu'aucune procédure juridictionnelle n'est prévue dans un domaine spécifique, conduisant à ce que certains droits sociaux soient reconnus *in concreto* par le juge lors d'une affaire, par le lien qu'ils peuvent avoir avec, par exemple, les droits civils et politiques¹⁴⁶⁰. Deuxièmement, une justiciabilité directe, ou générale, postule que les droits sociaux sont reconnus comme des droits fondamentaux à part entière, et deviennent, par voie de conséquence, invocables directement devant le juge comme tout autre droit de même valeur. Troisièmement, une justiciabilité spécifique, ou spéciale, concerne la situation dans laquelle s'effectue la création d'organes quasi-juridictionnels spécialisés pour répondre à la spécificité du litige¹⁴⁶¹. Cette dernière définition procure l'avantage de cerner de manière relativement exhaustive les différentes manifestations de la justiciabilité. Elle pose cependant un problème lié à la recherche d'une signification d'un concept autonome de justiciabilité par la distinction de trois facettes de cette même justiciabilité. Gage de clarté pratique, elle doit pour autant être accommodée au principe selon lequel l'usage de ces *trois* « justiciabilités » peut cacher un sens commun et objectif de *la* justiciabilité. Face au problème que pose la recherche d'une définition lexicale, il convient ensuite de mettre en lumière les difficultés inhérentes à une définition par comparaison.

2. Les propositions émises dans la doctrine privatiste de la théorie générale du droit

207. Les propositions de systématisation d'une définition de la justiciabilité demeurent relativement rares. Il semble que les premières recherches théoriques sur le sujet, et en France, ont été effectuées dans la théorie générale du droit privé, sous le patronage du Doyen CARBONNIER. Ces investigations se sont ensuite poursuivies sous la plume de Christian ATIAS dans sa contribution au *Dictionnaire de la justice*¹⁴⁶². Elles forment, aujourd'hui, les investigations

¹⁴⁵⁸ NIVARD (C.), *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴⁵⁹ HERRERA (C. M.), « La justiciabilité des droits sociaux : concept juridique et évolution jurisprudentielle », in ROMAN (D.) (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴⁶⁰ Voir par exemple, CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, 32, n° 6289/73.

¹⁴⁶¹ C'est le cas notamment, concernant les droits sociaux, du Comité européen des droits sociaux créé en 2001.

¹⁴⁶² ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, pp. 798-801.

les plus développées consacrées à une définition objective de la justiciabilité. La présentation de ces définitions (a) est l'occasion de présenter, par la même occasion, une critique de celles-ci quant à leur opportunité au regard de notre étude (b).

a. Les définitions développées par Jean CARBONNIER et Christian ATIAS

208. La proposition de Jean CARBONNIER. L'approche sociologique du droit employée par le Doyen CARBONNIER a amené ce dernier à consacrer une place relativement importante à la justiciabilité sur des questions théoriques relatives à l'identité et à l'autonomie du droit. La justiciabilité est alors abordée d'un point de vue essentialiste, comme fondement du droit, ou, autrement dit, comme critère de juridicité. En s'inspirant explicitement des écrits du sociologue Hermann KANTOROWICZ¹⁴⁶³, adoptant une conception du droit en accord avec les principes de la *Common Law*, l'auteur part du postulat selon lequel l'identité de la règle de droit se constate par sa potentialité à faire l'objet d'un jugement par un tiers arbitre¹⁴⁶⁴. Ce premier postulat découle lui-même d'une théorie de la norme juridique associée à la contrainte et qui, pour ce faire, présuppose l'existence de mécanisme de sanction visant à en corriger les transgressions¹⁴⁶⁵. L'éventualité du jugement est ainsi conceptualisée sous le critère de l'*eventus judicii*, formant la « seule éventualité du jugement »¹⁴⁶⁶, qu'il appelle aussi « litigiosité »¹⁴⁶⁷ et qui représente cette justiciabilité du droit ; la marque sa spécificité. Elle illustre, plus généralement, la singularité d'une relation sociale régie par le droit, et plus particulièrement, recentre le jugement comme aspect exclusif au droit, en ce sens que cette procédure, si spécifique par son cadre institutionnel et son autorité¹⁴⁶⁸, n'intervient pas dans d'autres domaines de règles. Elle

¹⁴⁶³ Voir à ce propos, KANTOROWICZ (H.), « Legal Science. A Summary of Its Methodology », *Columbia Law Review*, June 1928, vol. 28, n° 6, spéc. pp. 689-691 ; *The Definition of Law*, Cambridge University Press, 1958, XXIV, p. 78.

¹⁴⁶⁴ « Ce qui importe c'est l'intervention d'un juge, de ce tiers personnage (arbitre ou fonctionnaire, indifféremment), placé à part des autres pour douter dans la contradiction des litigants et finalement sortir du doute par une décision. » CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, 2016, p. 321. Dans le même sens, CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2013, p. 3. La justiciabilité est présentée comme « le critère le plus sûr de la juridicité. »

¹⁴⁶⁵ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 319. L'auteur énonce, en effet, que la sanction comme garantie d'exécution de la règle de droit est « une de ses dimensions nécessaires. » À l'exception du droit international public, il constate que tout ordre juridique prévoit de tels mécanismes ; ce qui signifie, en outre, qu'est prévue et spécialement anticipée dans la règle de droit, la potentialité de sa violation.

¹⁴⁶⁶ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁶⁷ CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 7^e éd., 1992, p. 21.

¹⁴⁶⁸ « Ce qui est propre au droit, c'est une mise en question organisée, une institution de contestation. Contestation de quoi ? Non pas du droit lui-même en tant que règle, mais de l'application de la règle au cas présent. » CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 320. L'auteur précise l'importance du pouvoir de l'État dans cette théorie, par le fait que l'autorité du

témoigne de manière opportune de l'extirpation du domaine des mœurs pour rentrer « dans le royaume incertain du droit »¹⁴⁶⁹. « En tant qu'aptitude à provoquer l'intervention d'un tiers impartial appelé à dire le droit, la justiciabilité est le critère même de la juridicité : il n'y a de droit que là où il peut y avoir un procès »¹⁴⁷⁰. La justiciabilité est ainsi un caractère qui n'appartient qu'au droit, mais l'auteur précise qu'il n'est inversement pas possible de résumer essentiellement le droit à la justiciabilité¹⁴⁷¹. En somme, la justiciabilité est, selon l'auteur, cette spécificité intrinsèque au droit, cet *eventus judicii*, entourant toute possibilité d'intervention d'un juge tiers (arbitre). « La justiciabilité débouche sur un phénomène plus universel, englobant tout appel au juge, même s'il ne revêt pas un aspect ordonné et stratégique, même s'il n'est que plainte, clameur, querelle »¹⁴⁷².

209. La proposition de Christian ATIAS. Dans la lignée de cette démarche, appréhendant le droit comme phénomène et par le biais de la transdisciplinarité, la proposition de Christian ATIAS étaye cette conception au moyen d'une définition par énumération, en y rajoutant une démultiplication et une catégorisation des éléments intrinsèques (ou facettes) de la justiciabilité. Métaphorisée par la symbolique du *Janus bifrons*¹⁴⁷³, son analyse s'articule autour d'une diversité de sens, par une appréhension place du point de vue du justiciable d'une part, et du point de vue du juge d'autre part. Du côté du justiciable, elle se caractérise par l'existence d'une possibilité, une « soumission potentielle à une autorité, à un pouvoir et à ses décisions, à un régime, à un traitement »¹⁴⁷⁴. Elle se matérialise par l'acquisition d'un statut pour le titulaire de droits, par « faculté de prendre la qualité de justiciable »¹⁴⁷⁵, indifféremment de la procédure prévue ou du juge saisi¹⁴⁷⁶ et tant qui lui est reconnu un intérêt légitime à solliciter le juge. Cette

juge lui vient de la compétence qu'il reçoit précisément de l'État.

¹⁴⁶⁹ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁷⁰ Nous renvoyons ici à l'analyse du professeur CADIET sur la théorie du Doyen CARBONNIER. CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 40. Voir également, CADIET (L.), « Carbonnier processualiste », *Mélanges offerts à Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 189.

¹⁴⁷¹ L'auteur écrit, en ce sens « *qu'est juridique ce qui est propre à provoquer un jugement, ce qui est susceptible de procès, justiciable de cette activité très particulière d'un tiers personnage que l'on appelle arbitre ou juge. Mais que la possibilité toujours latente d'un procès soit inhérente à la notion juridique, il ne s'ensuit pas que la réalité du droit se confonde avec le contentieux* ». CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 21. Le caractère contentieux est ici conçu comme la manifestation « *pathologique* » du droit, considérée seulement comme la « *partie malade* » du droit « *normal* » pris comme ensemble plus englobant. *Ibid.*, pp. 21-22.

¹⁴⁷² CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴⁷³ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁷⁴ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, p. 798.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ Elle se caractérise plus concrètement par le biais de l'action en justice, encadrée par les procédures prévues par l'ordre juridique, autour du droit de saisir un juge, afin qu'il se prononce sur les prétentions invoquées par le requérant, ou pour contester le bien-fondé cette prétention dont le juge est saisi. Voir, CADIET (L.),

possibilité d'être jugé est, autrement dit, une aptitude, la potentialité d'être assujéti à l'autorité et au pouvoir de décision d'un juge tiers¹⁴⁷⁷. Elle n'est alors pas un statut propre en réalité, mais la possibilité d'acquisition de ce statut¹⁴⁷⁸. Du côté du juge, elle se base sur le plan de compétence et de la fonction. « Elle est ce sur quoi les juges acceptent de statuer »¹⁴⁷⁹. *Lato sensu*, le statut de justiciable est l'aptitude à être jugé par une juridiction. C'est alors qu'elle prend en considération la compétence des juridictions, les règles de procédure, l'interprétation et la motivation du juge¹⁴⁸⁰. Elle relève globalement du domaine juridictionnel, « dans la relation entre l'assujéti, sa cause, et ce qui l'assujétit, la loi, le juge, son juge ; c'est pourquoi elle tient du statut de l'un et du pouvoir de l'autre »¹⁴⁸¹. Ensuite, elle est appréhendée sous le prisme sociologique par assimilation à la « sociabilité »¹⁴⁸². Elle illustre une sorte de concrétisation d'une symbolique de la justice par ses manifestations au sein du lien social. Selon l'auteur, sa vertu intégrative, par l'objectivité du statut de justiciable, induit premièrement que la faculté de contestation participe à l'élimination de la « crainte du pouvoir, de l'autorité, de ses solennités, qui en fait un recours normal et engendre une certaine confiance ». Elle est, deuxièmement, sous l'angle de la sociologie des institutions, associée à la « justicialité », consacrant la justice comme institution, administration, ou ensemble de personnels gestionnaires d'un service¹⁴⁸³. La méthode choisie tend à donner une vision globale de la justiciabilité en tant que phénomène étreint entre plusieurs objets observables, mêlants éléments juridiques et empiriques.

b. Critiques relatives à l'opportunité des définitions proposées

210. Les définitions précédemment étudiées peuvent être critiquées, principalement sur le plan épistémologique, afin de mieux cerner un usage opératoire du concept de justiciabilité propice à servir l'analyse des relation entre individu et État par les recours juridictionnels et,

NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 39. Elle se décuple, ensuite, selon un ensemble d'éléments juridiques et extra-juridique conditionnant, au sens large, l'action en justice. Ce peut être, par exemple, des « conditions matérielles (carte judiciaire, accessibilité des lieux de justice, intelligibilité de la signalétique et de la sémologie judiciaire, etc.), conditions pécuniaires (question de l'aide juridictionnelle), au-delà des conditions juridiques auxquelles renvoie la théorie de l'action, que ce soit à travers les conditions du droit d'agir (la nécessité, notamment, d'un intérêt "légitime" à agir) ou la sanction de l'abus du droit d'agir, qui peuvent restreindre la justiciabilité ». (*Ibid.*, p. 40).

¹⁴⁷⁷ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, p. 798.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 799.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 798.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.* ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁸¹ ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, p. 798.

¹⁴⁸² *Ibid.*, p. 799 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁸³ « La justicialité, la justice en tant qu'institution, ensemble de personnels, de moyens, d'entités, de hiérarchies, de stocks et de flux de dossiers à gérer, est assurément à gérer, à gérer aussi bien que possible, pour tenter de faire face à la justiciabilité croissante et aux actions proliférantes ». ATIAS (Ch.), « Justiciabilité », *op. cit.*, p. 800.

plus largement, son insertion en tant que critère de la démocratie constitutionnelle contemporaine. À cet effet, la définition du Doyen CARBONNIER s'avère être, tout d'abord, insuffisante pour deux raisons principales. La première est qu'elle n'est pas réellement centrée sur la justiciabilité elle-même, mais est plutôt mobilisée à dessein de faire ressortir un critère exclusif d'identification du droit. La seconde est que la justiciabilité est appréhendée au regard de ce qu'elle engendre, en tant que phénomène attribuable au droit (de manière concise, la potentialité d'un jugement par un tiers arbitre), sans identifier précisément des critères strictement juridiques propices à l'identifier en tant que concept autonome. Autrement dit, il s'agit, non pas de se demander en quoi la justiciabilité fonde le droit, mais plutôt, en quoi (ou de quelle manière) le droit fonde cette dernière positivement. La proposition de Christian ATIAS peut recevoir, ensuite, une critique similaire, et ce, en raison également de l'approche de sociologie juridique adoptée. Elle se veut à la fois descriptive dans les effets que génère la justiciabilité et prescriptive dans les conclusions qu'elle propose relativement à la façon dont celle-ci influe au sein des rapports sociaux et de pouvoir. La distinction établie entre une justiciabilité vue du côté du juge et vue du côté du justiciable ne permet pas non plus de faire ressortir un concept autonome de la justiciabilité exclusivement par le prisme du droit. Cette définition a ainsi l'avantage de tendre à l'exhaustivité, mais elle demeure également, selon notre analyse, insuffisamment ciblée sur l'identité juridique de la justiciabilité.

211. Ces approches permettent d'éclairer la symbolique de la justiciabilité par son évolution et ses traductions au sein de l'analyse juridique. Les discours ici présentés montrent que les développements récents du concept de justiciabilité sont concomitants à une certaine conjoncture, à la fois sur le plan politique et sur le plan doctrinal. L'approche privatiste tend à montrer une certaine prédisposition du droit à la justiciabilité, alors l'approche « droit-de-l'homme » proposée par la doctrine des droits sociaux, s'emploie à mettre en lumière les lacunes de cette vision dans la pratique. Pour poursuivre ces investigations, il convient de se tourner vers la théorie des droits fondamentaux, en ce que cette dernière est la plus représentative des enjeux contemporains que pose la question de la justiciabilité du droit.

SECTION 2. UN CONCEPT NECESSAIRE A LA DEMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE

212. La proposition d'une définition de la justiciabilité nécessite d'éclaircir quel rapport cette première entretient avec la notion de « droits fondamentaux ». Une réflexion préliminaire amène à revenir, en effet, sur le lien originel entre le droit et la justice. Cette vision est inspirée par une des premières tentatives de théorisation de la justice par ARISTOTE dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque*. Il n'est pas rare, et même pertinent, d'associer la justice au droit. Mais, il reste à savoir si cette affirmation demeure opératoire entre le droit et la justice. Sur le plan étymologique, *jus* et *justitia* dérivent d'une même racine. L'héritage de la Grèce antique se retrouve, à ce propos, dans l'expression grecque *to Dikaion*, signifiant simultanément « droit » et « justice »¹⁴⁸⁴. En accord avec la prémisse « pas de droit sans juge »¹⁴⁸⁵, ARISTOTE fait du droit l'instrument d'une justice comme « forme substantivée du juste »¹⁴⁸⁶, basée sur le rapport à autrui et sous-entendant à la fois ce qui se conforme à la loi et à l'égal¹⁴⁸⁷. Formalisé concrètement par ce que le penseur grec appelle la « justice particulière »¹⁴⁸⁸, ce raisonnement est au service d'une vision du droit comme « mesure de partage des biens »¹⁴⁸⁹ et d'une justice entendue « comme celui qui ne prend pas plus que sa part »¹⁴⁹⁰. Cette indispensabilité de la justice, et son indissociabilité avec le droit, s'identifie ici à une vision de la justice comme partage des biens aux citoyens en fonction de leur place dans la Cité, dont seule la sentence d'un tiers impartial et « désintéressé » est capable de déterminer la part qui revient à chacun¹⁴⁹¹. Il est évident qu'aujourd'hui la justice et le droit répondent à d'autres conceptions. Le développement

¹⁴⁸⁴ VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 2014, p. 47. Voir également, BARRET-KRIEGL (B.), *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 1989, p. 43.

¹⁴⁸⁵ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Paris, rééd. Dalloz, 2001, p. 46.

¹⁴⁸⁶ RICŒUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2005, p. 8.

¹⁴⁸⁷ ARISTOTE, *Sur la Justice. Éthique à Nicomaque*, livre V, trad. R. Bodeüs, Paris, Flammarion, 2008, p. 17.

¹⁴⁸⁸ ARISTOTE distingue, en effet, la justice générale de la justice particulière. La justice générale est présentée comme une justice sociale se référant à un ensemble de valeurs morales propices à assurer l'harmonie entre l'homme et la société. Il est ici présupposé que l'homme ne peut survivre sans adhésion à une morale régissant l'articulation entre l'un et le groupe. La justice particulière, quant à elle, englobe la justice distributive et directive. Elle se comprend, chez le penseur grec, autour des deux acceptions du terme *dikaion* comme ce qui est à la fois égal et légal. Se peut se résumer par conception « rétributive » de l'égalité dans la Cité en fonction des intérêts et du mérite de chaque individu et est traduite par le droit (aspect distributif), dont le juge en est le gardien. Elle agit, en ce sens, sur le partage concret, équilibré et juste entre les intérêts particuliers et les intérêts de la Cité (aspect directif). Voir notamment, ARISTOTE, *Sur la Justice. Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, pp. 36-58 ; VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, *op. cit.*, pp. 47-51.

¹⁴⁸⁹ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁹⁰ ARISTOTE, *Sur la Justice. Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*, pp. 47-52. Cela renvoie à la facette « distributive » de la justice telle qu'elle est perçue par le penseur grec.

¹⁴⁹¹ VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 46. Voir également, KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 588.

des droits de l'homme a néanmoins relancé la question de ce lien¹⁴⁹², sous un postulat différent selon lequel les droits fondamentaux sont la concrétisation dans le droit positif de droits inhérents à l'homme dont ce dernier doit pouvoir jouir par des garanties suffisantes. De là découle la signification moderne de la garantie des droits exposée à l'article 16 de la DDHC. Le lien entre les droits fondamentaux et leur justiciabilité met alors en évidence la question, d'une part, de leur existence et, d'autre part, du problème de leur opérationnalité. L'imprégnation libérale de notre droit ne permet plus d'oublier le rôle du juge, faisant de la justiciabilité le référentiel déterminant de l'effectivité des droits fondamentaux¹⁴⁹³. Dans cette logique, cette implication suppose l'intervention préalable de trois axiomes généraux. Le premier consiste à énoncer que la justiciabilité n'est pas exclusive aux droits fondamentaux, mais que ces derniers en sont majoritairement tributaires. Le deuxième postule que la fundamentalité est en partie conditionnée par l'appréciation du juge. Le troisième prescrit, enfin, que l'effectivité de ces droits est conditionnellement liée au contrôle et à la sanction de ceux-ci par la juge. Ainsi, le lien entre justiciabilité et droits fondamentaux prend appui sur deux discours : d'un côté, sur une nécessité théorique présupposant que les mécanismes juridictionnels de sanction des normes conditionnent leur effectivité et, plus généralement, leur existence en tant que norme, et d'un autre côté, sur une vision politique prônant que les droits fondamentaux doivent être effectivement sanctionnés en justice pour exister en tant que tels. Par le biais d'une définition stipulative des droits fondamentaux, il est possible de postuler que la justiciabilité est à la fois une condition d'existence des droits fondamentaux (§1) et une condition d'effectivité de ces derniers (§2).

¹⁴⁹² Michel VILLEY explique à ce propos la perte de la force symbolique d'une Justice antique basée sur le référentiel du « juste », au profit d'une vision contemporaine plus « technicisée » du juge dont le travail quotidien est de confronter des normes à des cas d'espèce. Voir, VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁹³ « *La possibilité d'obtenir le respect d'un droit devant un juge est une condition d'effectivité de ce droit, voire de son existence en tant que droit.* » REDOR-FICHOT (M.-J.), « L'indivisibilité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 80.

§ 1. Une condition d'existence des droits fondamentaux

213. La modernité juridique ne semble pas appréhender la question des droits fondamentaux sans l'implication du juge. Importé d'Allemagne¹⁴⁹⁴, le concept de droits fondamentaux souffre d'un problème de consensus doctrinal, qui n'est d'ailleurs pas toujours en accord avec le sens que tend à lui donner le droit positif. Sans revenir sur la relative « cacophonie »¹⁴⁹⁵ du discours doctrinal et jurisprudentiel brouillant le consensus autour de ce « concept flou »¹⁴⁹⁶ (et donc relatif), il s'agira ici d'en postuler une vision générale. Le lien entre la justiciabilité et les droits fondamentaux devient ainsi logique dès lors que sont réunis deux postulats complémentaires : une analyse des droits fondamentaux ne va pas sans prendre en considération le rôle déterminant du juge (A), autant dans leur dévoilement que dans leur interprétation ; de sortir qu'il devient logique qu'inclure, en conséquence, la justiciabilité dans la définition des droits fondamentaux (B).

A. L'implication déterminante du juge

214. Le rôle incontournable du juge au sein des réflexions relatives aux droits fondamentaux résulte, historiquement, d'une promotion doctrinale patronnée par la pensée constitutionnaliste et de l'État de droit¹⁴⁹⁷. Donner, en effet, une suprématie à la Constitution sur les autres normes de l'ordre juridique, alors même que cette dernière ne mentionne initialement pas de droits fondamentaux en son texte, conduit au glissement progressif d'une

¹⁴⁹⁴ Voir à ce propos, WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, n° 1-4, pp. 40-49.

¹⁴⁹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », in LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, pp. 11-27 ; « L'affirmation des droits fondamentaux : Quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Les Cahiers français*, 2010, n° 354, pp. 19-23 ; WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *op. cit.* Pour une synthèse relative aux différentes controverses doctrinales sur la polysémie du concept de « droits fondamentaux » et sur le problème épistémologique que cette question pose, voir : GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques doctrinaux relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, spéc. p. 23-52 ; BURGOGNE-LARSEN (L.), « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories en droit public*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaire, 2010, pp. 389-407 ; ETOA (S.), *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »*, *Analyse des discours juridiques français*, Paris, Mare et Martin, 2016, p. 17.

¹⁴⁹⁶ MOLFESSIS (N.), « Droit fondamental. Un label incontrôlé. », *JCP G*, 2009, n° 25, 32, p. 58. Pour une analyse plus générale du problème, voir : LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Nemesis, Antemis, coll. Droit et Justice, 4^e éd., 2012, spéc. pp. 61-73. BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, spéc. pp. 97-100.

¹⁴⁹⁷ Pour une mise en perspective des courants dominants de cette époque, voir par exemple : MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1928, n° 45, spéc. pp. 42-52.

parole donnée au législateur vers celle du juge¹⁴⁹⁸. L'affirmation de cette suprématie, et cela paraît désormais évident, ne peut engendrer en somme qu'un seul phénomène : l'implication indispensable et logique du juge par la constitutionnalisation des droits¹⁴⁹⁹. L'intrication entre la justice et les droits fondamentaux justifie ainsi un lien existentiel entre justiciabilité et droits fondamentaux, dont le droit positif fournit les preuves. L'implication, désormais primordiale, du juge dans la définition et la concrétisation des droits fondamentaux fait de la justiciabilité un élément charnière entre les droits fondamentaux, leur garantie juridictionnelle, et donc la possibilité pour les individus de s'en prévaloir. Même si aujourd'hui ce constat n'a rien d'original, tant le phénomène a été largement consacré en droit positif et soutenu dans la doctrine¹⁵⁰⁰, il est pourtant essentiel pour replacer la justiciabilité dans son contexte et pour appuyer son importance. Pour justifier cette affirmation, il est donc nécessaire de revenir en amont sur les causes afin d'en présenter ensuite les conséquences. La remise en cause progressive du monopole de l'interprétation législative (1) est balancée au profit d'une normalisation de l'interprétation juridictionnelle (2).

1. La remise en cause du monopole de l'interprétation du législateur

215. L'influence du constitutionnalisme. Sous le patronage des exigences de l'État de droit,¹⁵⁰¹ « l'éminence du droit induit la prééminence du juge »¹⁵⁰², au même titre que les libertés publiques se sont inclinées face aux droits fondamentaux¹⁵⁰³. Selon son acception formelle, faisant reposer l'État sur les principes de constitutionnalité et de légalité, et son principe matériel incluant les droits fondamentaux inscrits dans le préambule de la Constitution, l'État de droit rend le juge incontournable. Cette idée découle avant tout de l'idéologie du constitutionnalisme qui, dans une acception large, s'articule autour d'un « ensemble de

¹⁴⁹⁸ À ce propos, ROUSSEAU (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, pp. 5-22.

¹⁴⁹⁹ Voir en ce sens, MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse Université Toulouse I Sciences sociales, 1998, t. 1, pp. 276-298 ; FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.

¹⁵⁰⁰ Pour une synthèse, voir notamment : FONSECA (D.), *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Paris, Mare & martin, coll. Bibliothèque de droit public, 2016, pp. 57 et svt.

¹⁵⁰¹ L'implication du juge comme contre-pouvoir, et particulièrement le juge constitutionnel dans son rôle de gardien de la Constitution contre les éventuelles atteintes du législateur, est partie intégrante de la doctrine de l'État de droit. Y figurent, en effet, et notamment, la « primauté de la constitution et sa garantie juridictionnelle » ou encore le « principe d'applicabilité des droits fondamentaux ». Voir, JOUANJAN (O.), « État de droit », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 649.

¹⁵⁰² HOURQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, op. cit., p. 107.

¹⁵⁰³ Voir, CHAMPEIL-DESPALTS (V.), « Des “libertés publiques” aux “droits fondamentaux” : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, 2010, n° 5.

jugements de réalité et de jugements de valeur, destinés à préconiser ou justifier un état des choses, le contrôle de constitutionnalité »¹⁵⁰⁴. Inspirée de la contribution de Kelsen¹⁵⁰⁵ dans la promotion du mécanisme de contrôle de constitutionnalité par une Cour constitutionnelle spécialement habilitée, l'idée d'une primauté hiérarchique de la Constitution garantit par une procédure juridictionnelle permet de consacrer une nouvelle catégorie de normes supérieures à loi et pouvant sanctionner la loi. Diffusée au sein d'une partie de la doctrine française du début du XX^e siècle¹⁵⁰⁶, la thèse kelsénienne retrouvera son intérêt avec l'apparition du contrôle de constitutionnalité à partir de 1958¹⁵⁰⁷. L'idéologie trouve ainsi son illustration en droit en contribuant, par là même, à la construction du concept de droits fondamentaux. Le principe paraît aujourd'hui découler de l'évidence : les normes constitutionnelles doivent pouvoir être garanties par un juge contre toute ingérence du législateur. Imposer une conformité de la loi par rapport à la Constitution, c'est déjà annoncer une distinction entre normes législatives et normes constitutionnelles en termes de fundamentalité.

216. L'affirmation d'une primauté des droits fondamentaux sur les libertés publiques¹⁵⁰⁸. La tradition légicentriste française initiée par la Déclaration de 1789, et mise plus significativement en pratique sous la III^e République, conférait au législateur le monopole de l'interprétation et de la concrétisation des droits de l'homme sous le label des libertés publiques. En application des préceptes énoncés dans la DDHC,¹⁵⁰⁹ la souveraineté du législateur lui procurait la compétence de donner une signification et une valeur positive, aux droits abstraits

¹⁵⁰⁴ TROPER (M.), « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, p. 30.

¹⁵⁰⁵ Il est ici fait référence à sa célèbre contribution en 1928 dans la *Revue de droit public*, notamment en raison l'écho qu'elle recevra dans la doctrine française. Voir, Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 185-257. Cette idée a ensuite largement été reprise par Charles EISENMANN dans sa thèse. EISENMANN (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, rééd. PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1986, 383 p.

¹⁵⁰⁶ RAYNAUD (Ph.), « Des droits de l'homme à l'État de droit chez les théoriciens classiques du droit public », *Droits*, 1986, n° 2, pp. 61-74.

¹⁵⁰⁷ C'est notamment sous l'influence du Doyen FAVOREU que l'étude du droit constitutionnel jurisprudentiel connut un essor significatif. Voir par exemple, FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988, spéc. pp. 31-41.

¹⁵⁰⁸ Pour analyse complète et exclusivement consacrée à cette question, nous renvoyons à la thèse de Samuel ETOA. ETOA (S.), *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux »*, *op. cit.* Il s'agit là d'un thème largement traité. L'intérêt de l'évoqué pour le présent raisonnement réside dans le fait que la justiciabilité s'est intensifiée par la constitutionnalisation des droits.

¹⁵⁰⁹ Art. 4 DDHC 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. » Art. 5 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

et naturels de l'homme tels qu'ils étaient exposés dans la présente déclaration¹⁵¹⁰. Les faiblesses manifestées par cette hégémonie parlementariste au milieu du XXe siècle mirent progressivement fin à ce « mutisme constitutionnel »¹⁵¹¹, pour faire connaître aux droits de l'homme un nouveau médiateur ; le passage de l'État légal à l'État de droit a alors accompagné la succession du législateur par le juge constitutionnel¹⁵¹². La proclamation des principes de l'État de droit sous l'influence du juge constitutionnel, impulsée par la célèbre décision du 16 juillet 1971, *liberté d'association*¹⁵¹³ et celle du 23 août 1985, proclamant que la loi « n'exprime volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁵¹⁴, a changé les poids dans la balance pour faire officiellement du juge un créateur et un interprète des droits fondamentaux constitutionnels. « Désormais, la notion de droits fondamentaux est la forme juridique dominante »¹⁵¹⁵. À titre de précision, il ne faut pas ignorer que la forme des libertés publiques demeure et coexiste avec celle des droits fondamentaux, de sorte que les titulaires de ces droits peuvent s'en prévaloir. Néanmoins, la prévalence de ces derniers est majoritairement due à leur valeur juridique supérieure, ce qui contribuera ensuite au développement de garanties constitutionnelles visant à prescrire leur justiciabilité¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁰ On retrouve ainsi le paradoxe selon lequel sont déclarés des droits préexistant à l'homme en prononçant concomitamment que la vérité des droits de l'homme n'est seulement accessible qu'à travers la parole unique du législateur. Voir à ce propos, VIALA (A.), « Droits fondamentaux (notion) », in CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Dictionnaire Dalloz, 2010, p. 313. L'idée n'est pas neuve, et rappelle notamment la critique formulée par KANT sur les dangers de cette conception des droits de l'homme. Ces derniers y sont présentés en tant que noumènes (des choses que l'on ne peut percevoir de manière expérimentale), devenant des phénomènes sous l'unique décisionnisme d'un législateur appréhendé comme une sorte d'oracle des libertés. Voir en ce sens, GOYARD-FABRE (S.), « La Déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 41-54.

¹⁵¹¹ VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », *op. cit.*, p. 288.

¹⁵¹² Sur le contexte idéologique de cette période, voir : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, PUAM, 1992, 389 p. ; CARRE DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, spéc. pp. 50-51 et pp. 124-126.

¹⁵¹³ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, note RIVERO (J.), *AJDA*, 1971, p. 537 ; HAMON (L.), « Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels », *Recueil Dalloz*, 1974, p. 83-90 ; FAVOREU (L.), PHILIP (L.), « Liberté d'association. Conformité de la loi au préambule. Protection des libertés publiques », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1975, pp. 267-287 ; ROUSSEAU (D.), « La place du juge constitutionnel », *Les Cahiers français*, 2001, n° 300, pp. 39-47.

¹⁵¹⁴ Cons. const., n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

¹⁵¹⁵ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁵¹⁶ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2.

2. La normalisation de l'interprétation juridictionnelle

217. La place primordiale de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux.

La garantie des droits prévue à l'article 16 de la DDHC ne prend de sens qu'à travers l'action du juge et plus particulièrement en la personne d'un juge constitutionnel¹⁵¹⁷ à la fois « gardien du droit positif et défenseur de la transcendance des droits de l'homme »¹⁵¹⁸. Le développement jurisprudentiel des droits fondamentaux par ledit article 16 a amené le juge à y inclure le droit à recours juridictionnel effectif¹⁵¹⁹, présentant la caractéristique d'être à la fois un droit fondamental garantissant lui-même l'exercice des autres droits fondamentaux¹⁵²⁰. C'est là, sur le plan constitutionnel, la manifestation de véritables garanties inhérentes à la justiciabilité des droits constitutionnellement garantis. Le phénomène a connu une expansion plus significative au profit du pouvoir juridictionnel *lato sensu*, en mobilisant les juges du fonds et les juges supranationaux, par les garanties assurées par les articles 6 et 13 de la Convention EDH et l'article 47 de la Charte DFUE¹⁵²¹. Tout d'abord, aucune prescription juridique n'ôte la faculté pour les juges ordinaires de consacrer des droits fondamentaux. Le problème est ensuite celui de l'harmonisation des droits consacrés, dont le rôle revient aux juges suprêmes et, en premier chef, aux juges constitutionnels et conventionnels¹⁵²². De manière générale, le processus de « procéduralisation du droit » a porté avec lui une nouvelle vision des droits fondamentaux tributaires de l'appréciation du prêteur. Le principe est que la « procéduralisation du droit »¹⁵²³ entraîne le développement des droits fondamentaux, ces derniers se révélant par leur mise en pratique et leur évaluation. À ce propos, l'introduction de la question prioritaire de

¹⁵¹⁷ Voir notamment, TROPER (M.), « L'interprétation de la Déclaration des droits. L'exemple de l'article 16 », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 111-122.

¹⁵¹⁸ VEDEL (G.), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, p. 149.

¹⁵¹⁹ Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83. Voir, *infra*, Partie, Titre 2, Chap. 2.

¹⁵²⁰ DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), « Propos introductifs », in *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 21.

¹⁵²¹ « Notre temps est marqué par la formidable ascension de la puissance judiciaire. Je ne dis pas du pouvoir, le texte constitutionnel ne le permet pas. Les deux grandes sources de cette situation nouvelle se trouvent dans deux phénomènes qui sont irréversibles et qui doivent être salués : 1) L'internationalisation du droit et des juridictions. 2) La constitutionnalisation de notre État de droit ». FAVOREU (L.), BADINTER (R.), STARCK (C.), PUISOCHET (J.-P.), COSTA (J.-P.), « Le gouvernement des juges vu par les juges ? », Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 290. Voir également, BENOIT-ROHMER (F.), « Présentation générale », in BENOIT-ROHMER (F.), D'AMBRA (D.), GREWE (C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et justice, 2003, XVIII.

¹⁵²² VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », *op. cit.*, p. 287. Concernant le problème de cohérence jurisprudentielle entre les juges nationaux et supranationaux, voir, ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'accès à la justice au sein des droits de l'homme », in BETAÏLLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Paris, LGDJ, Lextenso, IFR, coll. Actes de colloques, 2016, p. 58.

¹⁵²³ BENOIT-ROHMER (F.), « Présentation générale », *op. cit.*, XVII.

constitutionnalité redonné un élan au juge constitutionnel dans ce rôle de protecteur et d'interprète des droits fondamentaux¹⁵²⁴.

218. Un juge donnant sens aux droits fondamentaux. Il apparaît effectivement que la substitution du législateur au profit du juge laisse les droits fondamentaux tributaires du « décisionnisme judiciaire »¹⁵²⁵, véhiculant cet imaginaire d'objectivité opposé au subjectivisme imprévisible incarné par le politique¹⁵²⁶. C'est d'ailleurs au juge constitutionnel qu'est dû le premier emploi, en France, de l'expression « droits fondamentaux » dans la décision du 22 janvier 1990¹⁵²⁷. Même si, en vertu de l'article 34 de la Constitution, le législateur reste un organe privilégié de concrétisation de ces droits¹⁵²⁸, le juge en est devenu, et particulièrement le juge constitutionnel en ce qu'il dispose du pouvoir de censurer la loi¹⁵²⁹, l'interprète « officiel » privilégié. Il en découvre certains, donne sens à d'autres et actualise ces derniers. La Constitution, constituée de normes générales et abstraites, a prouvé sa stabilité et son adaptation à la conjoncture par l'interprétation évolutive qu'en fait le juge¹⁵³⁰. Le degré de précision et de concrétisation des énoncés de valeur constitutionnelle est un point déterminant concernant leur invocabilité¹⁵³¹. La signification des droits fondamentaux est ainsi assurée par l'opération d'interprétation et de concrétisation du juge qui devient celui qui dissipe le doute et montre aux individus quels sont les droits dont ils peuvent se prévaloir¹⁵³². Sans cette signification, l'individu, potentiellement justiciable est autrement dit désarmé et ignorant par

¹⁵²⁴ CHARRIERE-BOURZANEL (C.), « La montée en puissance des droits fondamentaux par l'effet de la QPC », in *La QPC, une question pour la démocratie*, Actes du colloque à l'hôtel de Lassay le 15 avril 2013, *JCP G*, n° 29-34, 15 juillet 2013, p. 33. Voir également, DUPIC (E.), BRIAND (L.), *La question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*, Paris, PUF, coll. Questions judiciaires, 2013, 243 p.

¹⁵²⁵ VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », *op. cit.*, p. 297.

¹⁵²⁶ VIALA (A.), « Droits fondamentaux (notion) », in CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Dictionnaire Dalloz, 2010, p. 304.

¹⁵²⁷ Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33 ; Note FAVOREU (L.), *RFDC*, 1990, n° 2, p. 330 ; AVRIL (P.), GICQUEL (J.), *Pouvoirs*, 1990, n° 54, p. 196.

¹⁵²⁸ Le législateur est « l'organe premier de concrétisation des DF constitutionnels, il dispose de la compétence de principe pour en établir le régime juridique. » MAGNON (X.), « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in BETAÏLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, *op. cit.*, p. 35. Voir également BARBE (V.), *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 131, 2009, 527 p.

¹⁵²⁹ Art. 61, Const. 1958.

¹⁵³⁰ Voir, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, sect. 1.

¹⁵³¹ Le degré de précision de la norme peut déterminer, en effet, si celle-ci est, ou non, directement invocable devant le juge. Il s'agit par exemple, du cas où une norme constitutionnelle est directement invocable devant le juge de droit commun. MAGNON (X.), « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 35. À ce sujet, nous renvoyons notamment aux remarques particulièrement éclairantes du Rapporteur public Yann AGUILA sous l'arrêt *Commune d'Annecy*. Voir, CE, 8 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, concl. AGUILA (Y.).

¹⁵³² MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2003, spéc. pp. 241-246.

défaut. L'intervention du juge place les droits fondamentaux dans un versant existentialiste, rappelant par ailleurs le dilemme d'Euthyphron posé par PLATON¹⁵³³, postulant ici que les droits fondamentaux sont comme tels par le cachet normatif qu'ils obtiennent par l'onction du juge.

219. L'idée de justice est sous-jacente des droits fondamentaux et permet, au regard de ces raisons, de placer la justiciabilité en toile de fond, à la fois dans la théorie et dans la pratique de ces droits. Au mieux paraît-il possible d'affirmer que la justiciabilité les fait exister, en ce qu'elle participe à caractériser la fundamentalité¹⁵³⁴. Cette intégration est enfin telle qu'elle permet de faire figurer la justiciabilité au sein même d'une définition des droits fondamentaux.

B. Un critère définitionnel

220. L'inclusion de la justiciabilité dans une définition des droits fondamentaux exige *a minima* de prendre en considération le choix d'une théorie du droit et de stipuler ensuite une définition de la justiciabilité. À ce titre, les alternatives retenues permettent de proposer, une fois encore, une définition des droits fondamentaux incluant le concept de justiciabilité précédemment défini¹⁵³⁵. De manière concise, les droits fondamentaux seront abordés selon leur valeur hiérarchique, l'organe compétent pour les contrôler et les titulaires susceptibles de s'en prévaloir. La possibilité de postuler l'association entre la justiciabilité et les droits fondamentaux provient principalement du constat de l'existence de prescriptions relatives à une garantie juridictionnelle des droits fondamentaux dans notre droit positif. Si cette hypothèse est vérifiable, elle ne répond pas à la question plus large consistant à se demander si cette association est simplement relative à un ordre juridique donné, ou si elle peut être considérée comme systématique en raison d'une définition stipulative des droits fondamentaux. La présente démarche vise alors à exclure les théories de la dissociabilité, afin d'opter pour une

¹⁵³³ Le dilemme d'Euthyphron, présenté par le dialogue de PLATON, pose la distinction entre essentialisme et existentialisme. Il peut se résumer autour de la question suivante : « *Les saints sont-ils saints parce qu'ils sont aimés des dieux ou sont-ils aimés des dieux parce qu'ils sont saints ?* ». Ainsi, soit l'identité de saint n'est exclusivement liée qu'à une question d'essence, soit celle-ci est exclusivement relative à un acte de reconnaissance extérieur qui, en l'occurrence, provient ici des dieux. Voir, PLATON, *Lachès. Euthyphron*, trad. J.-L. Dorion, Paris, Flammarion, 1997, pp. 272-273. L'utilisation du présent dilemme au sein d'une réflexion juridique a notamment été proposée par le professeur VIALA. Voir à ce propos, VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, VIALA (A.) (dir.), Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), LGDJ, 2014, p. 135.

¹⁵³⁴ COUDERT (C.), *Réflexions sur le concept de fundamentalité en droit public*, thèse dactyl., Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand, 2011, pp. 22-25.

¹⁵³⁵ Voir, Introduction, p. 35.

théorie de l'indissociabilité entre les deux concepts (1). Ceci fait, il s'agit de proposer une définition formelle des droits fondamentaux incluant la justiciabilité (2).

1. L'adoption d'une théorie de l'indissociabilité

221. Le rejet des théories de la dissociabilité. Une théorie de la dissociabilité entre justiciabilité et droits fondamentaux est habituellement considérée sous une posture jusnaturaliste ou « cognitiviste » du droit¹⁵³⁶. La logique proposée est celle d'une distinction ontologique¹⁵³⁷ entre l'existence de certains droits et leur reconnaissance par le droit positif. Autrement dit, le droit positif ne présenterait qu'une vision résiduelle du droit, rendant, dans le même temps, la justiciabilité de ces droits aléatoirement tributaires de la signification donnée aux droits naturels par le droit positif¹⁵³⁸. La proposition selon laquelle certains droits sont justiciables est ainsi indépendante des normes posées par le droit positif, de sorte que le fait que certains droits *doivent* être justiciable ou non dépend, non pas des normes posées par l'ordre juridique, mais d'une conception morale ou politique de ces droits. Ce versant essentialiste se retrouve, également, dans la théorie des droits fondamentaux proposée par le professeur Étienne PICARD¹⁵³⁹ qui considère que la fundamentalité ne résume pas au droit positif, ce qui ne la réduit pas d'ailleurs à un degré déterminé dans la hiérarchie des normes¹⁵⁴⁰, mais « se retrouve partout »¹⁵⁴¹. De cette manière, la fundamentalité préexiste au droit positif, qui n'en découvre les aspects que de manière progressive et parcellaire.

¹⁵³⁶ MILLARD (E.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012, p. 453.

¹⁵³⁷ La présentation de la logique jusnaturaliste ne se veut ici ni exhaustive ni réductrice, mais seulement synthétique en faisant ressortir un postulat général. Une théorie substantialiste suppose, en effet, qu'il existe autant de théories du droit qu'il y a de points de vue sur la substance du droit.

¹⁵³⁸ « La justiciabilité serait alors, comme dans toute théorie jusnaturaliste ou cognitiviste, une réception par le système juridique des droits préexistants, naturels, etc., avec ici l'idée que cette réception, loin de renforcer toujours les droits par l'efficacité, pourrait au contraire conduire à en changer la portée ou la signification, voire en réduire l'efficacité. » MILLARD (E.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *op. cit.*, p. 453.

¹⁵³⁹ PICARD (É.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 6.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 12. L'auteur démontre, en ce sens, que la fundamentalité ne se réduit pas aux catégories de droits de valeur constitutionnelle ou conventionnelle, mais se retrouve partout dans l'ordre juridique.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 6. Cette thèse trouve, par exemple, une objection positiviste chez le professeur DENQUIN, pour qui la fundamentalité est un « cachet » attribué par le droit ou un interprète authentique du droit. L'acte de reconnaissance formalise ainsi la fundamentalité. « Dès lors il est proprement vide de sens de prétendre que l'on constitutionnalise les droits fondamentaux : c'est la constitutionnalisation qui fait le droit fondamental et non l'inverse ». DENQUIN (J.-M.), « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in TROPER (M.), CHAGNOILLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, 2012, t. 1, p. 65.

222. Ces postures théoriques s'avèrent ainsi inappropriées pour la recherche d'une définition des droits fondamentaux incluant la justiciabilité. Il faut alors s'orienter vers une théorie strictement positiviste pour pouvoir aboutir à une conciliation.

223. **Le choix théorique relatif de l'indissociabilité.** La thèse de l'indissociabilité se développe d'une part, parmi la doctrine positiviste et, d'autre part, au sein du droit positif. Tout d'abord, la thèse positiviste, dite « non cognitiviste »¹⁵⁴², ne prend pas en considération le précédent moral ou politique d'un droit de l'homme proclamé ensuite en droit positif, mais apprécie comme « droits fondamentaux », seulement les droits objectivement inscrits dans l'ordre juridique¹⁵⁴³. Cette conception positiviste des droits fondamentaux occulte volontairement toute essence de ces droits pour se consacrer à leur étude en tant qu'énoncés normatifs. La justiciabilité est ainsi dépendante de la positivité de la norme. La logique inverse pose ensuite question. De manière générale, la question de la justiciabilité s'insère dans une réflexion théorique relative à la nature du droit, et plus particulièrement, aux caractéristiques des énoncés normatifs. Revient alors la question de savoir si, premièrement, le critère de la sanction est conditionnel au droit pour assurer son efficacité et si, secondement, la justiciabilité permet de satisfaire à cette exigence. À l'instar de Hans Kelsen, il est possible de considérer que des procédures de sanctions, notamment des procédures juridictionnelles, concourent à l'efficacité globale d'un ordre juridique¹⁵⁴⁴, et sont donc une condition de son existence¹⁵⁴⁵. De la sorte, cette logique normativiste présuppose que les obligations ou permissions d'agir contenues dans des énoncés normatifs doivent pouvoir bénéficier de garanties. Ainsi transposé, il en résulte que des droits fondamentaux dépourvus de garanties juridictionnelles, ne seraient

¹⁵⁴² MILLARD (E.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *op. cit.*, p. 454.

¹⁵⁴³ « Alors qu'historiquement l'invocation des droits de l'homme présente une dimension "hétéro-intégrative" visant à la consécration de prétentions morales dans le droit positif, l'affirmation de droits fondamentaux (tout particulièrement considérés aux sens formel, structurel et de commune appartenance) s'inscrit dans une démarche "auto-intégrative". En d'autres termes, sont fondamentaux (ou prétendent à la fondamentalité) des droits déjà consacrés par des ordres ou par des sous-ordres juridiques donnés. » CHAMPEIL-DESPALTS (V.), « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁴⁴ Hans Kelsen présuppose, en effet, qu'un ordre juridique trouve le fondement de sa validité en ce qu'il est « en gros et de façon générale efficace. » Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2^e Éd., 1999, p. 215. Pour une analyse sur ce point, voir : JAESTAEDT (M.) : « Validité dans le système et validité du système. À quoi sert la norme fondamentale, et à quoi elle ne sert pas », *Droit & Philosophie*, « Hors-Série », 2019. Disponible à l'adresse : <http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/validite-dans-le-systeme-et-validite-du-systeme-a-quoi-sert-la-norme-fondamentale-et-a-quoi-elle-ne-sert-pas-258>

¹⁵⁴⁵ Ce qui signifie, par extension, que son efficacité conditionne son existence. « L'efficacité est une condition de la validité dans la mesure où une norme seule et un ordre normatif dans son entier perdent leur validité s'ils perdent leur efficacité ou la possibilité d'une efficacité. » Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 184.

simplement que des droits proclamés, et seraient donc qualifiés d'« imparfaits »¹⁵⁴⁶. D'une autre manière, une théorie réaliste considère l'existence d'un droit par sa justiciabilité, au sens où c'est le choix interprétatif du juge qui détermine le sens donné à un droit¹⁵⁴⁷. Par extension, la justiciabilité participe ainsi au sens des droits fondamentaux, et donc à leur existence.

224. La concrétisation par le droit positif. En outre, cette logique d'indissociabilité se retrouve en droit positif. Sur le plan constitutionnel, il se construit par l'articulation entre le principe de garantie des droits, prévu à l'article 16 de la DDHC, et le droit à un recours juridictionnel effectif¹⁵⁴⁸. La logique est encore plus claire et explicite en droit conventionnel. Que cela soit, par exemple, au regard des articles 6 et 13 de la Convention EDH¹⁵⁴⁹, ou encore aux termes de l'article 47 de la Charte DFUE¹⁵⁵⁰, l'idée maîtresse est que toute personne sujette aux droits desdites conventions doit pouvoir jouir des garanties juridictionnelles propices à les faire respecter, et ce, sous la responsabilité des États partis¹⁵⁵¹. En dernier lieu, les droits fondamentaux peuvent participer à la mise en place de procédures juridictionnelles spécifiques¹⁵⁵² tels que la question prioritaire de constitutionnalité¹⁵⁵³ ou encore le référé-liberté, prévu à l'article 521 du Code de justice administrative, habilitant le juge à « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ». L'ensemble de ces éléments concourent ainsi à adopter une définition des droits fondamentaux incluant la justiciabilité.

¹⁵⁴⁶ MILLARD (E.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *op. cit.*, p. 455.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.* Autrement dit, le caractère abstrait de la norme, notamment par ces termes, ne trouve sa signification une fois que le juge, en tant qu'interprète authentique, a choisi un sens à cette norme. Il s'ensuit que tous les droits fondamentaux ne sont pas forcément justiciables ; ce caractère dépend effectivement de la formulation employée dans les textes normatifs et de l'interprétation qu'il en est faite par les organes habilités par l'ordre juridique.

¹⁵⁴⁸ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 1. Le droit à un recours juridictionnel effectif est interprété par le juge constitutionnel comme la « *garantie effective des droits des intéressés* ». Voir en ce sens, Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 23 ; Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83 ; Cons. const., n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, cons. 37.

¹⁵⁴⁹ La jurisprudence de la Cour EDH a par exemple énoncé ce principe dans l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, arguant que « *la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux*. » CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, série A, n° 18, §34.

¹⁵⁵⁰ La jurisprudence de Cour de justice est également claire sur ce point. C'est notamment ce que cette dernière proclame dans sa jurisprudence *Les verts* en 1986. CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83.

¹⁵⁵¹ Ces principes conventionnels prennent notamment la forme d'« obligations positives procédurales » imposant aux États de prévoir des procédures juridictionnelles effectives susceptibles de répondre aux requêtes des justiciables. Voir, SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 14^e éd., 2019, p. 253.

¹⁵⁵² CHAMPEIL-DESPALTS (V.), « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁵³ Art. 61-1, Const. 1958. La procédure peut être ouverte, dès lors qu'un requérant soutient « *qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit*. »

2. L'inclusion de la justiciabilité dans une définition formelle des droits fondamentaux

225. L'opportunité du choix de l'approche. Au regard des propositions doctrinales existantes, il apparaît que le choix d'une définition des droits fondamentaux se dessine couramment soit selon un dilemme entre une approche formelle ou matérielle, soit par une tentative de conciliation entre ces deux¹⁵⁵⁴. L'étude des relations entre l'individu et l'État par la revendication des droits fondamentaux au sein de la démocratie constitutionnelle actuelle, impliquant inévitablement la prise en compte du concept de justiciabilité, peut être analysée selon une approche formelle. Là où l'approche formelle se concentre sur la supériorité hiérarchique des droits fondamentaux sur les autres droits¹⁵⁵⁵, l'approche matérielle quant à elle identifie un tel droit relatif par son contenu, ce dernier reflétant une valeur morale jugée fondamentale¹⁵⁵⁶. Cette seconde approche manque néanmoins d'objectivité en ce qu'elle est tributaire de ce que l'interprète (législateur, juge ou encore doctrine) considère comme fondamental ou non au regard d'un certain nombre de valeurs. L'approche formelle et l'approche matérielle relèvent ainsi de deux questions différentes. C'est la raison pour laquelle l'approche formelle est privilégiée pour sa systématité.

226. La définition proposée. Il s'agit, dès lors, de considérer comme fondamental, tout droit octroyant une permission d'agir sur des individus¹⁵⁵⁷, bénéficiant d'une priorité

¹⁵⁵⁴ Voir par exemple, DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 11, pp. 748-749.

¹⁵⁵⁵ Voir à ce propos, DORD (O.), « Droits fondamentaux », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 332. L'auteur définit l'approche formelle comme analysant « les droits et libertés qui s'imposent aux pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel parce qu'ils sont protégés par la Constitution de l'État et les traités auxquels celle-ci est partie. » Voir, en ce sens, l'approche proposée par le professeur PFERSMANN : PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in FAVOREU (L.) et alii. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2012, pp. 71-114.

¹⁵⁵⁶ Le contenu des droits fondamentaux prime alors sur leur valeur hiérarchique au sein de l'ordre juridique, ou d'une autre manière, l'importance donnée à ce contenu peut justifier une certaine valeur hiérarchique. « *Le droit fondamental se définirait par son contenu et non par sa valeur ou par sa procédure. Est fondamental un droit qui correspond à une valeur fondamentale.* » BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 102. C'est par exemple ce que propose Thomas MEINDL dans sa thèse, en s'employant à démontrer qu'une analyse jurisprudentielle des droits fondamentaux aboutit à l'impossibilité d'opter pour une définition formelle, au bénéfice d'une définition matérielle. MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, *op. cit.*, spéc. p. 9 et 229. Voir également, PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁵⁷ Le présent sujet se concentre sur les individus et leur relation avec l'État et sur les caractères de la démocratie constitutionnelle moderne qui, régit par le principe d'État de droit, se concentre sur une vision formelle (ou à dominance procédurale) de la démocratie. Il demeure bien évidemment que les personnes physiques ne sont pas les seules titulaires de droits fondamentaux. Cette restriction de l'analyse suit simplement la logique de notre étude.

hiérarchique (supralégislative), supposant que les normes législatives et infralégislatives doivent respecter ces permissions dont la limite est déterminée par un caractère « faisant grief », que des organes juridictionnels soient habilités à contrôler ce caractère fautif et, d'enfin, que des titulaires de droits soient habilités à saisir ces organes¹⁵⁵⁸. Au regard du présent raisonnement, la présente approche manifeste de trois utilités. Tout d'abord, elle permet, comme cela a été vu précédemment, de pointer la consécration progressive des droits dont peut se prévaloir l'individu sur le plan supralégislatif ; application *ex post* en droit positif des préceptes du libéralisme politique¹⁵⁵⁹. Elle est ensuite opportune par sa vertu intégrative. Le critère de la supériorité hiérarchique, par la largeur de son champ d'application, permet, en effet, de faire état de tous les moyens à disposition de l'individu pour faire prévaloir ces droits. Elle est enfin, par ses présupposés méthodologiques propres, la plus pertinente pour étudier les recours juridictionnels en tant que procédures, et les individus en tant que titulaires de droits quant à leurs facultés à solliciter ces procédures. La question principale n'est pas ainsi celle de savoir si un droit est ou doit être fondamental, comme le réclamerait une approche matérielle, mais de prendre les droits fondamentaux, entendus formellement comme acquis préalablement stipulé, pour étudier les procédures juridictionnelles qui permettent leur contestation et leur revendication. Ici encore, le concept de justiciabilité trouve son utilité et son implication en servant, en outre, d'instrument de mesure l'effectivité des droits fondamentaux.

¹⁵⁵⁸ Nous reprenons ici les critères proposés par le professeur PFERSMANN, que l'on peut réduire à trois conditions simplifiées : la priorité hiérarchique, l'existence d'un organe spécifique de contrôle et l'existence d'un titulaire habilité à déclencher ce contrôle. Voir, PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 79. Voir également, MAGNON (X.), « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », *op. cit.* p. 28.

¹⁵⁵⁹ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 101.

§ 2. Une condition d'effectivité des droits fondamentaux

227. L'association entre le concept d'effectivité et celui des droits fondamentaux est aujourd'hui largement considérée, autant sur le plan de la théorie du droit, du discours politique qu'en droit positif. Cette dernière prend sa source dans un fond idéologique nourri par la pensée constitutionnaliste et la doctrine de l'État droit, véhiculant l'idée selon laquelle les droits de l'homme¹⁵⁶⁰, pour être des droits fondamentaux, ne doivent se contenter de demeurer de « simples prétentions »¹⁵⁶¹. La solution est celle du juge, dont le rôle est de s'assurer de l'opérationnalité de droits effectivement garantis par des procédures juridictionnelles¹⁵⁶². Autrement dit, « la norme est effective quand elle est appliquée et la transgression sanctionnée, ou plus largement quand cette norme peut être invoquée à l'appui d'une contestation devant une autorité compétente (justiciabilité) »¹⁵⁶³. C'est alors que la justiciabilité atteste du caractère décisif de son rôle. En quelque sorte, elle n'assure pas seulement aux droits fondamentaux d'exister, elle les fait aussi vivre. Elle est alors appréhendée sur le plan fonctionnel, d'où découlent deux approches distinctes. Selon une approche axiologique, tout d'abord, la justiciabilité est perçue comme opportune, en ce qu'elle permet de concrétiser une certaine idéologie libérale, décrivant le passage de droits de nature « proclamatoire » à des droits protégeant concrètement les individus contre les décisions du pouvoir politique. En cela, la justiciabilité est l'instrument d'un discours politique visant à promouvoir l'effectivité des droits fondamentaux (A). Selon une approche normative, ensuite, la justiciabilité permet la concrétisation, en pratique, de permissions d'agir dont les titulaires peuvent se prévaloir par le biais de procédures juridictionnelles. C'est en ce sens que la justiciabilité encadre le principe d'effectivité des droits fondamentaux, pour en devenir un critère théorique (B).

A. La médiation d'un discours politique

228. Le rapport entre la justiciabilité et les droits fondamentaux ne peut être épargné de son fond idéologique, autant qu'il serait vain de s'attarder sur les effets d'un phénomène sans

¹⁵⁶⁰ Dans le cadre d'une analyse politique, le terme « droits de l'homme » est employé pour symboliser l'idéologie qu'ils représentent, contrairement au terme « droits fondamentaux » se cantonnant strictement aux droits consacrés par le droit positif.

¹⁵⁶¹ MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 352.

¹⁵⁶² KOUDE (R. K.), « Les droits de l'homme : de l'intuition universaliste à l'universalité récusée ? », *RTDH*, 2006, n° 68, p. 915.

¹⁵⁶³ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 170.

s'intéresser à ses causes. La première exigence demeure seulement celle de les distinguer. La performance du discours politique inspirée de la pensée libérale aboutit à l'imposition progressive d'une vision à la fois de l'individu, de l'État, du droit et plus largement de la démocratie, faisant de la justiciabilité des droits fondamentaux un élément central de la légitimité du pouvoir. Le caractère conjoncturel inhérent à l'interprétation des droits de l'homme fait que l'idéologie a laissé place au discours de la justification¹⁵⁶⁴. Précédent le droit ou discourant sur lui, les visions et discours politiques sur les droits de l'homme éclairent les fondations de ce qui est ensuite traduit en normes juridiques¹⁵⁶⁵. Pour la démocratie constitutionnelle moderne, les droits de l'homme sont alors un instrument de légitimation du pouvoir. Ils sont à la fois bénéfiques aux individus et aux pouvoirs en ce qu'ils rendent acceptable l'intervention ou l'abstention de l'État dans la sphère de liberté des individus. La vision politique dominante, basée sur l'indissociabilité entre la garantie des droits et la démocratie, est un discours prescriptif et légitimant visant à promouvoir la meilleure façon de concevoir ces rapports entre l'individu et l'État. Elle est, à ce titre, une traduction doctrinale du constitutionnalisme (1), considérant l'effectivité des droits de l'homme comme la concrétisation d'un principe de rétribution (2).

1. Une traduction doctrinale du constitutionnalisme

229. La traduction d'une théorie prescriptive et idéologique. L'influence de la doctrine constitutionnaliste¹⁵⁶⁶ se remarque par son caractère à la fois prescriptif et idéologique¹⁵⁶⁷. Elle suppose, dans sens large, que tout État doit avoir une constitution afin de se prémunir du despotisme. Dans un sens plus étroit, elle considère généralement que l'indispensabilité de la constitution doit s'accompagner de garanties nécessaires à l'effectivité

¹⁵⁶⁴ « Le problème de fond relatif aux droits de l'homme n'est pas tant, aujourd'hui, de les justifier que de les protéger. C'est un problème politique et non philosophique. » BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardiet et J.-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007, p. 42.

¹⁵⁶⁵ « Avec le mouvement constitutionnaliste (XIX^e siècle), puis avec l'émergence de la conception moderne d'une démocratie procédurale fondée sur une structure hiérarchisée des normes juridiques, la revendication d'effectivité s'est donné des moyens plus conséquents : l'inscription des droits de l'homme dans les documents normatifs hiérarchiquement les plus élevés, et à cet égard le fait de conférer à la Déclaration de 1789 une portée et une valeur juridique constitutionnelle est une étape importante de la réalisation d'une philosophie des droits de l'homme. » MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 350.

¹⁵⁶⁶ Nous reprenons ici la définition proposée par le professeur TROPER du constitutionnalisme comme doctrine, entendu de manière générale. « On désignera de façon un peu vague par cette expression ceux qui traitent en France aujourd'hui du contrôle de constitutionnalité, les commentateurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et les auteurs de manuels ou traités de droit constitutionnel ». TROPER (M.), « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », *op. cit.*, p. 30. Pour une synthèse complète, voir : FONSECA (D.), *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*, 1157 p.

¹⁵⁶⁷ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 203.

des droits qu'elle contient¹⁵⁶⁸. Sont par exemple stipulés un certain nombre de principes comme la séparation des pouvoirs, la distinction entre pouvoir constituant et constitué, le gouvernement représentatif et enfin la garantie juridictionnelle de la constitution par le contrôle de constitutionnalité. Considérer que la Constitution doit contenir des droits fondamentaux et des procédures visant à en assurer leur respect, c'est en effet adopter une position idéologique, de nature politique, en reniant l'intangibilité de la parole du législateur pour lui imposer des principes jugés supérieurs¹⁵⁶⁹. Il s'agit, autrement dit, de promouvoir la légitimité de la Constitution en tant qu'acte constituant émanant de la société¹⁵⁷⁰ en présupposant que le législateur puisse faillir à concrétiser les normes qui en émanent. Ces différents aspects se retrouvent, depuis plusieurs décennies déjà, dans la doctrine appelée « néoconstitutionnaliste » centrée dans la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux et principalement sur l'étude du contentieux constitutionnel¹⁵⁷¹. Rendre alors un tel principe démocratique suppose de faire du juge l'élément central, dont respect des droits fondamentaux constitutionnels devient la raison légitime de s'opposer à la volonté générale exprimée par le législateur. Ainsi, la justiciabilité sert d'instrument d'effectivité et de légitimité des droits fondamentaux.

230. Un discours prônant la justiciabilité des normes constitutionnelles.

Présupposant l'idée d'une limitation des pouvoirs publics par la Constitution pour permettre et garantir aux individus leurs libertés, le constitutionnalisme concentre cette idée d'une réalisation de la pensée libérale par le droit en donnant suprématie à la constitution¹⁵⁷², et en

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*

¹⁵⁶⁹ FONSECA (D.), *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, op. cit., p. 149.

¹⁵⁷⁰ ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, spéc. pp. 428-442.

¹⁵⁷¹ Il est ici supposé que le constitutionnalisme prend sa source dans une vision politique libérale prescrivant l'autonomie de l'individu vis-à-vis du pouvoir étatique. Le néo-constitutionnalisme est une doctrine relativement différente, mais s'inscrivant néanmoins dans une certaine continuité par rapport à la précédente en ce qu'elle a été développée concomitamment à l'apparition et au développement du contentieux constitutionnel en France. Il est ainsi postulé l'association axiologique entre la justice constitutionnelle et la démocratie comme nécessité logique d'un contrôle de l'appréciation des pouvoirs publics (législateur et pouvoir exécutif) au regard des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Une représentation générale de ce courant apparaît significativement dans les écrits du doyen Louis FAVOREU. Voir par exemple, FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit*, op. cit., p. 153. Pour une analyse généalogique des différents courants du constitutionnalisme, nous renvoyons notamment à la confrontation des écrits de Riccardo GUATINI et de Mauro BARBERIS. Voir, GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, coll. Rivages du droit, p. 121 ; BARBERIS (M.), « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », trad. P. Brunet et J. Mercier, disponible à l'adresse, <https://journals.openedition.org/revus/3208>.

¹⁵⁷² Cette idée a notamment été portée et développée, en France, par des juristes du début du XX^e siècle comme Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU. Pour une synthèse de leurs apports sur ce point, voir : RAYNAUD (Ph.), « Des droits de l'Homme à l'État de droit. Les droits de l'Homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques de droit public », *Droits*, n° 2, 1986, spéc. pp. 63-67. Pour une autre analyse, voir également :

imposant son respect par les pouvoirs publics. En érigeant une synthèse parfaite entre démocratie, État de droits¹⁵⁷³, et justice constitutionnelle¹⁵⁷⁴, la doctrine du constitutionnalisme a su faire de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, par la constitutionnalisation des droits et le contrôle de constitutionnalité, une revendication de ce qui pourrait être un « droit au juge naturel »¹⁵⁷⁵. D'où le principe selon lequel la fondation des droits de l'homme n'a aucun sens sans la garantie de droits fondamentaux juridiquement protégés. Il s'agit, en effet, d'un discours qui appelle à la juridicisation¹⁵⁷⁶. « Dans sa dimension politique, l'accès à la justice permet de revendiquer la concrétisation même des droits et des libertés appartenant aux justiciables »¹⁵⁷⁷. L'indispensabilité d'un contrôle de constitutionnalité des lois, et de manière plus générale, l'accès au juge, devient « l'instrument procédural du constitutionnalisme »¹⁵⁷⁸. Un des arguments forts au soutien de l'effectivité de la Constitution est donc celui de sa justiciabilité, car il est supposé qu'en raison de sa valeur hiérarchique et des principes qu'elle contient, la Constitution contient des droits fondamentaux qui doivent pouvoir être revendiqués par la société. L'élément procédural juridictionnel devient le point relationnel entre l'individu et l'État et devient un argument discursif de légitimité politique pour la démocratie constitutionnelle.

GUENAIRE (M.), « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *Revue de la recherche juridique*, 1987, n° 7, pp. 108-111.

¹⁵⁷³ Nous renvoyons ici à l'immense littérature sur le sujet. Pour des exemples significatifs : FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de la science politique, 1958, 564 p. ; TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, pp. 31-48 ; FRANÇOIS (B.), « Justice constitutionnelle et "démocratie constitutionnelle" », in *Droit et politique*, Paris, PUF-CURAPP, 1993, pp. 53-64 ; ROUSSEAU (D.), « Constitution et Démocratie », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 437-444 ; PFERSMANN (O.), « Présentation. Le juge dans la démocratie constitutionnelle », *Cités*, 2017, n° 69, pp. 7-18 ; KLEIN (L.), « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, 2017, n° 109, pp. 121-141.

¹⁵⁷⁴ Voir par exemple, TROPER (M.), « La démocratie comme État de droit », in BOULAD-AYOUB (J.), BONNEVILLE (L.) (dir.), *Souveraineté en crise*, Québec, Paris, PU Laval, L'Harmattan, 2003, pp. 55-68 ; HEUSCHLING (L.), « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, pp. 31-52.

¹⁵⁷⁵ L'expression est employée par le professeur RENOUX. Voir, RENOUX (Th.), « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTD Civ.*, 1993, n° 92, p. 33.

¹⁵⁷⁶ « Le problème de l'efficacité des droits proclamés par les déclarations est entièrement lié aux techniques et aux procédures de leur défense » GURVITCH (G.), *La déclaration des droits sociaux*, 1946, réed. Dalloz 2009, p. 42. Cité par ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux : les arguments classiques en faveur d'un *self restraint* juridictionnel », in ROMAN (D.) (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁷⁷ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'accès à la justice au sein des droits de l'homme », in BETAÏLLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁷⁸ RENOUX (Th.), « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.*, p. 53.

2. La promotion d'un principe de rétribution

231. La logique de rétribution invoque l'idée selon laquelle le discours politique relatif à la protection des droits fondamentaux est un instrument de légitimation du pouvoir de l'État par le pouvoir lui-même¹⁵⁷⁹. En outre, l'effectivité est indissociable de la vision politique des droits de l'homme, entendue comme discours faisant la promotion de droits susceptibles d'être revendiqués et sanctionnés. Elle en est l'argument fondateur. En se basant sur une vision de l'individu comme source et fin du droit, une théorie politique des droits de l'homme place la justiciabilité au centre de la relation entre l'individu et l'État. Elle est cependant, par nature, une théorie conjoncturelle et indéterminée.

232. La justiciabilité comme moyen de revendication politique des droits de l'homme. Il est postulé, en premier lieu, que les droits de l'homme doivent profiter à l'individu, comme un bien dû par l'État fondant sa légitimité, sans lequel ils ne seraient pas¹⁵⁸⁰. La présente logique plaide, en effet, pour l'existence de droits de l'homme dans le but qu'ils soient protégés effectivement. La justiciabilité, comme gage d'effectivité, est l'instrument même d'une revendication libérale. La logique rétributive¹⁵⁸¹ induite par cette vision politique prend comme condition première celle de l'effectivité et fait de la justiciabilité un instrument de revendication ou de lutte¹⁵⁸² pour une meilleure garantie des droits devant le juge. Elle accompagne ainsi une conception positive des droits de l'homme. De cette manière, l'effectivité devient un facteur de

¹⁵⁷⁹ Cette propension du Pouvoir à se légitimer de lui-même afin de se pérenniser est notamment soulignée par la profonde analyse présentée par Bertrand de JOUVENEL. De cette manière, « *pour qu'il mérite la docilité du sujet, il faut et il suffit que le pouvoir recherche et procure le Bien Commun* ». Une des acceptions modernes de ce bien commun réside dans la promotion des droits fondamentaux dont peut bénéficier tout individu. JOUVENEL (B. de), *Du pouvoir*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1972, p. 43. Selon l'auteur, le passage du régime républicain à la démocratie — se prolongeant dans l'idéologie des droits de l'homme — « *a supposé une transformation du pouvoir qui a désarmé toute méfiance à son égard* ». *Ibid.*, p. 416.

¹⁵⁸⁰ Tel est le principe énoncé dans la formule incantatoire de l'article 16 de la DDHC traduisant l'exigence libérale d'une garantie des droits comme impératif constitutionnel du régime démocratique.

¹⁵⁸¹ GREWE (C.), « L'accès au juge : le droit processuel d'action », in BENOIT-ROHMER (F.), D'AMBRA (D.), GREWE (C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁸² Voir, *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2. Nous renvoyons, par exemple, à l'argument de la justiciabilité par la doctrine des droits sociaux qui sert à revendiquer l'effectivité de droits simplement déclaratoires, dont les individus ne peuvent pas se prévaloir. MILLARD (E.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *op. cit.*, p. 459.

légitimité¹⁵⁸³. En s'inspirant de la doctrine de l'État de droit,¹⁵⁸⁴ postulant que l'ordre juridique, et plus particulièrement la Constitution, doit contenir des droits fondamentaux et des procédures assurant leur garantie, il est présenté l'impératif d'une action du pouvoir juridictionnel. Un argument logique est alors posé : « pour faire face aux attaques qui visent les droits de l'homme, dans une société fondée sur la prééminence du droit, sur l'État de droit, le droit d'accès à la justice est la première garantie »¹⁵⁸⁵. Un des exemples récents permettant d'illustrer cette posture se retrouve dans discours mobilisé à l'entrée en vigueur de la QPC, où il a été promue une « réappropriation de la Constitution par le citoyen »¹⁵⁸⁶. L'idée est en effet la revalorisation de la parole donnée au constituant par l'ouverture d'une procédure permettant à justiciable d'interroger le pouvoir législatif sur le respect des principes qui sont garantis par la Constitution¹⁵⁸⁷. En considérant la garantie des droits comme une « plus-value » démocratique, le resserrement du lien entre la société et un État s'auto-obligeant volontairement¹⁵⁸⁸ contribue à la performance d'un discours politique, prônant les biens-fait d'une justice constitutionnelle. Il est ainsi perçu comme une évidence que la protection des droits de l'homme est une condition de la démocratie, et que cette protection doit être effective.

233. Une protection des droits fondamentaux tributaire d'une volonté politique.

En second lieu, une théorie politique des droits de l'homme souffre, néanmoins, d'une faiblesse majeure. Elle est, à ce propos, une théorie de l'opportunité et de l'indétermination. Cette

¹⁵⁸³ FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La Constitution doit-elle être efficace ? », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?*, Actes du colloque organisé à Aix par l'Institut Louis Favoreu (5 et 6 novembre 2010), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 209.

¹⁵⁸⁴ « Par "État de droit", on entend généralement un État où les pouvoirs publics sont régulés par des normes générales (les lois fondamentales ou constitutionnelles) et doivent être exercés dans le cadre des lois qui les réglementent, excepté le droit du citoyen de recourir à un juge indépendant pour faire reconnaître et repousser l'abus ou l'excès de pouvoir. » BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris, Cerf, 1996, p. 23. Norberto BOBBIO distingue sur ce pont trois degrés concernant l'État de droit. Tout d'abord, au sens fort, celui-ci se fonde sur la doctrine libérale en exigeant la limitation du pouvoir et la garantie des droits fondamentaux. Au sens faible, ensuite, il signifie la soumission des pouvoirs publics aux lois (entendues au sens générique). Au sens très faible, enfin, celui-ci renvoie à la théorie kelsenienne, strictement positiviste, postulant une hiérarchie formelle des normes dans l'ordre juridique et la confusion du droit et de l'État, formant ainsi logiquement l'État de droit.

¹⁵⁸⁵ RENOUX (Th.), « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *op. cit.*, p. 56.

¹⁵⁸⁶ Voir *supra*, Introduction, p. 72. C'est notamment ce que fut déclaré par le Président Nicolas Sarkozy dans son discours du 1^{er} mars 2010. Voir, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>. ?

¹⁵⁸⁷ LE POURHIET (A.-M.), « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *RFDC*, 2015, n° 102, p. 282.

¹⁵⁸⁸ Pour une critique relative à la légitimation démocratique de la justice constitutionnelle, voir notamment : RIALS (S.), « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 163-181 ; Denquin (J.-M.), « Que veut-on dire par "démocratie". L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2, spéc. pp. 18-25.

pathologie découle de son caractère axiologique. En définissant les droits de l'homme conjoncturellement à l'état de la société¹⁵⁸⁹, elle prend le risque faire découler la constitutionnalisation¹⁵⁹⁰ des droits selon des choix politiques, laissant de surcroît imprévisible leur conciliation en pratique, dès lors que deux droits de même valeur viendraient à se confronter¹⁵⁹¹. Plus largement, le degré de protection ressort d'une volonté politique susceptible de varier entre une meilleure ou une moindre protection¹⁵⁹². Autrement dit, l'efficacité de cette protection et l'attention qui y est portée restent tributaires d'une volonté politique exprimée à un moment donné. Cette concentration sur le référentiel de l'effectivité¹⁵⁹³ fait de la justiciabilité un argument d'autorité¹⁵⁹⁴ visant à prescrire une vision des droits de l'homme selon le contexte socio-politique dans lequel ils s'insèrent.

234. Cette volonté discursive de prescrire la réalité d'une effectivité des droits de l'homme doit ensuite laisser place à une vision descriptive du droit, à dessein de constater que la justiciabilité peut également être appréhendée en analysant les droits fondamentaux consacrés par l'ordre juridique et que leur effectivité relève d'une cadre théorique différent.

¹⁵⁸⁹ C'est notamment ce que démontre Norberto BOBBIO au soutien d'une vision relativiste de droits de l'homme. Ces droits sont en effet appréhendés comme le reflet des besoins de la société et du pouvoir à un moment donné. Ce caractère conjoncturel se manifeste par exemple dans le fait d'identifier des générations de droits de l'homme. Ils répondent alors à une volonté politique, où l'enjeu pour le pouvoir, en termes de légitimité, est de répondre aux besoins conjoncturels de la société. En effet, selon le théoricien italien, les droits de l'homme « *naissent quand l'augmentation du pouvoir de l'homme sur l'homme qui suit inévitablement le progrès technique, c'est-à-dire la capacité de l'homme à dominer la nature et d'autres hommes, soit crée de nouvelles marges contre la liberté de l'individu, soit permet de nouveaux remèdes contre son indigence. Les nouvelles menaces suscitent des demandes de limitation du pouvoir. Les nouveaux remèdes suscitent des demandes, à ce même pouvoir, d'intervention protectrices* ». BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁹⁰ La hiérarchie juridique est dès lors conditionnée selon une hiérarchie de valeurs.

¹⁵⁹¹ MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, op. cit., p. 7.

¹⁵⁹² MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », op. cit., p. 350. Il en va ainsi de l'influence sur les procédures prévues par l'ordre juridique comme l'étendue des contrôles juridictionnels ou encore de la soumission à l'aléa d'une révision constitutionnelle.

¹⁵⁹³ « *En effet, le choix politique de sélection de certains droits apparaît comme étant commandé par l'idée "d'effectivité" des droits fondamentaux. Par induction, l'effectivité est donc une caractéristique inhérente à la notion de droit fondamental.* » MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, Paris, LGDJ, 2003, p. 7.

¹⁵⁹⁴ Un autre point sombre de cette théorie se dévoile dès lors que l'on constate son aspect essentiellement préventif. Centrée sur l'effectivité des droits, celle-ci omet le plus souvent la question de la réparation des atteintes à ses droits. Voir sur ce point, MILLARD (É.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », op. cit., p. 352.

B. Un critère théorique

235. L'implication de la justiciabilité au regard de l'effectivité de droits fondamentaux appelle à l'utilisation d'un langage précis de la théorie du droit, dont le but est d'isoler l'effectivité par rapport à d'autres termes, *a priori* assimilés, pour en préciser les contours. D'une part, la mise en lumière des points de distinction avec notamment l'*efficacité*, ou encore l'*efficience*, permettent de pointer le rôle l'apport précis de la justiciabilité. D'autre part, sa mobilisation dépend du choix méthodologique opéré. Si, de manière générale, l'effectivité se place au centre de la réflexion entre l'*être* et le *devoir-être*, en ce qu'elle permet d'évaluer l'opérationnalité dans les faits d'une norme juridique, elle ne se place pas exactement dans le même champ d'analyse si elle est mobilisée, par exemple, en sociologie du droit ou selon une démarche normativiste. Il importe, ensuite, de voir que le concept d'effectivité est décisif aux droits fondamentaux, dès lors qu'il est postulé que ceux-ci ne doivent pas être de simples déclarations, mais doivent pouvoir bénéficier à leurs titulaires. Lier la justiciabilité et l'effectivité demande alors de prendre en compte trois éléments. Premièrement, il doit s'agir d'un droit qui puisse être invoqué en justice, sans quoi la justiciabilité ne saurait en garantir l'effectivité. Deuxièmement, la justiciabilité, mise en œuvre par le moyen d'une procédure juridictionnelle, permet de contrôler l'application du droit. Troisièmement, elle est, par ses aspects, un moyen de garantir que les droits fondamentaux sont effectivement opérationnels en ce sens qu'ils octroient des permissions d'agir aux individus, dont ces derniers peuvent exiger le respect. Il paraît, tout d'abord, indispensable de circonscrire préalablement le concept d'effectivité (1). Cette précision sert, ensuite, à la démonstration du rôle de la justiciabilité comme instrument d'effectivité (2).

1. Les contours du concept d'effectivité

236. Un instrument de sociologie du droit. Le choix d'une définition stipulative de l'effectivité demeure structuré par le choix épistémologique employé autour du sens donné au « droit ». Intronisée par Jean CARBONNIER¹⁵⁹⁵, la définition du présent substantif au sein du discours juridique a été présentée comme outil d'analyse en sociologique du droit, mêlant méthodologiquement le droit et le fait. Selon le Doyen, elle permet de mesurer la correspondance entre les prescriptions énoncées par la règle de droit et son application, en

¹⁵⁹⁵ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §2, B., 2.

raisonnant en *degrés d'ineffectivité*¹⁵⁹⁶. Pour ce dernier, néanmoins, l'effectivité n'est pas un élément décisif de définition de la norme juridique¹⁵⁹⁷. L'étude du droit est autrement dit orientée vers sa réalisation dans les faits et non comme simple idée. Le droit est ici entendu, de manière large, comme un ensemble de prescriptions destinées à régir les rapports en société. L'effectivité est ainsi le pont entre l'idée et le réel. Elle s'incarne en « un concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques »¹⁵⁹⁸.

237. L'implication dans la distinction être/devoir être. Selon une autre démarche méthodologique, le problème de l'effectivité peut se poser corrélativement à la dichotomie héritée de David HUME, et reprise par Hans Kelsen, entre l'*être* et le *devoir-être*. C'est précisément sur ce point que le théoricien autrichien propose, comme point de départ, une distinction entre *validité* de la norme et son *efficacité*¹⁵⁹⁹. La norme juridique est ici appréhendée comme la signification d'un énoncé prescriptif¹⁶⁰⁰. Deux cadres ontologiques se dessinent alors, de sorte que la validité, propre à la norme juridique, appartient au domaine du *sollen*, alors que l'efficacité, par nature empirique, s'insère dans le domaine du *sein*. L'efficacité est un étalon de mesure visant à constater comment la norme est respectée dans les faits par son « degré de réalisation »¹⁶⁰¹. Elle est, en d'autres termes, l'instrument d'évaluation¹⁶⁰² qui permet de mesurer, par rapport à un certain de seuil, si les prescriptions énoncées par l'ordre juridique sont globalement opératoires¹⁶⁰³. « L'efficacité est une condition de la validité, mais elle n'est pas cette validité elle-même »¹⁶⁰⁴. Le concept d'effectivité est, ensuite, le maillon suivant de cette

¹⁵⁹⁶ CARBONNIER (J.), « Effectivité ou ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, pp. 136-148.

¹⁵⁹⁷ « [...] l'effectivité n'appartient pas à la définition de la règle de droit. [...] Se borner à dire qu'il n'y a de règle de droit qu'effective, que la règle inappliquée est comme si elle n'existait pas, serait une attitude aussi peu scientifique que l'inverse ». CARBONNIER (J.), « Effectivité ou ineffectivité de la règle de droit », *op. cit.*, p. 136.

¹⁵⁹⁸ LASCOURMES (P.), « effectivité », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 131.

¹⁵⁹⁹ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, spéc. pp. 211-215.

¹⁶⁰⁰ Dans ce cadre théorique, voir par exemple : MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, coll. Université Droit, 2012, spéc. pp. 36-38.

¹⁶⁰¹ HEUSCHLING (L.), « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁰² JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.), « Évaluer le droit », *Recueil Dalloz*, 1992, n° 10, pp. 263-268.

¹⁶⁰³ À ce titre, les sanctions prévues par l'ordre juridique sont un exemple de garanties d'efficacité de la norme. Voir, Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶⁰⁴ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 217. Hans Kelsen propose, en effet une efficacité globale, de sorte que la validité de l'ordre juridique n'est remise en cause qu'à la condition que les normes de l'ordre juridique ne soient pas globalement respectées. Ainsi, prise isolément, une norme dépourvue d'efficacité tomberait simplement en désuétude, en ce que les prescriptions qu'elle contient n'obtiendraient aucune concrétisation en pratique. « Et, effectivement, une norme juridique peut perdre sa validité par le fait qu'elle demeure d'une façon permanente inappliquée et non obéie : c'est ce que l'on appelle la désuétude. » (*Ibid.*, p. 216).

chaîne, au sens où « l'efficacité est une condition d'effectivité de la norme »¹⁶⁰⁵. L'effectivité est, autrement dit, une valeur ajoutée à l'efficacité quant à l'opérationnalité de la norme juridique. Là où l'efficacité mesure « le degré de correspondance entre les effets produits et les objectifs poursuivis »¹⁶⁰⁶ par la norme au regard de la volonté de son auteur, l'effectivité apporte, quant à elle, le degré de concordance ou de fidélité d'application de la norme par ses destinataires.

238. Ainsi, « l'effectivité sera donc mesurée à partir des écarts éventuels entre le droit et sa réalisation, entre les comportements prescrits par le droit et les comportements réels des acteurs »¹⁶⁰⁷. Il est alors possible de conclure que l'effectivité bénéficie d'un sens conventionnellement admis¹⁶⁰⁸. Un regard plus attentif peut, néanmoins, mettre en perspective les divergences entre l'analyse sociologique du droit et l'analyse normativiste sur le plan épistémologique. Comme l'a précisément démontré le professeur HEUSCHLING, le passage de l'analyse sociologique du droit à une analyse normativiste engendre un changement d'usage du concept d'effectivité. Considéré, d'abord, comme le degré de réalisation d'une norme dans la réalité sociale, il est, ensuite, appréhendé sous une acception plus juridique, comme le degré de concrétisation d'une norme au sein de la hiérarchie des normes. Dès lors, « c'est tout à la fin, ou en bas, du processus de concrétisation du droit que se situe ce basculement du devoir-être

¹⁶⁰⁵ Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶⁰⁶ FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.), « Préface », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁰⁷ CHAMPEIL-DESPLATS V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Journées d'études du 24 novembre 2006 organisées par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Paris, Presses universitaires de Paris X, 2008, p. 29. L'auteur propose également une distinction avec le terme « efficient », supposant qu'une propriété de la norme permettant « d'obtenir les résultats recherchés à coût optimal. » Il en découle que ces trois concepts peuvent être à la fois liés et autonomes. « L'effectivité n'est pas gage d'efficacité, inversement, la recherche d'une efficacité globale ne garantit pas le respect des droits de chaque individu, tandis que les préoccupations d'efficience peuvent entraver aussi bien l'effectivité des droits que l'efficacité des politiques législatives. »

¹⁶⁰⁸ « Quelle que soit la définition précise que l'on adopte de l'effectivité, on peut conventionnellement s'accorder sur le fait que cette notion renvoie à la question générale du passage du devoir-être à l'être ou, en d'autres termes, de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde. » CHAMPEIL-DESPLATS V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, p. 14. La distinction ontologique, entre l'être et le devoir, conditionne cette vision, et par extension, cette rupture conceptuelle entre la validité et l'efficacité de la norme. Le choix théorique est ici déterminant. L'école réaliste scandinave considérera, par exemple, l'effectivité du droit comme une tautologie, au sens *effectivité* et *validité* sont intrinsèquement liées ; pas de norme sans effectivité en raison du fait que l'être et le devoir être se mélangent. Il s'agit notamment de la critique formulée par Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du droit* sur la théorie de Alf Ross : Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 212-214, note 7. Pour une synthèse relative à ces questions, voir : JOUANJAN (dir.), *Théories réalistes du droit*, par Éric Millard, Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Michel Troper, textes réunis par O. Jouanjan, Presses universitaires de Strasbourg, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, 2000, 236 p.

vers l'être »¹⁶⁰⁹. L'échelle est ainsi différente. Selon ce point de vue, la justiciabilité, en ce qu'elle permet, par le recours au juge, de contrôler la concrétisation des normes au sein de cette hiérarchie, peut être appréhendée comme un instrument au service de l'effectivité du droit.

2. La justiciabilité comme instrument d'effectivité

239. L'effectivité au service de la fundamentalité. En partant de la prémisse selon laquelle l'effectivité s'insère dans une conception théorique des droits de l'homme¹⁶¹⁰, pour les faire exister en tant que droits fondamentaux¹⁶¹¹, la justiciabilité s'incarne comme un des éléments majeurs de l'existence de cette effectivité même. Selon cette logique, les droits fondamentaux sont imprégnés d'un dynamisme conditionnant leur identité. En effet, « l'action est le passage obligé par où passe la réalisation du droit »¹⁶¹². Il intervient ici, autrement dit, le raisonnement syllogistique suivant : d'abord, les droits fondamentaux sont considérés comme tels dès lors qu'ils sont effectifs ; ensuite, la justiciabilité est un instrument d'effectivité. La justiciabilité est donc une condition de l'effectivité des droits fondamentaux. La présence de procédures juridictionnelles permet effectivement d'assurer l'application conforme et, éventuellement, la correction des normes fautives de concrétisation des droits fondamentaux.

240. La nécessité du juge quant à la concrétisation des droits fondamentaux. De manière concrète, le couple « justiciabilité/effectivité » se révèle dans le principe selon lequel l'effectivité des droits fondamentaux dépend de leur protection juridictionnelle¹⁶¹³. Sur ce point, le droit supranational défend explicitement l'opérationnalité des droits conventionnellement proclamés¹⁶¹⁴. La justiciabilité est donc le point névralgique de cette conception des droits

¹⁶⁰⁹ HEUSCHLING (L.), « “Effectivité”, “efficacité”, “efficience” et “qualité” d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », *op. cit.*, p. 44. Plus largement, l'auteur systématise quatre concepts d'effectivité. En plus des deux présentement énoncés, l'effectivité est aussi appréciée comme outil de mesure des chances de réalisation du droit, ou encore comme la « *force de raisonnement* » d'une norme sur d'autres normes du droit positif. Voir, *Ibid.*, p. 59.

¹⁶¹⁰ Comme le remarque le professeur VIALA, l'effectivité est « *un des critères majeurs de la notion de “droit fondamental” qui, au même titre que celle de “liberté publique”, est censée consacrer la rupture avec le caractère abstrait et platonique de la notion de “droit de l'homme.”* » VIALA (A.), « Droits fondamentaux (Garanties procédurales) », *op. cit.*, p. 302.

¹⁶¹¹ MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 349 et p. 352.

¹⁶¹² WIEDERKEHR (G.), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau code de procédure civile », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

¹⁶¹³ « *L'étude de l'ineffectivité du processus répressif peut compléter ou se substituer à celle de l'ineffectivité de la norme.* » LASCOUMES (P.), « effectivité », *op. cit.*, p. 132.

¹⁶¹⁴ En témoigne notamment l'article 13 de la Convention EDH, ou encore la déclaration on ne peut plus claire de la Cour dans sa jurisprudence *Bosphorus*, arguant que « *l'effectivité des garanties matérielles des droits fondamentaux dépend des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect.* » CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları turizm ve ticaret anonim sirketi c. Irlande*, n° 45036/98, §160. L'idée apparaît aussi relativement tôt dans la

fondamentaux comme droits effectifs par condition, par le fait que l'interprétation du juge, en tant qu'organe de concrétisation, détermine la signification de la permission d'agir contenue dans de tels droits¹⁶¹⁵. De manière plus intuitive, dès lors que le juge détermine le sens d'un droit fondamental, il est possible de contrôler l'étendue de son champ d'application ; l'absence de sens, en revanche, laisse dans l'ombre les conditions de son applicabilité. De surcroît, la détermination du sens d'un droit influe naturellement sur la possibilité de la revendiquer en justice. C'est précisément cette signification, fondant la norme, qui permet la justiciabilité d'un droit fondamental, en supposant que le système prévoit par-là des titulaires identifiés et des procédures de contrôle. En résumé, la construction du sens d'un droit fondamental par l'action du juge conditionne son effectivité. Cette assertion suppose, tout d'abord, l'insuffisance d'une simple reconnaissance des droits pour placer les garanties juridictionnelles comme élément déterminant de l'effectivité. La justiciabilité, dans son acception procédurale, est ensuite fonctionnellement associée à un « outil de concrétisation des droits substantiels »¹⁶¹⁶, l'érigeant en conséquence en « instrument d'effectivité »¹⁶¹⁷.

241. Cette indissociabilité théorique, donnant un rôle prédominant de la justiciabilité dans l'effectivité des droits fondamentaux, irriguée d'un discours politique consacré par le droit positif, amène à s'intéresser sur les procédures concrètement prévues par l'ordre juridique. Outre le versant théorique de la justiciabilité lui procurant son indispensabilité au sein d'une théorie des droits de l'homme, le droit positif prouve d'autant plus que celle-ci se manifeste sous différentes formes en la forme juridique. L'exposé de ces prémisses théoriques doit ensuite place à une analyse descriptive du droit positif, afin d'établir l'ensemble des garanties proclamées par l'ordre juridique pour assurer l'effectivité des droits fondamentaux par le biais de leur justiciabilité.

jurisprudence de la CJUE. Voir, CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84, concl. DARMON (M.). L'idée est identiquement celle de « l'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif en vue d'assurer la garantie des droits issus du droit communautaire. » SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 418. Également, cette problématique a été relancée par la Cour de Justice de l'Union européenne, dans son avis 2/13 visant à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Voir, CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, avis 2/13.

¹⁶¹⁵ « Mesurer l'effectivité d'un énoncé normatif suppose que l'on sache ce que cet énoncé prescrit exactement ». CHAMPEIL-DESPLATS V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », op. cit., p. 29.

¹⁶¹⁶ FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in Benoît-ROHMER (F.), D'AMBRA (D.), GREWE (C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, op. cit., p. 5.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 4.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

242. L'étude de la justiciabilité, visant à en présenter une définition, appelle à saisir à la fois le « comment » et le « pourquoi » de ce concept. Tout d'abord, d'un point de vue diachronique, sa généalogie montre que le sens qu'il lui est conventionnellement alloué est conjoncturellement déterminé. Il est, autrement dit, dépendant d'une théorie du droit et d'une symbolique de la justice à un moment donné. Son apparition dans le langage juridique sous l'Ancien régime, en tant que simple substantif décrivant une soumission à une juridiction, a laissé place à une charge symbolique progressivement accrue après la Révolution. Cette charge est, en effet, fournie par le « renversement subjectiviste » qu'a subi la philosophie des droits de l'homme, initié par les Lumières et réinterprété dans la Déclaration de 1789. « Chacun sait que dans la tradition subjectiviste des doctrines du droit naturel moderne sur laquelle ils reposent, les droits de l'homme sont la fin au service de laquelle est conclu le contrat social »¹⁶¹⁸. Ainsi, cette acception moderne des droits de l'homme, basée sur la prééminence des droits naturels subjectifs, a progressivement contribué à faire de la justiciabilité un élément clé de concrétisation de la philosophie libérale, par son implication dans l'impératif de garantie des droits. La consécration, ensuite, de l'État de droit, des droits de la personne humaine, et le développement des contrôles de constitutionnalité et de conventionalité, à partir de la seconde moitié du XXe siècle, ont confirmé sa fonction fondamentale pour les droits de l'homme, et plus concrètement, pour les droits fondamentaux consacrés par l'ordre juridique. Devenue donc indispensable à la « démocratie des droits de l'homme », elle traduit l'exigence selon laquelle chaque individu doit pouvoir disposer des garanties nécessaires à la protection de ses droits au moyen de procédures de type juridictionnel. Il apparaît alors le « pourquoi » de la démarche. Car, la justiciabilité ne dispose d'aucune définition officielle en droit positif malgré le fait qu'elle soit omniprésente à la fois dans le discours du droit et dans le discours sur le droit. Plusieurs indices permettent cependant d'en éclaircir les contours. D'un côté, elle renvoie à des concepts déjà connus comme l'opposabilité ou la recevabilité auxquels elle se distingue tout en les englobant. D'un autre côté, elle sert à répondre à un problème ; et c'est par sa contribution au principe d'effectivité du droit qu'elle justifie son importance. Pour la doctrine privatiste, notamment, elle est un instrument d'évaluation mesurant le degré de réalisation du droit. Dans la doctrine publiciste des droits sociaux, son développement n'est pas non plus anodin, et

¹⁶¹⁸ VIALA (A.), « De la critique des droits de l'homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'homme », in *Mélanges Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Mélanges, 2015, p. 51.

traduit une certaine politique des droits de l'homme. Prescrivant l'idée que ces droits ne sauraient être considérés comme tels qu'à la condition qu'ils puissent être revendiqués par un individu devant le juge, elle est alors un moyen de promouvoir une exigence d'effectivité de ces droits. La synthèse de ces propositions sert finalement de support pour proposer une définition de la justiciabilité. Du point de vue du droit positif, elle rassemble, en somme, un statut et un cadre procédural. Elle est ainsi un concept juridique impliquant l'existence de procédures juridictionnelles, donnant permission d'agir à tous titulaires de droits habilités à invoquer en justice toutes normes directement ou indirectement invocables susceptibles, devant un juge, de faire l'objet d'un contrôle ou de faire office de normes de référence à un contrôle, en fonction des conditions de recevabilité prescrites par l'ordre juridique. Non exclusivement politique donc, la question de la justiciabilité des droits fondamentaux trouve aujourd'hui sa traduction juridique dans diverses obligations procédurales visant à garantir à tout individu un droit d'accès au juge. Il convient, en ce sens, d'en apprécier les diverses concrétisations.

CHAPITRE 2. UNE FONCTION JURIDIQUE DE STANDARD D’EVALUATION DES GARANTIES D’ACCES AU JUGE

« Pouvoir mettre le juge en mouvement dans son propre intérêt, c’est la marque la plus essentielle de la personnalité. [...] On cherche en vain dans l’histoire des peuples civilisés un État qui n’ait pas eu ses tribunaux »¹⁶¹⁹.

243. Dégager un concept théorique de justiciabilité nécessite, dans l’optique de démontrer son opérationnalité, de mesurer à présent ses traductions en droit positif. La justiciabilité fait ici office de standard, servant de référentiel de mesure à un certain niveau de protection des droits¹⁶²⁰. Préalablement, il est opportun de préciser l’inexistence d’une définition « officielle » ; le terme étant, soit dans les textes, soit dans la jurisprudence, employé sans y être défini. Le seul phénomène remarquable est alors celui des différentes occurrences du terme « justiciable ». Le constat est, en effet celui d’une généralité de sens, où aucune référence à un statut précis de l’individu n’est présentée. Sous cet aspect, le concept de justiciable peut se réduire à une sorte de tautologie : *est justiciable tout individu susceptible de l’être, à partir du moment où il y est autorisé par l’ordre juridique*. Conformément à la définition précédemment proposée¹⁶²¹, la justiciabilité englobe toute situation relative à la mise en œuvre de procédures juridictionnelles dont un titulaire de droit peut se prévaloir pour contester une atteinte à ses droits fondamentaux. Dans une démarche similaire, Cédric ROULHAC a présenté, par exemple, la distinction entre une « justiciabilité-faculté », supposant l’idée de l’existence de voies juridictionnelles effectives¹⁶²², et une « justiciabilité-aptitude », invoquant la capacité d’un énoncé à fonder des effets juridiques¹⁶²³. Autrement dit, « questionner les modalités ou formes de justiciabilité d’un droit ou d’une liberté revient ainsi à s’interroger sur les voies de droit ouvertes pour en obtenir la protection. D’autre part, cela peut signifier qu’un droit ou une liberté formulée présente une aptitude qui rend envisageable un contrôle juridictionnel »¹⁶²⁴. L’évocation de cette double

¹⁶¹⁹ JELLINEK (G.), *L’État moderne et son droit, Théorie générale de l’État* (Deuxième partie), Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, rééd. 2005, p. 53.

¹⁶²⁰ Voir en ce sens, HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *Les cahiers de l’Institut Louis Favari*, 2013, n° 2, pp. 99-104.

¹⁶²¹ Voir *supra*, Introduction, p. 35. ; Partie 1, Titre 2, Chap. 1.

¹⁶²² ROULHAC (C.), *L’opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, p. 157.

¹⁶²³ *Ibid.*, p. 169.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, p. 156.

facette a le mérite d'évoquer les aspects propices à faire de la justiciabilité une forme de standard. En effet, en tant que standard, elle est un étalon d'évaluation de l'effectivité de l'État de droit¹⁶²⁵, regroupant un ensemble de garanties constitutionnelles et conventionnelles. Du point de vue du justiciable, donc, elle gravite autour de la question décisive de l'accès au juge ou, autrement dit, de « l'explication générale de la manière dont il est possible d'accéder aux organes de contrôle de la régularité dans un système juridique »¹⁶²⁶. Il s'agit donc d'une question éminemment procédurale qui se matérialise, pour chaque justiciable, par une logique finaliste entourant l'action en justice¹⁶²⁷, entendue comme une « voie d'accès vers la concrétisation que chacun attend de ses prérogatives juridiques »¹⁶²⁸. Ces garanties prennent la forme de « droits de procédure », mêlant à la fois des règles de forme et de fond relatives au procès et formant autant de garanties accordées au justiciable¹⁶²⁹. De ce fait, « appliqué aux droits de procédure, le standard renvoie à la recherche de la norme de référence, à l'aune de laquelle le droit procédural sera évalué. Cette évaluation doit permettre de mesurer si les droits de procédure consacrés par le droit français sont en deçà ou au-delà du seuil de référence procédural “communément admis” »¹⁶³⁰. Car, s'il a pu être fait le « constat du désordre »¹⁶³¹, ce corpus de normes juridiques interroge sur sa vocation première : la protection des droits des justiciables et l'obligation pour l'État de garantir cette protection. Autrement dit, il s'agit voir si « cette pluralité de juges, de catalogues et de jurisprudences en matière de droits fondamentaux profite réellement aux justiciables ? Bénéficient-ils d'une meilleure protection de leurs droits

¹⁶²⁵ « L'enjeu est conçu comme un aspect décisif sur le plan de la réalisation de l'État de droit, qui trouve son aboutissement dans l'aménagement de procédures juridictionnelles pour la garantie du respect des intérêts consacrés ». *Ibid.*, p. 13.

¹⁶²⁶ MAGNON (X.), « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in BETAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Paris, LGDJ, Lextenso, IFR, coll. Actes de colloque, 2016, p. 27. À ce propos, l'auteur précise que, sur le plan formel, l'accès au juge découle « d'une question technique, qui renvoie aux modalités d'organisation du contrôle de la régularité ou “calcul des défauts” dans un ordre juridique donné ».

¹⁶²⁷ De nombreuses réflexions doctrinales ont été consacrées à l'action en justice. Nous nous contenterons ici de renvoyer à la définition proposée par Henri MOTULSKY, pour lequel elle se regroupe sous trois acceptions : « l'accès aux tribunaux (ou “droit d'ester en justice”) », « le fait de formuler en justice une prétention déterminée », et « le pouvoir d'obtenir la contestation judiciaire d'une situation juridique ». MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (1948), rééd. Dalloz, 2002, p. 35, note 1. Le droit positif en apporte, aujourd'hui, une définition officielle. L'article 30 du code de procédure civile énonce, en effet, que l'action en justice est « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

¹⁶²⁸ FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *op. cit.*, p. 19.

¹⁶²⁹ Voir, en ce sens, BOUCOBZA (I.), « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12684>.

¹⁶³⁰ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *op. cit.*, p. 100.

¹⁶³¹ FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2004, n° 20, pp. 213-244.

fondamentaux ? »¹⁶³² Il s'agit, en toile de fond, d'une préoccupation primordiale pour la démocratie constitutionnelle. En optant pour une analyse synchronique et inductive, la justiciabilité se dévoile sous deux aspects complémentaires. D'une part, l'existence de procédures juridictionnelles découle d'un certain nombre d'obligations incombant à l'État, dont il revient d'assurer l'existence, l'effectivité et l'accès, et, d'autre part, permet l'identification des « justiciables », sujets titulaires de droits, et des droits les habilitant à engager ces procédures. Ainsi, la justiciabilité prend sa forme au sein de l'ordre juridique : elle se concrétise, à la fois, par les obligations pesant sur l'État visant à garantir l'accès au juge (section 1) et dans les permissions d'agir prévues par l'ordre juridique octroyées aux titulaires de droits (section 2).

¹⁶³² FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? », *op. cit.*, pp. 213-244.

SECTION 1. UNE OBLIGATION ETATIQUE DE GARANTIR L'ACCES AU JUGE

244. « Les conditions d'accès au juge et l'observation des règles d'organisation des recours constituent le pivot autour duquel s'ordonne l'État de droit »¹⁶³³. Si la justiciabilité se mesure, de manière générale, au degré de protection juridictionnelle octroyée aux titulaires de droits¹⁶³⁴, celle-ci demande d'évaluer plus concrètement les garanties prévues par l'ordre juridique par lesquelles elle se matérialise. À ce propos, l'accès au juge représente symboliquement une « fonction de passerelle »¹⁶³⁵. S'incarnant aujourd'hui comme un véritable « droit processuel d'action »¹⁶³⁶, il se matérialise, pour le justiciable, comme la « possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits »¹⁶³⁷. Sur ce point, la justiciabilité montre son intérêt et son imprégnation dans la logique constitutive de la démocratie constitutionnelle. Elle permet à la fois de mettre en lumière les obligations juridiques incombant à l'État prévoyant l'accès des justiciables au juge, et quelles possibilités s'offrent à ces derniers dans leurs démarches d'avoir recours aux procédures juridictionnelles. En point de départ, la justice demeure une fonction régaliennne, d'où découle un certain nombre d'exigences, faisant naturellement de celle-ci un service de l'État au profit du justiciable. Sur le plan procédural, l'État s'incarne en *obligé* envers le justiciable, et ce, au regard d'un ensemble de prescriptions conventionnelles et constitutionnelles. Pour ainsi dire, ces dernières octroient au justiciable une garantie primordiale à la garantie des droits : l'existence de procédures juridictionnelles. Il en va ainsi que ces « obligations positives procédurales » — entendues comme obligations pour l'État de mettre en œuvre des mécanismes permettant d'assurer un « *droit à* » une procédure adéquate¹⁶³⁸ — entraînent la responsabilité de celui-ci en cas de non-respect¹⁶³⁹. La contribution du droit conventionnel à l'élaboration de ce standard de protection est en effet décisive, car elle rappelle et fait évoluer l'ensemble des exigences inhérentes à une société démocratique en

¹⁶³³ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2010, 436 p.

¹⁶³⁴ SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 418.

¹⁶³⁵ DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.), « Propos introductifs », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 22.

¹⁶³⁶ Voir, GREWE (C.), « L'accès au juge : le droit processuel d'action », in BENOIT-ROHMER (F.), D'AMBRA (D.), GREWE (C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, *op. cit.*, pp. 29-42.

¹⁶³⁷ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 14^e éd., 2019, p. 405.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 253.

¹⁶³⁹ Ainsi, « la responsabilité de l'État peut être engagée non seulement du fait de son ingérence "active" dans tel ou tel droit, mais aussi, par le jeu de la théorie des "obligations positives", du fait de son ingérence "passive", en raison de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamait, qu'il s'agisse de mesures d'ordre matériel... ou d'ordre normatif ». *Ibid.*, p. 251.

termes de protection juridictionnelle des droits fondamentaux. « La question n'est pas anodine sur le plan du droit processuel puisque de cette appréciation critique à l'aune d'un "mètre-étalon procédural" découlera l'évaluation plus générale du système français de protection des droits du justiciable et, partant, les porosités de l'État de droit ; la mesure de la distorsion entre les standards de procédure et les droits de procédure devenant le premier indicateur de la performance du pouvoir juridictionnel et, par conséquent de l'État de droit »¹⁶⁴⁰. L'obligation étatique de prévoir des garanties relatives à l'accès au juge relève, tout d'abord, des spécificités propres au service public de la Justice (§1). Il s'agit d'un détour indispensable, car il permet de rappeler ce qu'est la Justice en tant que compétence régalienne, et ce qu'elle représente pour les justiciables. Ensuite, il convient de se tourner vers le versant strictement normatif que suppose le standard de justiciabilité, en prenant pour point d'appui les obligations procédurales positives incombant à l'État (§2).

¹⁶⁴⁰ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *op. cit.*, p. 100.

§ 1. Une soumission particulière aux principes du service public de la justice

245. La garantie de l'accès au juge se présente avant tout comme une mission régaliennne. Application du principe d'autolimitation de l'État, principe inhérent à l'État de droit, cette obligation de prévoir des garanties juridictionnelles afin de contester les droits attribués aux individus s'incarne en une permission d'agir contre l'État, prévue par ce dernier. Il s'ensuit que la justiciabilité *lato sensu*, comme possibilité pour un titulaire de droit de faire valoir ces droits en justice, dépend de l'existence de procédures prévues à cet effet et des garanties procédurales qui s'y rapportent. De manière plus globale, elle est corroborée par une certaine vision du service public, rappelant la doctrine duguiste, présupposant un *État au service de la société* et répondant aux revendications de celle-ci¹⁶⁴¹. Elle est, à la fois, une idéologie au service d'une certaine organisation du pouvoir de l'État et un ensemble d'obligations juridiques relatives au service public de la Justice. Parallèlement, l'enjeu de l'accès à la justice est aussi celui de l'accès au droit. La compréhension par les justiciables de leur droit est un élément primordial, en ce qu'elle participe à un rapprochement politique¹⁶⁴² et une volonté politique, toujours prégnante, de promotion d'une « démocratisation » de la justice¹⁶⁴³. La loi du 18 novembre 2016 de *modernisation de justice au XXI^e siècle*, ainsi que, plus récemment, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, actuellement en discussion, en sont de bonnes illustrations. Y est par exemple inscrite la volonté de « rapprocher la justice du citoyen », de « renforcer la politique d'accès au droit », ou encore de « faciliter l'accès à la justice »¹⁶⁴⁴. Au nom de l'État de droit, et du principe d'universalité, il incombe ainsi à l'État d'œuvrer positivement pour satisfaire cet objectif et faire en sorte que « tout justiciable » puisse accéder à la justice. Pour ce faire, la garantie pour tout individu de prétendre au statut de justiciable est préalablement prévue par les obligations découlant du principe d'égalité devant la justice (A). Pour assurer ensuite, le

¹⁶⁴¹ « Le monde moderne a multiplié les occasions de conflits et la question se pose donc, chaque jour davantage, de savoir si notre système répond à ce besoin légitime des citoyens ». RIALS (A.), *L'accès à la justice*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2735, 1993, p. 6. Le présent phénomène implique, de la même manière, que l'action de l'État, notamment par le service public de la justice, suive les évolutions de la société et s'adapte, par exemple, à la prise d'ampleur de certains contentieux, ou encore à l'apparition de nouveaux conflits nécessitant la création de nouvelles procédures juridictionnelles propices à y répondre. La contrainte pesant sur l'État se place alors autant du côté de la légalité (comme contrainte juridique à proprement parler), que celui de la légitimité (en tant que justification morale et politique).

¹⁶⁴² RRAPI (P.), *L'accessibilité et intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, p. 221.

¹⁶⁴³ RENOUX (Th.), « Le poids de la Constitution dans la réforme de la justice », in CADIET (L.), RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 111.

¹⁶⁴⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de *modernisation de la justice du XXI^e siècle*, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

mieux possible, son opérationnalité en pratique, cette égalité d'accès se voit complétée par une sorte de « garantie de la garantie » incarnée par l'aide juridictionnelle (B).

A. L'implication déterminante du principe d'égalité devant la justice

246. Partir de la notion de service public de la justice est un préalable indispensable à une vision générale de la justiciabilité dans son incarnation concrète en droit. En effet, même si la justiciabilité est analysée sous le prisme de l'individu requérant et des droits qu'il peut invoquer, il ne faut pas oublier que les procédures prévues par l'ordre juridique et les droits invocables sont tributaires des garanties et des normes produites par l'État pour permettre cet « État de justice »¹⁶⁴⁵. Selon une vue d'ensemble, la justice est un *pouvoir public* sur le plan constitutionnel et un *service public* sur le plan administratif¹⁶⁴⁶. L'accès à la justice est mis en œuvre sous l'incarnation d'un service public, qui implique l'État par les obligations qui lui sont imposées pour veiller à garantir un accès optimal à tous les individus. En tant que tel, il est logiquement régi par les « lois de Rolland », à savoir les principes de mutabilité, de continuité et d'égalité¹⁶⁴⁷. Parmi ces lois du service public, l'égalité contribue particulièrement à mettre en lumière le caractère inclusif et objectif du statut de justiciable. Autrement dit, le principe d'égalité soutient l'idée que tout individu puisse prétendre être justiciable, dès lors que l'État lui en reconnaît la possibilité et respecte les obligations positives découlant du droit d'accès à la justice. Le justiciable potentiel n'est ainsi plus exclusivement le citoyen. L'idée d'un État incarné en *obligé* se retrouve précisément dans cette idée : les individus titulaires de droit ne sont pas sur un pied d'égalité en termes d'accès à la justice. Afin d'appréhender l'importance des obligations régaliennes qui en découlent, il convient de préciser préalablement en quoi la justice est un service public spécifique (1), pour démontrer ensuite que le principe d'égalité devant la justice participe au soutien de l'objectivité du statut de justiciable (2).

¹⁶⁴⁵ KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2012, t. II, 432 p.

¹⁶⁴⁶ RENOUX (Th.), « La gestion dyarchique des juridictions : enjeux et perspectives – Regards sur la doctrine », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Actes de la septième journée d'études annuelle du Centre de recherche du droit constitutionnel, Paris Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p. 71. Voir aussi, RENOUX (Th.), « La justice dans le débat démocratique. L'autorité judiciaire, un service public ? », *Les cahiers de la justice*, 2017, n° 2, p. 331.

¹⁶⁴⁷ TURPIN (D.), « Le pouvoir judiciaire », in CONAC (G.), DELPEREE (F.), PACTET (P.), TURPIN (D.) (dir.), *Constitution et justice*, Académie Internationale de Droit Constitutionnel, Onzième session (Tunis, 1995), Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 158.

1. La spécificité du service public de la justice

247. Une mission et un fonctionnement singuliers. Analyser la justice comme service public¹⁶⁴⁸ permet de mettre en lumière un principe élémentaire, selon lequel l'accès à la justice répond à un impératif d'intérêt général¹⁶⁴⁹. Cette idée est par exemple illustrée, en droit positif, à l'article L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire, tel que modifié par la loi du 18 novembre 2016, où il est expressément mentionné que « le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice »¹⁶⁵⁰. Il n'en demeure pas moins que la qualification par le droit positif de la justice en tant que service public n'empêche pas de constater certaines spécificités qui la singularisent des autres services publics¹⁶⁵¹. Tout d'abord, en tant que service régalien, son lien substantiel avec l'État¹⁶⁵² fait d'elle une mission entraînant un certain nombre d'obligations et insusceptible de délégation. Légitime, car rendue « au nom du peuple français »¹⁶⁵³, elle est la décision représentée de tous, en la forme étatique, et se déploie par l'État incarné en la forme juridictionnelle¹⁶⁵⁴. Ensuite, contrairement au principe hiérarchique classique prévalent dans les services publics, la justice assure une protection à la fois aux justiciables, par l'accès au juge, et aux juges en garantissant le principe d'indépendance

¹⁶⁴⁸ Au regard du droit administratif, la justice est, en effet, « *un service public constitutionnel avec ses agents, son administration, ses usagers* » qui sont en l'occurrence les justiciables. RENOUX (Th.), « Le poids de la Constitution dans la réforme de la justice », in CADIET (L.), RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, p. 106. Voir aussi, Cons. const., n° 98-396 DC, 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, cons. 10 ; CE, 25 février 2005, *Syndicat de la Magistrature*, n° 265482, *AJDA*, 2005, p. 995.

¹⁶⁴⁹ Cette mission, incombant à l'État, sous-tend dans un même temps un principe de responsabilité de l'État en cas de faute commise dans l'administration de la justice. Nous renvoyons par exemple au principe dégagé par le Conseil d'État dans son arrêt *Magiera*. CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c. Magiera*, n° 239575.

¹⁶⁵⁰ Art. L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire tel que modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de *modernisation de la justice du XXI^e siècle*, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1.

¹⁶⁵¹ Ce paradoxe inhérent à la justice a notamment été mis en lumière sous la plume du professeur Didier TRUCHET. La justice y est présentée logiquement comme un service public de l'État par sa nature régaliennne. Mais ce label n'est qu'un prisme d'analyse réducteur qui pose, qui plus est, le problème de l'indépendance constitutionnelle de l'autorité judiciaire. TRUCHET (D.), « La Justice comme service public », in *Le service public de la Justice*, Paris, éd. Odile Jacob, 1998, p. 31.

¹⁶⁵² RENOUX (Th.), « Le poids de la Constitution dans la réforme de la justice », *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁵³ Voir par exemple, Art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire ; Art. L. 2 du Code de justice administrative.

¹⁶⁵⁴ CAILLOSSE (J.), « Peut-on penser la Justice en dehors de l'État ? », in CADIET (L.), RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, *op. cit.*, p. 315. L'affirmation de l'indissociabilité entre l'État et la justice peut néanmoins heurter par sa contradiction avec le principe d'indépendance de la justice. C'est par exemple, selon cet argument, que Bernard VATIER propose de parler de « *service de l'État* », ou plus précisément « *d'un service public en tant que service rendu aux justiciables* ». Voir, VATIER (B.), « La justice est-elle un service public ? », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, spéc. p. 142 et 145. Cette proposition semble, néanmoins, prendre appui sur un arrière-fond idéologique visant à prôner l'indépendance de la justice. L'argument, en soi, est recevable. Pour autant et sur un autre plan, il est tout à fait valable de considérer une justice indépendante des autres pouvoirs de l'État, sans que celle-ci ne soit pas représentée et incarnée dans l'État.

des magistrats¹⁶⁵⁵. Par ailleurs, sa spécificité se remarque dans le fait que les juges ne sont pas des fonctionnaires¹⁶⁵⁶, et que les justiciables ne sont pas des usagers au sens conventionnel. La justice ne saurait, en effet, rendre un simple service, elle offre plus largement au justiciable l'opportunité de faire valoir ces droits au bénéfice de la société dans son ensemble.

248. Une symbolique de la justice au service du droit et de la liberté. Sur le plan doctrinal, le manque de consensualisme autour de la notion de service public ne rend cependant pas aisée la démarche d'association avec la justice. Aussi est-il possible de la diviser entre une vision libérale et une vision solidariste. Selon Antoine GARAPON, cette difficulté est, de manière synthétique, issue d'une confrontation entre deux conceptions politiques et philosophiques de la justice. Le versant libéral de la justice, d'un côté, correspondant à celui de l'État de droit, met l'accent sur l'idée de conflit, sur la contestation individuelle de droits opposés à la puissance publique. D'un autre côté, et dans une perspective différente, le versant solidariste de la justice voit cette dernière comme une possibilité offerte par l'État et à la disponibilité de tous. En tant que service à disposition de la société, elle rejoint ainsi la notion de service public¹⁶⁵⁷. Cette affirmation amène à constater que, sur le plan symbolique, la justice bénéficie d'un rôle démocratique privilégié et indispensable à la relation entre l'individu et l'État. Comme l'énonce justement le professeur HOURQUEBIE, « la justice est dans la Cité avant d'être dans la rigueur de la procédure et dans le déroulement du procès »¹⁶⁵⁸. En tant qu'incarnation de l'autorité exprimée « au nom du peuple », elle est à la fois la décision rendue au justiciable et à la société tout entière. S'exerçant au service de la société, elle conforte l'omniprésence de l'autorité étatique contre toute tentative de justice privée. Elle devient alors un « identifiant collectif »¹⁶⁵⁹. Autrement dit, cette mission, qui la place au cœur de la Cité, est créatrice de « cohésion sociale »¹⁶⁶⁰ ; elle est un liant primordial entre l'État et la société. Enfin, passé l'aspect symbolique, la singularité de la justice se manifeste par une finalité d'accès et de respect au

¹⁶⁵⁵ TC, 27 novembre 1952, *Officier ministériel de Cayenne*, JCP, 1953, II, n° 7598 ; GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2013, p. 38.

¹⁶⁵⁶ Art. 2 et 10, loi n° 83634 du 13 juillet 1983 portant *droit et obligations des fonctionnaires*.

¹⁶⁵⁷ GARAPON (A.), « La justice, point aveugle de la théorie politique française ? », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 54.

¹⁶⁵⁸ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁵⁹ GARAPON (A.), « La justice, point aveugle de la théorie politique française ? », *op. cit.*, p. 54.

¹⁶⁶⁰ VATIER (B.), « La justice est-elle un service public », *op. cit.*, p. 146. Il est par ailleurs intéressant de remarquer, à l'instar du professeur RENOUX, que le service public de la justice est l'un des rares services à associer concrètement le citoyen et l'administration avec, par exemple, la présence des citoyens dans les jurys des tribunaux de commerce. Voir, RENOUX (Th.), « Le poids de la Constitution dans la réforme de la justice *op. cit.*, p. 108.

droit, sous l'égide de l'article 16 de Déclaration de 1789¹⁶⁶¹. En s'exerçant comme une des fonctions souveraines de l'État, elle se fixe comme but spécifique celui de la liberté. « La justice est même très certainement le seul service public constitutionnel de l'État dont les missions sont strictement orientées, finalisées vers la garantie des droits »¹⁶⁶².

2. Un principe d'égalité au soutien de l'objectivité du statut de justiciable

249. L'application des lois de Rolland au service public de la justice, et plus particulièrement le principe d'égalité¹⁶⁶³, est une des démarches les plus opportunes visant à montrer la généralité inhérente au statut de justiciable. Elle permet, en ce sens, d'englober tous les titulaires de droits justiciables. Principe de valeur constitutionnelle¹⁶⁶⁴, l'égalité vise à procurer la même protection de droit, dans le cas présent un accès équivalent au juge, à tous les justiciables concernés par une même situation¹⁶⁶⁵.

250. Un principe progressivement étendu au-delà des seuls citoyens. L'identification du justiciable comme « usager », habilité à bénéficier du service public de la justice, est originellement opérée selon une conception restrictive du principe d'égalité. C'est

¹⁶⁶¹ Ce principe se matérialise sous le droit à un recours juridictionnel effectif, proclamé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 avril 1996. Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

¹⁶⁶² RENOUX (Th.), « Le poids de la Constitution dans la réforme de la justice », *op. cit.*, p. 114.

¹⁶⁶³ Concernant l'application du principe d'égalité au service public comme principe général du droit, voir notamment : CE sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, n° 92004, Rec. Leb., p. 151 ; CE sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032/88148, Rec. Leb., p. 274.

¹⁶⁶⁴ Art. 6 DDHC 1789 : La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». L'égalité deviendra un principe constitutionnel de référence au contrôle de constitutionnalité des lois par la décision « *taxation d'office* » du 27 décembre 1973. Voir, Cons. const., n° 73-51 DC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974* (dite « *Taxation d'office* ») ; FAVOREU (L.), PHILIP (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVA (É.), ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 17^e Éd., spéc. pp. 505-512. Au sujet de la justice, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est venue préciser la valeur du principe d'égalité et ses limites. Ce dernier est appliqué, dans ces fondements, de la même manière au sens du droit du service public général. Autrement dit sont appréciées la similarité des situations, l'existence ou non d'un motif d'intérêt général dérogatoire et les limites éventuellement prévues par le législateur. Voir notamment, Cons. const., n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi organique relative au statut de la magistrature* ; Cons. const., n° 86-215 DC, 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance* ; Cons. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* ; Cons. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; Cons. const., n° 2005-520 DC, 22 juillet, 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité*.

¹⁶⁶⁵ Voir par exemple, Cons. const., n° 79-107 DC, du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales et départementales*, cons. 4. Voir aussi, HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 123 ; DOUCHY-LOUDOT (M.), « Les principes fondamentaux de la justice en France », in RENOUX (Th.) (dir.), *La Justice en France*, Paris, La Documentation française, coll. Les Notices de la Documentation française, 2013, p. 55.

par initiative prétorienne que le statut justiciable s'est émancipé en partant des seuls citoyens, pour ensuite être étendu à tout individu. Ainsi, les justiciables sont, de manière générique, tout individu et non exclusivement des citoyens. L'identification du justiciable a subi une évolution, autant sur le plan sémantique qu'herméneutique. Les premières prescriptions postrévolutionnaires de l'article 16 de la loi des 16 et 24 août 1790 précisent, en effet, que le principe d'égalité devant la justice s'applique à « tous citoyens, sans distinction »¹⁶⁶⁶. Le passage de l'État légal à l'État de droit¹⁶⁶⁷, renouvelant l'identification des titulaires de droits, où les droits des citoyens, sous le patronage de la Loi, seront remplacés par l'acception plus abstraite de droits subjectifs de source constitutionnelle¹⁶⁶⁸, amènera la jurisprudence, sous l'impulsion de la Cour de cassation, à élargir l'application du principe d'égalité aux étrangers et apatrides¹⁶⁶⁹. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, de son côté, est plus ambiguë dans les termes employés. La Haute juridiction admet depuis sa décision « *Maîtrise de l'immigration* »¹⁶⁷⁰, une garantie des droits non exclusive aux citoyens, mais poursuit néanmoins de mentionner, dans ses décisions, l'égal accès « des citoyens » à la justice¹⁶⁷¹.

251. Une confusion sémantique au service de tout justiciable. La libéralisation de l'accès à la justice fait ainsi perdurer la confusion quant au statut des justiciables, entre les dénominations législatives et jurisprudentielles. Ce manque d'harmonisation dans la qualification des titulaires du principe d'égalité devant la justice n'empêche cependant pas son

¹⁶⁶⁶ « *Tout privilège en matière de juridiction est aboli ; tous les citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme devant les mêmes juges, dans les mêmes cas* ». Art. 16, titre II, loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Rec. Duvergier, p. 361.

¹⁶⁶⁷ À ce propos, voir : REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, PUAM, 1992, 389 p.

¹⁶⁶⁸ RENOUX (Th.), « Le poids de la Constitution dans la réforme de la justice », *op. cit.*, p. 112.

¹⁶⁶⁹ Cass. Civ., 21 juin 1948, *Patiño*, JCP, 1948, II, 4422, note LERBOURS-PIGEONIERE (P.) : « *Dès lors que les juridictions françaises sont compétentes pour connaître d'un litige, les étrangers et même les apatrides qui viennent plaider en France le font dans les mêmes formes que les français* ». Voir également, Cass. civ., 19 octobre 1959, *Pelassa et Ranft*, D., 1960, p. 37, note HOLLEAUX (G.) ; Cass. civ., 30 oct. 1962, *Scheffel*, Rev. Crit. DIP, 1963, p. 387, note FRANCESKAKIS (Ph.). Cette vision du principe d'égalité comportait néanmoins une exception relative au principe du *cautio judicatum solvi*, qui prévoyait l'obligation pour les non-nationaux de déposer une somme d'argent, en même temps que leur requête, afin de subvenir aux frais de justice en cas d'éventuelle condamnation. Un décret du 20 juillet 1972, confirmé par la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, portant *diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile*, JORF, 10 juillet 1975, p. 7076, est venu interdire cette règle. La Cour de justice de l'Union européenne confirmera plus tard la rupture d'égalité opérée, au motif d'une discrimination par la nationalité que ce principe entraînait. Voir par exemple, CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Anthony Hubbard c. Peter Hamburger*, aff. C-20-92 ; CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd*, aff. C-43/95.

¹⁶⁷⁰ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3.

¹⁶⁷¹ Voir notamment, Cons. const., n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale*, cons. 5, *AJDA*, 1976, spéc. p. 46, note J. RIVERO ; Cons. const., n° 84-183 DC, 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, cons. 15.

application en dehors de la catégorie des citoyens. L'adoption d'une conception plus large de ce principe permet en définitive de soutenir, une fois de plus, le caractère générique de la catégorie de justiciable, qui s'étend *lato sensu* à tout individu¹⁶⁷². Que cela soit de manière symbolique, ou sur le plan du droit positif, le principe d'égalité devant la justice, au nom de la garantie des droits, est l'élément moteur de la généralité du statut de justiciable par son appartenance spécifique au service public. « Le service public n'individualise pas ses usagers [...], mais au contraire les réunit »¹⁶⁷³. Sur un plan plus pragmatique, il appelle également à un engagement de l'État quant à l'accès matériel à la justice. L'influence du droit de la Convention EDH a conduit, enfin, le Conseil d'État à résumer cette tendance. Dans la jurisprudence *Magiera* de 2002, ce dernier a effectivement rappelé que, sous fondement de l'article 6§1 de la Convention, « les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient entendues dans un délai raisonnable ». En outre, l'éventualité d'une méconnaissance de ce droit entraîne la responsabilité de l'État pour « fonctionnement défectueux du service public de la justice »¹⁶⁷⁴.

252. L'intervention complémentaire du Défenseur des droits. Le constat des inégalités concernant l'accès au juge, en fonction des catégories de justiciables¹⁶⁷⁵, a été l'occasion, pour le Défenseur des droits, lors d'une enquête publiée en mars 2017¹⁶⁷⁶, de mettre en lumière les problèmes persistants attrayants à l'accès au juge. Ramenées à un principe de réalité, les disparités sociales et démographiques sont ici mises en causes¹⁶⁷⁷. Favoriser l'accès au juge est une des missions dont il est investi. Au regard des prérogatives qu'il tire de l'article 71-1 de la Constitution, celui-ci « veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités, les établissements publics, ainsi que par tout

¹⁶⁷² RASSAT (M.-L.), LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), LEMOYNE DE FORGES (P.) (dir.), *Institutions administratives et juridictionnelles*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2005, p. 181.

¹⁶⁷³ GARAPON (A.), « La justice, point aveugle de la théorie politique française ? », *op. cit.*, p. 58.

¹⁶⁷⁴ CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c. Magiera*, n° 239575.

¹⁶⁷⁵ Pour un exemple concernant les juridictions administratives, voir : SPIRE (A.), WEIDENFELD (K.), « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? », *Droit et société*, 2011, n° 79, p. 694.

¹⁶⁷⁶ Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits. Relations des usagers et usagers avec les services publics : le risque du non-recours*, mars 2017. Disponible à l'adresse : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/enquete-relations-usagers-servpublics-v6-29.03.17.pdf>. L'année précédente, celui-ci avait déjà pointé le problème dans son rapport annuel d'activité. Voir, Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2016*, p. 21 et svt. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17006.

¹⁶⁷⁷ En plus des rapports et des enquêtes menées par l'institution, il s'agit là d'un domaine que l'on retrouve en sociologie du droit. Sur les influences des disparités sociales sur le recours à la justice, voir par exemple : CHAPPE (N.), OBIDZINSKI (M.), GIRAUD (R.), « Analyse économique de l'accès au juge », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, *op. cit.*, p. 382 et svt. ; BEAL (A.), KALAMPALAKIS (N.), FIEULAIN (N.), HAAS (V.), « Expériences de justices et représentations sociales : l'exemple du non-recours au droit », *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale*, 2014, n° 103, pp. 549-573.

organisme investi d'une mission de service public » et peut être saisi par « toute personne » s'estimant lésée dans ses droits par le fonctionnement des institutions présentement citées. Pour le justiciable, il joue ainsi un rôle d'accompagnateur, d'autant plus que sa saisine est gratuite¹⁶⁷⁸. Il est un intermédiaire veillant à aiguiller individuellement¹⁶⁷⁹ les personnes victimes dans l'accès à leur droit et à la justice¹⁶⁸⁰, de même qu'il peut mettre à leur service ses pouvoirs d'investigation, afin de réunir toutes les preuves nécessaires à ces dernières pour faire valoir leurs droits devant les tribunaux¹⁶⁸¹. Ici encore, les personnes concernées sont appréhendées sous le statut de victime, sans distinctions. Dans l'exercice plus concret de sa mission, il assiste le justiciable « dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas, y compris lorsque celles-ci incluent une dimension internationale », dès lors qu'il considère que « la réclamation d'une personne s'estimant victime d'une discrimination ou invoquant la protection des droits de l'enfant appelle à une intervention de sa part »¹⁶⁸². À titre d'exemple, il est intervenu en 2014 afin de permettre l'accès des détenus aux enregistrements vidéo des établissements pénitentiaires lors des procédures disciplinaires pour que ces derniers puissent préparer au mieux leur défense¹⁶⁸³. Pour parfaire ces tâches, il a également la possibilité de présenter des observations écrites ou orales devant toute juridiction, nationale ou européenne¹⁶⁸⁴. Par son information et son assistance, la contribution du Défenseur peut se remarquer sur deux points : premièrement, il met derechef en avant le fait que la proclamation d'un droit à l'accès au juge ne suffit pas à permettre son effectivité en pratique (et qu'il est par là même nécessaire qu'une institution comme la sienne participe à y remédier) et, secondement, celui-ci s'inscrit dans une démarche objective d'identification du statut de justiciable, qu'il s'agisse, par exemple, du citoyen, de l'enfant, ou de l'étranger en situation régulière ou irrégulière.

¹⁶⁷⁸ Art. 6, Art. 27, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011 p. 5497.

¹⁶⁷⁹ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2012, p. 53. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=2962&opac_view=-1#docnum.

¹⁶⁸⁰ Voir, LÖHRER (D.), « La fonction d'aide à l'accès au juge du défenseur des droits », *RFDC*, 2020, n° 121, p. 195.

¹⁶⁸¹ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité*, 2011, p. 36. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=2138.

¹⁶⁸² Art. 27, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, *précitée*.

¹⁶⁸³ Défenseur des droits, décision MDS-2011-118 du 1^{er} août 2014 *relative à l'accès des personnes détenues aux enregistrements vidéo lors des procédures disciplinaires*.

¹⁶⁸⁴ Art. 33, *Ibid.*

B. La « garantie de la garantie » apportée par l'aide juridictionnelle

253. Parmi les moyens étatiques destinés à garantir l'objectif d'égalité dans l'accès au juge, l'aide juridictionnelle est, dans son principe, un des exemples les plus opportuns. Si l'accès au juge est un droit, il a également un coût. L'aide juridictionnelle est d'autant plus importante qu'elle se concentre sur la situation concrète du requérant désirant ester en justice, par le fait qu'elle vise à corriger les inégalités par des compensations financières allouées aux individus. Sans être un droit ni autonome, ni absolu, elle est un exemple probant des enjeux concrets et pratiques de garantir l'égal accès au juge à tout individu et concourt par là même, à garantir l'objectivité du statut de justiciable. Elle s'apparente en cela à un droit fonctionnel, puisqu'elle permet d'assurer l'effectivité du droit, plus général, d'accès au juge. Le champ des bénéficiaires de l'aide montre que celle-ci n'est encore une fois pas restreinte aux seuls individus citoyens ou nationaux, mais à tout justiciable *lato sensu* (1). En tant que correctif d'inégalités, elle vise en outre à maximiser les chances pour un justiciable de revendiquer ses droits, si ce dernier argue du bien-fondé de sa démarche. Cette conception utilitariste peut, par exemple, se reconnaître dans la jurisprudence supranationale (2).

1. Une aide au bénéfice de tout justiciable

254. Une nécessaire intervention financière de l'État au profit du justiciable. La gratuité du service de la justice¹⁶⁸⁵ n'implique pas, dans l'absolu, l'absence de frais pour le justiciable. Elle signifie, plus prosaïquement, que ce dernier ne rétribue pas le juge¹⁶⁸⁶ ; le traitement des magistrats étant assuré par l'État au moyen de l'impôt¹⁶⁸⁷. Afin d'assurer une certaine effectivité de l'égalité devant la justice, sans obstacles juridiques ou financiers, une action positive de l'État est nécessaire¹⁶⁸⁸. L'aide juridictionnelle suppose, en effet, qu'« aucun

¹⁶⁸⁵ Art. L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire. La gratuité est également prévue au niveau conventionnel à l'article 6§3 de la Convention EDH.

¹⁶⁸⁶ Par exemple, le Conseil constitutionnel est venu préciser que la participation financière du justiciable à une partie du procès, par le coût des frais de timbres fiscaux pour l'engagement des procédures, n'était pas contraire au droit à un recours effectif et au principe d'égalité devant l'impôt et les charges publiques. Voir, Cons. const., n° 2012-231/234 QPC, 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres [Contribution pour l'aide juridique de 35 euros par instance et droit de 150 euros dû par les parties à l'instance d'appel]*, cons. 9 et 10.

¹⁶⁸⁷ Art. 2, titre II, loi 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Rec. DUVERGIER, p. 360. Il en découle, d'une certaine manière, que le financement de l'aide sous le principe de solidarité par l'impôt implique qu'indirectement, les justiciables potentiels financent eux-mêmes l'aide juridictionnelle.

¹⁶⁸⁸ Voir, à ce propos, le rapport de la Commission BOUCHET sur la réforme de l'accès au droit et à la justice, qui présente un bilan et les perspectives de la loi du 10 juillet 1991. BOUCHET (P.), CHARVET (D.), FRAGONARD (B.),

justiciable ne doit être empêché d'accéder au juge en raison de son impécuniosité¹⁶⁸⁹. Prévue par une loi du 10 juillet 1991, modifiée par une loi du 21 février 2007¹⁶⁹⁰, elle se matérialise sous la forme d'une aide totale ou partielle, allouée aux personnes physiques ou morales à but non lucratif, consistant en une prestation financière octroyée à tout justiciable n'ayant pas les ressources financières nécessaires pour subvenir aux frais relatifs procès¹⁶⁹¹. Ledit justiciable doit, pour ce faire, établir le bien-fondé de sa requête. À ce sujet, le Conseil d'État est venu préciser que l'octroi de l'aide est accordé à condition que l'action du requérant ne soit pas « manifestement irrecevable », « dénuée de fondement », ou encore « dépourvue de toute chance de succès »¹⁶⁹².

255. La confirmation d'une aide bénéficiant à tout individu-justiciable. L'intérêt d'une telle mesure relève du fait qu'elle concerne à la fois tout justiciable et toute procédure juridictionnelle. La dernière modification en date, opérée par la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, a déterminé le champ des bénéficiaires de l'aide aux « personnes de nationalité étrangère résidant habituellement et régulièrement en France »¹⁶⁹³, sous conditions pour les étrangers en situation irrégulière¹⁶⁹⁴ et sans condition pour les étrangers non

GRUMBACH (T.), OVAERE (F.), FOMBEUR (P.), « Rapport de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice », Paris, La documentation française, collection des rapports officiels, mai 2001, p. 21.

¹⁶⁸⁹ DOUCHY-LOUDOT (M.), « Les principes fondamentaux de la justice en France », in RENOUX (Th.) (dir.), *La Justice en France*, op. cit., p. 54.

¹⁶⁹⁰ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, modifiée par la loi du 21 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique, JORF n° 44, 21 février 2007, p. 3051. Le principe de l'aide juridictionnelle remonte, à ce titre, à une loi du 22 janvier 1851, qui prévoyait une assistance judiciaire pour les « justiciables impécunieux ». Progressivement développée et étendue, le régime de la loi du 10 juillet 1991 a été principalement inspiré des modalités prévues par la directive 87/344/CEE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique. Elle a, par ailleurs, débouché sur le développement de la justice locale et des Maisons du droit et de la justice. Pour un historique détaillé, voir, RIALS (A.), *L'accès à la justice*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2735, 1993, 128 p. L'article R. 127-1 du code des assurances prévoit, par ailleurs, l'assurance de protection juridique, étant par nature, non une aide, mais un contrat, et se présentant comme un second mode « non alternatif » d'accès au juge avec l'aide juridictionnelle. Sur les problèmes relatifs à l'articulation de ces deux procédures, voir, ECKLY (P.), « Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : deux modes non alternatifs d'accès au juge et à la justice », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, op. cit., pp. 397-414.

¹⁶⁹¹ Elle vise notamment à couvrir tous les frais d'instance, de procédure et de représentation. Elle est prononcée par le bureau de l'aide juridictionnelle (Art. 12, loi du 10 juillet 1991, préc.), présidé par un magistrat du siège. Les seuils d'admission sont fixés par la loi de finances annuelle.

¹⁶⁹² Voir, CE sect., 12 mai 2004, *Hakkar*, Rec. leeb., p. 224, RFDJ, 2004, p. 173, concl. I. DE SILVA.

¹⁶⁹³ Art. 3, loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, JORF n° 0057, 8 mars 2016.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.* : « [...] lorsque leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès ». À noter que la généralisation de l'accès aux tribunaux pour les étrangers a été prévue bien avant en droit international. L'article 16 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés stipule en effet que « tout réfugié aura, sur le territoire des États contractants, libre et facile accès devant les tribunaux » (§1), ainsi que « tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant » (§2).

résidents mineurs, témoins assistés, mis en examen, prévenus, accusés, condamnés ou partie civile. Au regard de ce panel de destinataires, l'aide corrobore désormais l'idée d'un principe d'objectivité du statut de justiciable, sans considération de nationalité ou de citoyenneté. Elle concerne, par ailleurs, toute procédure juridictionnelle au sens large¹⁶⁹⁵, avec notamment un principe de continuité de l'aide¹⁶⁹⁶ obtenu lors d'un recours au fond pour toute demande d'engagement d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁶⁹⁷. L'utilité de l'aide juridictionnelle s'observe plus particulièrement dans la pratique, où, précisément, elle est récurrente pour les étrangers désireux de saisir la justice. À titre d'illustration, selon le rapport d'activité du Conseil d'État de 2018, sur 2494 décisions prises par les juridictions administratives en matière de contentieux des étrangers, 1682 demandes d'aides juridictionnelles ont été satisfaites en matière de réfugiés¹⁶⁹⁸. Ainsi, le principe d'indifférence entourant l'aide en question participe à compenser les inégalités ou les discriminations en termes d'accès au juge.

2. Une conception utilitariste au sens de la jurisprudence supranationale

256. Une garantie d'effectivité de l'accès au juge. En tant que manifestation et moyen de concrétisation du principe d'égalité devant la justice¹⁶⁹⁹, l'aide juridictionnelle demeure, d'une part, une obligation étatique singulière par nature et, d'autre part, une condition d'effectivité d'accès au juge. En tant que corollaire du principe d'égalité devant la justice, elle obéit au principe cardinal d'un service rendu pour l'intérêt général. Le financement par l'État permet d'identifier la présence d'une personne publique à l'origine du service. Une précision peut, cependant, être mentionnée. En effet, à l'instar du professeur ROLIN, il est à remarquer que les actions en responsabilité engagées dans le cadre de l'aide juridictionnelle sont toujours de la

¹⁶⁹⁵ Art. 10, loi du 10 juillet 1991 : « L'aide juridictionnelle est accordée en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense devant toute juridiction ».

¹⁶⁹⁶ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 166.

¹⁶⁹⁷ Art. 53-1, Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique : « L'aide juridictionnelle demeure acquise à son bénéficiaire en cas d'examen par le Conseil d'État, la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité ». Voir également, Circulaire SG/SADJPV du 1er mars 2010, relative à la présentation du principe de continuité de l'aide juridictionnelle en cas d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité par le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel.

¹⁶⁹⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, Paris, La Documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2018, pp. 173-174.

¹⁶⁹⁹ « On peut tout à fait estimer que la nature même du service commande que tout individu puisse accéder sans barrière financière directement imposée par l'État. La gratuité s'envisage alors comme un principe découlant de l'exigence d'égalité des citoyens devant la justice ». HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 160.

responsabilité individuelle de l'avocat, et non celle de l'État¹⁷⁰⁰. La jurisprudence de la Cour EDH, par l'encadrement posé par l'arrêt *Airey c. Irlande* de la Cour EDH¹⁷⁰¹, a confirmé le rôle indispensable de l'aide dans l'endiguement des inégalités entre les justiciables, sous couvert d'un objectif d'effectivité de l'accès au juge. Dans un arrêt *Coren*, du 10 janvier 2001, le Conseil d'État reprit, de son côté, le fait que cette aide a pour objet « de rendre effectif le principe de valeur constitutionnelle le droit d'exercer un recours »¹⁷⁰². La Cour de Strasbourg a précisé, par ailleurs, que l'aide juridictionnelle n'était pas un droit absolu. L'option adoptée depuis l'arrêt *Airey* est celle du pragmatisme. Elle cautionne, en effet, l'indispensabilité de l'aide à la seule condition que son octroi soit déterminant pour pallier une inégalité d'accès à une procédure juridictionnelle, en laissant alors à l'État une marge d'appréciation suffisante pour aménager un régime propice à satisfaire cette obligation¹⁷⁰³. Cette logique de nécessité a également été explicitement prévue à l'article 47 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷⁰⁴. La Cour de justice a, elle aussi, saisi l'occasion de préciser que l'aide juridictionnelle participe à l'effectivité du droit d'accès à un tribunal et qu'il revient aux juridictions nationales d'apprécier l'opportunité de son octroi au cas par cas. En outre, ce droit peut comporter des restrictions, si ces dernières répondent à un objectif d'intérêt général, si elles sont justifiées au regard du but poursuivi par la mesure en cause, ou encore, si elles procurent une atteinte manifeste et disproportionnée à un droit garanti¹⁷⁰⁵.

257. L'intérêt socio-juridique de l'aide. Sur le plan empirique, en aparté, des analyses économiques du droit ont pu montrer que l'aide s'apparente à un facteur incitatif de comportements individuels à ester en justice. Elles imagent, en quelque sorte, le versant sociologique de la justiciabilité. Il se perçoit, en demi-teinte, l'adéquation avec un certain

¹⁷⁰⁰ ROLIN (F.), « La réforme de l'aide juridictionnelle », in CADIET (L.), RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État, op. cit.*, p. 307. Voir, à ce titre : Cass. civ., 7 octobre 1988, n° 96-13614, bull. 1998, n° 282, p. 196.

¹⁷⁰¹ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, 32, n° 6289/73. La Cour a prescrit aux États de mettre en place un système d'accès à la justice et au droit par l'aide juridictionnelle, pour permettre l'exercice du droit au recours, pour tout individu, quels que soient ses moyens. Elle énonce que l'aide juridictionnelle n'est pas une obligation en tant que telle, aux termes de l'article 6§1, et que cette dernière ne doit être prévue que si elle est indispensable en raison de la complexité de la procédure. Elle est, en ce sens, déterminante à l'accès à la justice.

¹⁷⁰² CE, 10 janvier 2001, *Coren*, n° 211878/213462.

¹⁷⁰³ Voir par exemple, CEDH, 26 février 2002, *Esaadi et Del sol c. France*, n° 46800/99, bull. inf. cass., 15 mai 2002, n° 471 ; CEDH, 28 mai 2002, *Ivanova c. Finlande*, n° 53054/99 ; CEDH, Gr. Ch., 13 décembre 2012, *Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07 ; CEDH, 14 septembre 2000, *Kroliczek c. France*, n° 43969/98.

¹⁷⁰⁴ Art. 47, Charte DFUE : « Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

¹⁷⁰⁵ Voir par exemple, CJUE, 2 avril 2009, *Gambazzi c. Daimler Chrysler Canada Inc.*, aff. C-394/07, *Droits*, 2009, p. 1212 ; CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09 ; CJUE, ord., 13 juin 2012, *GREP GmbH c. Freistaat Bayern*, aff. C-156/12.

discours politique visant à promouvoir un rapprochement entre l'individu et l'État via la Justice. Sont notamment pointés des enjeux à la fois juridiques et sociaux, comme le remarque par exemple le Conseil d'État dans un rapport public de 1991, qualifiant l'aide juridictionnelle d'aide « socio-juridique »¹⁷⁰⁶. Dès lors, « en facilitant le recours des justiciables les plus démunis à la justice, elle renforce les incitations des auteurs de dommages à prendre des précautions »¹⁷⁰⁷. Sous cet angle, l'aide occupe une place décisive dans l'accessibilité au juge, en ce que les contraintes financières conditionnent proportionnellement la possibilité pour un ensemble de justiciables de faire prévaloir leurs intérêts en justice. Parmi les facteurs conditionnant l'accessibilité au juge, il est par exemple présenté trois éléments déterminants : premièrement, le coût financier relatif à l'engagement des poursuites ; deuxièmement, le temps de la procédure ; troisièmement, l'information dont disposent les requérants concernant leurs droits et les procédures existantes pour satisfaire leurs demandes¹⁷⁰⁸.

258. Il s'avère donc que l'aide juridictionnelle est nécessaire et juridiquement obligatoire en tant que corollaire du principe d'égalité devant la justice, et plus concrètement comme support au droit subjectif d'accès concret à un tribunal¹⁷⁰⁹. À ce titre, elle fait partie intégrante du standard de justiciabilité en tant que garantie, d'une part, du principe d'universalité en raison d'une indifférence quant à la nationalité du requérant et, d'autre part, d'accès aux procédures juridictionnelles.

¹⁷⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit et à la justice*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁰⁷ DEFFAINS (B.), « L'aide à l'accès des justiciables au droit et à la justice. Données économiques », in CADIET (L.), RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, *op. cit.*, p. 295.

¹⁷⁰⁸ GIRAUD (R.), OBDZINSKI (M.), « Analyse économique de l'accès au juge », *op. cit.*, p. 380. Voir également, SHAVELL (S.), *Economic analysis of law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987 ; CHAPPE (N.), LANGLAIS (E.), « Analyse économique de la résolution des litiges », in DEFFAINS (B.), LANGLAIS (E.) (dir.), *Analyse économique du droit*, Bruxelles, De Boeck, 2009, pp. 97-114 ; DORIAT-DAUBAN (M.), « Analyse économique de la résolution des litiges juridiques », *Revue internationale de droit économique*, 2001, t. XV, n° 1, pp. 77-100.

¹⁷⁰⁹ RENOUX (Th.), SENATORE (A.) « Droit au juge », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 306. Les auteurs constatent, en effet, la distinction d'un droit objectif au juge comme « liberté abstraite et générale » d'action en justice, et un droit subjectif en tant qu'« accès concret à un tribunal dans un litige donné ».

§ 2. Des obligations procédurales positives incombant à l'État

259. Le principe de bonne administration de la justice, objectif de valeur constitutionnelle¹⁷¹⁰, principe relativement flou¹⁷¹¹ quant à certaines de ses composantes concrètes¹⁷¹², est la base juridique essentielle à l'appréhension des obligations pesant sur l'État quant à l'aménagement des recours juridictionnel. Le procès demeure, en outre, la manière ordinaire d'administrer la justice¹⁷¹³. Les garanties dont peut se prévaloir le justiciable contre l'État, concernant l'administration de la justice et à l'aménagement des recours, font l'objet de prescriptions de plus en plus prégnantes ces dernières décennies, notamment sous l'impulsion du droit conventionnel. La relation entre l'individu et l'État par les voies de la justice suscite alors une implication positive de ce dernier, faisant notamment de la bonne administration de la justice une notion fonctionnelle¹⁷¹⁴ et indispensable à une « protection effective des justiciables »¹⁷¹⁵. L'influence du droit supranational fait de surcroît, de l'accès au juge un « souci crucial »¹⁷¹⁶. En s'incarnant comme obligation positive, il permet la sanction de l'« ingérence passive » de l'État par l'absence de mesures prises, nécessaires à l'application concrète du droit¹⁷¹⁷. Pour ce faire, « rechercher un standard en matière de droits de procédure implique,

¹⁷¹⁰ Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 4.

¹⁷¹¹ Sur les réflexions et propositions doctrinales visant à systématiser un sens conventionnel du principe, voir notamment, VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, n° 682 ; FAVRET (J.-M.), « La “bonne administration de la justice” administrative », *RFDA*, 2004, n° 4, p. 943 ; MAYNAUD (A.), « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 1029.

¹⁷¹² Les présents développements se contentent d'aborder le principe sous l'angle de l'accès à la justice. Il ne s'agit pas ici de faire une liste exhaustive des éléments qui la compose. Un des caractères premiers est celui du principe de répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires, proclamé dans la décision du Conseil constitutionnel dite « *Conseil de la concurrence* » en 1987 (Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 15). L'article L. 311-1 du Code de justice administrative y inclut, par exemple, l'impartialité et l'indépendance du juge, l'exigence de délai raisonnable ou encore l'égalité des armes devant le procès. Le professeur Jacques ROBERT a proposé, à ce sujet, un sens plus général et systématique, en appréciant la bonne administration de la justice comme « *un objectif à atteindre, comme une finalité que servirait l'emploi de moyens techniques appropriés* ». Les principes la gouvernant sont, par exemple, l'accessibilité, la « *familiarité de l'accueil* », la simplicité des règles de compétences, la gratuité, la facilité de compréhension, le style, la sérénité, l'indépendance et l'impartialité, l'efficacité et la neutralité. Voir, ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, n° spécial, pp. 117-132.

¹⁷¹³ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷¹⁴ CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une “notion fonctionnelle” : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *RDP*, 2003, n° 1, pp. 3-17.

¹⁷¹⁵ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 19357/91, §41. Voir également, HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 193.

¹⁷¹⁶ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principe et intendances dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP G*, n° 40, 1997, I, p. 407. À noter, également, que le « droit au juge » a par exemple été érigé relativement tôt en tant que principe général du droit de l'Union européenne par la Cour de justice. Voir, CJCE, 17 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86.

¹⁷¹⁷ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 251.

après avoir identifié le ou les principes de référence, de prendre en considération le niveau de protection auquel le droit national veut aboutir »¹⁷¹⁸. De la sorte, l'accès au juge est une « obligation de protéger » incombant à l'État. La justiciabilité des droits conventionnels est ainsi un point fort et indispensable des relations entre l'individu et l'État. Un ensemble de prescriptions conventionnelles relatives à l'aménagement de recours forme un premier corpus d'obligations dirigées vers ce dernier (A). Sur le plan national, il se constate, également, l'élaboration d'un second corpus obligations constitutionnelles, fondées sur le droit à un recours juridictionnel effectif (B).

A. Les obligations conventionnelles relatives à l'aménagement des recours

260. « Aucun texte ni aucun principe de droit national n'exige l'établissement d'un moyen spécifique pour protéger les droits fondamentaux garantis par le droit international et le droit européen »¹⁷¹⁹. Le constat d'une telle carence semble, de prime abord, illustrer une certaine ignorance de l'esprit des conventions européennes, autant concernant la Convention EDH que les traités relatifs à l'Union européenne. Le droit conventionnel est néanmoins intervenu, en grande partie sous l'impulsion de ses juges, afin d'établir un ensemble d'obligations à l'encontre des États, pour garantir l'existence de mécanismes protégeant les droits conventionnels. Ici s'illustre d'ailleurs l'idée selon laquelle la justiciabilité est une garantie fondamentale d'effectivité. Cela conduit plus concrètement à veiller à ce que les États prévoient des procédures juridictionnelles. Cette logique découle directement, notamment concernant la Convention EDH, du principe plus général de subsidiarité des droits conventionnels (1), responsabilisant les États dans la prise en compte et dans la mise en œuvre des droits issus de ladite Convention. Il s'ensuit, dès lors, l'obligation pour l'État de prévoir et de mettre en place des mécanismes juridictionnels effectifs visant à garantir l'opérationnalité des droits reconnus dans les conventions (2). De là découle un ensemble d'obligations procédurales positives.

¹⁷¹⁸ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *op. cit.*, p. 102.

¹⁷¹⁹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA*, 2002, n° 1, p. 124.

1. Une construction autour du principe de subsidiarité

261. La nécessité d'ordre idéologique d'une garantie juridictionnelle des droits.

Pour commencer, l'obligation pour l'État de prévoir des recours juridictionnels propices à fournir aux justiciables les procédures adéquates pour faire valoir leurs droits répond d'une part, à des considérations d'ordre axiologique et, d'autre part, à des prescriptions d'ordre normatif. Sur le plan axiologique, le principe est appréhendé sous l'angle libéral, en réponse aux prescriptions que fonde l'État de droit. En effet, les recours juridictionnels y sont considérés comme indispensables à la garantie des droits des individus contre l'État et au principe cardinal d'autolimitation de ce dernier¹⁷²⁰. L'observation des obligations juridiques qui le concrétise appelle, ensuite, à un constat plus nuancé, relatif à la question précise de l'aménagement des voies de recours. Au regard du droit international, l'obligation de prévoir des recours spécifiques destinés à la protection de droits fondamentaux reste assez générale¹⁷²¹ en se cantonnant à une logique finaliste, selon laquelle chaque justiciable doit pouvoir espérer accéder à la procédure lui permettant de faire valoir ses droits. Selon cette logique, la proclamation des droits n'apparaît comme pertinente qu'à la condition que ceux-ci puissent être garantis. Autrement dit, selon un impératif d'effectivité des droits proclamés, la Déclaration des droits ne peut désormais se passer d'un gardien, dont le juge en est l'incarnation idoine.

262. Des garanties normatives relatives à l'obligation de prévoir des procédures juridictionnelles. Si les obligations formulées par les textes demeurent relativement abstraites quant aux obligations d'existence de procédures juridictionnelles, des précisions jurisprudentielles sont venues construire un régime juridique propre aux obligations positives des États dans ce domaine¹⁷²². L'article 2§3 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966¹⁷²³ impose par exemple aux États « de développer les possibilités de recours

¹⁷²⁰ « La tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et, au sein de ces autorités, les juridictions nationales ont une responsabilité particulière, en raison du rôle des tribunaux dans l'État de droit ». SUDRE (F.), « QPC et droit à un tribunal », *JCP G*, 2015, n° 40, I, p. 1036.

¹⁷²¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *op. cit.*, p. 124.

¹⁷²² LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Thèses, 2017, p. 60. Pour une étude développée sur la question, voir aussi : MADELEINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, 572 p.

¹⁷²³ Selon le présent article, les États parties s'engagent à : « a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou

juridictionnel » pour garantir à toute personne le bénéfice de recours utiles à la contestation d'une atteinte à des droits. Dans cette même optique, les articles 1^{er} et 13 de la Convention EDH¹⁷²⁴, tout comme l'article 47 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷²⁵, prescrivent aux États de prévoir les procédures effectives et nécessaires à la conservation des droits prévus par les conventions. La jurisprudence s'est d'ailleurs évertuée à confirmer et préciser ce principe. La Cour EDH, dans un arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, énonce à ce titre que « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »¹⁷²⁶. On constate ainsi que l'accent est mis sur l'effectivité des procédures à répondre aux obligations de la Charte et non au nombre de procédures prévues par les États. Dans l'affaire *Rotaru c. Roumanie* du 4 mai 2000, la Cour a également rappelé l'obligation pour le législateur national de prévoir des « garanties adéquates et suffisantes pour garantir contre les abus »¹⁷²⁷, concluant, en l'espèce, que l'absence de procédure prévue par la loi à la disposition du justiciable avant ou après l'édition de la mesure faisant grief constituait une violation de la Convention¹⁷²⁸. Priorité semble donnée aux résultats. La CJUE, de son côté, admet que les législations nationales peuvent apporter des restrictions aux droits de la Charte, si celles-ci sont suffisamment claires et précises et prévoient des voies de recours donnant la possibilité aux justiciables de contester les limitations en cause¹⁷²⁹. La jurisprudence a donc fourni, dans ce domaine, un ensemble de précisions sur les obligations découlant de l'aménagement des recours sous l'égide du principe de subsidiarité.

2. Une concrétisation par l'obligation de prévoir l'existence et l'effectivité des recours

263. Un principe générateur de l'obligation de protection juridictionnelle des droits conventionnels. Le principe d'aménagement des recours nationaux démontre

législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel ».

¹⁷²⁴ La présente Convention stipule, en effet, dans son article 1^{er} que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention » ; et dans son article 13 que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

¹⁷²⁵ La Charte DFUE mentionne *idem*, dans son article 47, que « toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article ».

¹⁷²⁶ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, série A, n° 18, §34. La formule est reprise dans l'arrêt *Airey*. CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32, §26.

¹⁷²⁷ CEDH, Gr. Ch., *Rotaru c. Roumanie*, n° 28381/95, §59. Voir dans le même sens, CEDH, 5 juillet 2012, *Golovan c. Ukraine*, n° 41716/06, §57 ; CEDH, 2 juillet 2013, *R. Sz. c. Hongrie*, n° 41838/11, §37.

¹⁷²⁸ CEDH, Gr. Ch., *Rotaru c. Roumanie*, n° 28381/95, §60.

¹⁷²⁹ CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, *RDTeur*, 2017, n° 2, chron. BENOIT-ROHMER (L.).

effectivement tout son intérêt dès lors qu'il est choisi d'analyser les rapports de système par le principe de subsidiarité. Ce dernier suppose « que la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir »¹⁷³⁰. Corollaire du principe d'autonomie procédurale et institutionnelle des États¹⁷³¹, laissant à ceux-ci l'établissement des moyens procéduraux propices à assurer la protection des droits conventionnels¹⁷³², il est, par exemple, selon la Cour EDH, la concrétisation logique d'une l'obligation pour les États de faire respecter les droits de la Convention. L'objectif semble ici être celui d'une effectivité maximum. Dans cette logique, le Conseil d'État a traduit cette idée en énonçant que, si la méconnaissance de l'obligation de respecter un délai raisonnable de jugement, aux termes de l'article 6§1 de la convention EDH, « est sans incidence sur la validité de la décision juridictionnelle prise à l'issue de la procédure, les justiciables doivent néanmoins pouvoir en faire assurer le respect »¹⁷³³. L'intérêt premier est donc celui de la situation du justiciable¹⁷³⁴ et celui de l'efficacité des mécanismes étatiques de protection des droits fondamentaux¹⁷³⁵. Pour ce faire, la Cour s'emploie à responsabiliser les États¹⁷³⁶ en prévoyant un ensemble d'« obligations procédurales positives »¹⁷³⁷ et leurs limites.

¹⁷³⁰ COSTA (J.-P.), « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 22, p. 1364. Voir aussi, SUDRE (F.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Anthémis, coll. Droit et Justice, 2014, p. 24.

¹⁷³¹ Concernant la Convention EDH, il résulte de l'articulation entre l'article 13 et 35 § 1, ce dernier prévoyant le principe d'épuisement des voies de recours interne. Au sujet du droit de l'Union européenne, l'article 51 de la Charte DFUE, énonçant que « les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités ». Voir également, CJCE, 16 décembre 1976, *Rene c. Landwirtschaftskammer Saarland*, aff. C-33/76 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76 ; CJUE, 7 juin 2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, aff. C-27/11.

¹⁷³² Dans la limite où le droit communautaire n'en dispose autrement dans une matière concernée. Voir, CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda c. Produktschap voor Vee en Vlees*, aff. C-265/78.

¹⁷³³ CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c. Magiera*, n° 239575.

¹⁷³⁴ Voir par exemple, CE ord., 24 avril 2019, *Interruption des traitements de V. Lambert*, n° 428117.

¹⁷³⁵ Ces caractéristiques sont exposées explicitement par la Cour. Voir par exemple, CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique en Belgique »*, n° 1474/62, série A, n° 6, §10 ; CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, n° 36813/97, §238 ; CEDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, n° 16064/90, §118.

¹⁷³⁶ CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, §152. Face au problème d'engorgement de son prétoire, la Cour a rappelé qu'il est de la responsabilité des États d'assurer la protection de droits fondamentaux, en vertu du principe de subsidiarité prévu aux articles 13 et 35 § 1 de la Convention.

¹⁷³⁷ Celles-ci concernent « tous les droits substantiels énoncés par la Convention renferment une obligation positive implicite de mettre en place et de rendre effectives des procédures permettant à la personne concernée de revendiquer au niveau national le droit en cause et de contester les mesures y portant atteinte ». SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 254. Ces obligations procédurales positives se partagent, en outre, en obligations de prévention, prescrivant d'établir les procédures propices à éviter une atteinte à des droits et en obligations de réparation, destinées à fournir à tout justiciable la faculté de soutenir devant un juge une atteinte à un droit conventionnel. Voir à ce sujet, LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit.,

264. La base juridique d'un régime de droits procéduraux européens. Comme le démontre justement Nina LE BONNIEC, ce phénomène découle d'une volonté de la Cour de construire un « ordre procédural européen »¹⁷³⁸. Le juge national étant le juge de droit commun de l'application de ces droits¹⁷³⁹, la Cour n'a qu'une fonction de régulation¹⁷⁴⁰ ; même si ce mécanisme nécessite, en partie, un certain volontarisme de la part des États¹⁷⁴¹. Il s'avère que, concrètement, la jurisprudence de la Cour EDH a influencé de manière significative l'ouverture de nouveau recours en droit national. Elle fait d'ailleurs figure de modèle en la matière, autant sur le plan quantitatif que qualitatif, en termes de droits proclamés¹⁷⁴². Dans sa jurisprudence *Hassan et Tchaouch c. Belgique*, à ce propos, elle énonce un principe général selon lequel « le droit interne doit offrir une certaine protection contre les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention »¹⁷⁴³. Au regard du principe de prééminence du droit, celle-ci estime que le législateur doit prévoir des limites au pouvoir d'action du pouvoir exécutif, ce premier n'ayant prévu, en l'espèce, aucune garantie procédurale pour le justiciable¹⁷⁴⁴. Selon une acception générale, l'État peut être condamné pour ne pas avoir prévu de procédure juridictionnelle¹⁷⁴⁵. Il en ressort la formation d'une catégorie d'obligations,

p. 80 ; MADELEINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 77 ; DUBOUT (É.), « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 265-300.

¹⁷³⁸ LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 337 et svt.

¹⁷³⁹ C'est notamment ce que rappelle la Cour dans la jurisprudence *Handyside*, précisant que celle-ci « est appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. Il est donc souhaitable que les tribunaux nationaux aient initialement la possibilité de trancher les questions de compatibilité du droit interne avec la Convention. Si une requête est néanmoins introduite par la suite devant la Cour, celle-ci doit pouvoir tirer profit des avis de ces tribunaux, lesquels sont en contact direct et permanent avec les forces vives de leurs pays ». CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, série A, n° 24, §48. Voir aussi, CEDH, Gr. ch., 19 févr. 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05, §154, RSC, 2009, p. 672, obs. MARGUENAUD (J.-P.). Il en est de même pour le droit de l'Union européenne. Voir, TPIUE, 10 juillet 1990, *Tetra Pac c. Commission*, aff. T-51/89, §42.

¹⁷⁴⁰ MILANO (L.), TOURARD (H.), « L'accès au juge européen », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, op. cit., p. 668. Voir également, MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, p. 482 ; SAUVE (J.-M.), « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 22, p. 1368.

¹⁷⁴¹ ICARD (Ph.), « L'accès aux juges de l'Union européenne », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), op. cit., 2013, p. 716.

¹⁷⁴² LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. pp. 183-207.

¹⁷⁴³ CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96, §84, JCP G, 2001, I, p. 291, note SUDRE (F.). Voir aussi, CEDH, 18 décembre 2012, *Yildirim c. Turquie*, n° 3111/10, §59 et 60.

¹⁷⁴⁴ CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, §85.

¹⁷⁴⁵ C'est notamment ce qui a été soulevé concernant l'obligation de mener une enquête effective concernant la protection contre les traitements inhumains et dégradants et la torture. Voir à ce sujet, CEDH, 28 octobre 1998, *Assenov c. Bulgarie*, n° 24760/94 ; CEDH, Gd. Ch., 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie* ; CEDH, 11 octobre 2011, *Anad c. Bulgarie*, n° 46390/10 ; SUDRE (F.), « Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G, 2012, n° 4, p. 87.

pouvant être qualifiées d'« obligations procédurales de prévention »¹⁷⁴⁶. Le principe s'étend, en outre, à la spécificité des recours. Cette influence s'est remarquée, quelques années plus tôt, envers le Conseil d'État avec la jurisprudence *Monstaquim*¹⁷⁴⁷, concernant l'extension des recours relatifs aux mesures de police appliquées aux étrangers¹⁷⁴⁸. D'une autre manière, la Cour a également admis la création d'un recours postérieurement à l'introduction d'une requête, car ce dernier avait été créé spécialement pour remédier à la violation des droits fondamentaux en cause par effet rétroactif¹⁷⁴⁹. À titre d'exception au principe de subsidiarité, la Cour peut, enfin, à dessein de pallier une carence de l'État, contourner la règle de l'épuisement de recours pour assurer une garantie juridictionnelle continue au justiciable. L'idée sous-jacente est que les recours offerts aux justiciables aient un degré suffisant d'effectivité, autant sur le plan théorique que pratique¹⁷⁵⁰.

265. Le développement des garanties conventionnelles relatives à l'accès au juge permet de montrer à quel point le standard de justiciabilité s'est précisé et s'est encadré en droit positif. Faisant suite à cette impulsion, le droit interne s'est également vu enrichi, parallèlement et plus tardivement, d'un ensemble de prescriptions de valeur constitutionnelles, orientées autour du droit à un recours juridictionnel effectif.

¹⁷⁴⁶ LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 81-84.

¹⁷⁴⁷ CEDH, 18 février 1991, *Monstaquim c. Belgique*, n° 12313/86, série A, n° 193.

¹⁷⁴⁸ Par un arrêt CE Ass., 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n° 107470, le Conseil d'État a opéré un virement de jurisprudence en admettant l'applicabilité de l'article 8 de la Convention EDH pour les mesures d'éloignement des étrangers ; jurisprudence qui sera ensuite étendue à toute mesure de police des étrangers. Voir, CE, 10 avril 1992, *Aykan*, n° 120573.

¹⁷⁴⁹ CEDH, 4 mars 2008, *Stoica c. Roumanie*, n° 42722/02.

¹⁷⁵⁰ À ce propos, dans un arrêt CEDH, 6 novembre 1980, *Van Oostervijk c. Belgique*, n° 7654/76, série A, n° 40, §33 et 34, la Cour a admis la possibilité d'un contournement si ce dernier était avéré et justifié par la nécessité et l'inadéquation des recours nationaux à satisfaire la requête du requérant. Elle a également jugé possible ce contournement à condition que la requête revête « une importance considérable et aborde des enjeux sérieux », CEDH, 7 février 2006, *D. H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00. L'absence de recours effectif a aussi pu permettre à la Cour de se saisir directement de l'affaire au bénéfice du justiciable. Voir, CEDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idriab c. Belgique*, n° 29787/03.

B. Les obligations constitutionnelles fondées sur le droit à un recours juridictionnel effectif

266. Selon les mots du professeur Jacques ROBERT, la bonne administration de la justice présuppose une justice au service des justiciables ; condition d'une « justice satisfaisante »¹⁷⁵¹. Elle se traduit, par ailleurs, par la responsabilité pour l'État d'instaurer un « système judiciaire efficace »¹⁷⁵². Considérant le procès comme la manière ordinaire d'administrer la justice¹⁷⁵³, l'obligation pour l'État de prévoir et d'instituer de procédures juridictionnelles se présente comme une obligation positive envers le législateur. La Constitution de 1958 n'a pas véritablement, dans son texte, développé un droit constitutionnel de la justice, laissant cette opportunité à son interprète authentique. C'est ainsi, par la jurisprudence constitutionnelle, qu'a pu émerger un véritable « droit constitutionnel procédural »¹⁷⁵⁴. L'exemple le plus significatif de cette construction demeure le développement par le Conseil constitutionnel d'un panel de droits fondés sur l'article 16 de la DDHC¹⁷⁵⁵, faisant du droit à l'accès au juge un droit autonome, sous l'égide du droit à un recours juridictionnel effectif. Par ailleurs, ces permissions d'agir sont couvertes par d'autres garanties d'effectivité plus indirectes, mais non moins liées et essentielles, assurées par une protection constitutionnelle plus générale attrayant à l'intelligibilité et l'accès au droit. La justiciabilité bénéficie donc d'une traduction constitutionnelle, au sein du standard de protection qu'elle déploie. Il est possible de remarquer, à cet effet, différentes tendances dégagées progressivement par la jurisprudence, contribuant à montrer les catégories de situations couvertes par ledit article 16. Le recours effectif devant une

¹⁷⁵¹ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *op. cit.*, p. 117. Selon les mots du Doyer VEDEL, la bonne administration de la justice n'est pas une « *notion conceptuelle* », mais une « *notion fonctionnelle* » qui doit, en ce sens, prouver son efficacité concrète au sein de la pratique de la justice, et qu'il revient par ailleurs au législateur de prendre en compte. Voir, VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *op. cit.* ; CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *op. cit.*, pp. 3-17. Le principe de bonne administration de la justice est, par ailleurs, considéré par la Cour EDH comme un principe inhérent à toute société démocratique, occupant « *une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité*. » CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, n° 2689/65, §25. À ce propos, SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 551.

¹⁷⁵² La Cour sanctionne, en effet, les négligences de l'État à garantir cette efficacité, notamment satisfaite par l'instauration de procédures civiles, administratives ou judiciaires accessibles aux justiciables. Par exemple, CEDH, 15 décembre 2009, *Kalender c. Turquie*, n° 4314/02, §5 ; CEDH, Gr. Ch., 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99, §92.

¹⁷⁵³ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁵⁴ HOURQUEBIE (F.), « Où est le standard en matière de droits de procédures ? », *op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁵⁵ BOUCOBZA (I.), « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *op. cit.*

juridiction devient un « droit constitutionnel »¹⁷⁵⁶ dont les garanties sont déterminantes à l'évaluation de l'accès au juge par le droit positif, que le requérant soit un citoyen ou un étranger¹⁷⁵⁷. Il s'agit ainsi de l'illustration la plus pertinente de l'application du principe d'universalité à la garantie des droits¹⁷⁵⁸. Les déclinaisons apportées par la jurisprudence permettent donc de montrer le développement et la diversification des garanties inhérentes à la justiciabilité au sein de la norme fondamentale. Elles se manifestent, d'une part, par le caractère substantiel donné au droit à un recours juridictionnel effectif (1) et, d'autre part, par la jouissance de garanties supplémentaires d'accessibilité et d'intelligibilité au droit, que le législateur se doit de respecter (2).

1. La consécration jurisprudentielle d'un droit substantiel d'accès au juge

267. La reconnaissance tardive d'un droit spécifique et autonome. En tant que principe de valeur constitutionnelle, le droit à un recours juridictionnel effectif a été d'abord apprécié par la Haute juridiction sous l'angle de la bonne administration de la justice, comme une « garantie résultant des principes et des règles de valeur constitutionnelle »¹⁷⁵⁹ — ou encore comme la « garantie effective du droit des intéressés »¹⁷⁶⁰ —, pour ensuite être nommé comme tel dans la décision du 9 avril 1996, *relative à la loi organique portant statut autonome de la Polynésie française*¹⁷⁶¹. L'interprétation faite par le juge constitutionnel de l'article 16 DDHC, aujourd'hui précisée, fait du droit au recours juridictionnel effectif un droit substantiel, dont l'accès au juge est une des composantes dont bénéficie de manière objective à toute personne intéressée¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁶ C'est notamment le qualificatif utilisé par le Conseil d'État, prenant acte de la valeur constitutionnelle conférée au droit à un recours juridictionnel effectif par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Voir par exemple, CE, 28 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, n° 188715, concl. R. SCHWARTZ ; CE, 21 décembre 1998, *Époux Hofmann*, n° 222862 ; CE, 28 juillet 2000, *E. A.*, n° 151068 ; CE, 10 janvier 2001, *Mme Coren*, n° 211878/213462 ; CE sect., 22 avril 2005, *Magerand*, n° 257406.

¹⁷⁵⁷ Le Conseil constitutionnel a précisé l'étendue du champ d'application de ce droit en rappelant la possibilité pour les étrangers d'exercer un recours pour protéger les droits dont ils bénéficient. Voir, CC, n° 93-325 DC, 13 août 1993, *maîtrise de l'immigration*, cons. 3.

¹⁷⁵⁸ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 2, §2, B.

¹⁷⁵⁹ Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 29.

¹⁷⁶⁰ Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 23.

¹⁷⁶¹ Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

¹⁷⁶² Le Conseil tire à ce propos de l'article 16 DDHC, le principe selon lequel « il ne doit pas être porté d'atteinte aux droits des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Voir à ce propos, Cons. const., n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, cons. 37 ; Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 36 ; RENOUX (Th.), DE VILLIERS (M.), MAGNON (X.) (dir.), *Code constitutionnel*, Paris, LexisNexis, coll. Code bleu, 2021, p. 386.

Le Conseil d'État lui a reconnu, par ailleurs, le statut de liberté fondamentale, conditionnant la possibilité de l'invoquer à l'occasion d'un référé-liberté¹⁷⁶³. Avec l'entrée en vigueur de la QPC, l'article 16 de la DDHC entre, en outre, dans la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit¹⁷⁶⁴. La catégorie de titulaire du droit à un recours juridictionnel effectif est volontairement englobée sous l'acception « toute personne » ou « tout individu intéressé » de sorte qu'elle n'est pas réduite à la citoyenneté¹⁷⁶⁵. Par association au principe d'égalité, la Haute juridiction a rappelé que les discriminations apportées par le législateur, quant à l'accès des justiciables à un tribunal, ne pouvaient être fondées que sur des critères objectifs. Ainsi, « il résulte des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 que si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales »¹⁷⁶⁶. En somme, cette valeur, allouée au droit au recours, lui confère la faculté d'être soulevé en tant que tel par tout justiciable comme droit spécifique et autonome. Le Conseil, d'ailleurs, ne tardera pas à consacrer ce statut, qu'il mobilisera dans un considérant de principe, systématiquement repris dans le contrôle de la privation pour le justiciable de voies de recours, énonçant que l'article en question prévoit qu'il ne peut être « porté une atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹⁷⁶⁷. À titre d'illustration, le droit en question a été souvent mobilisé par les requérants pour soutenir la contestation des dispositions relatives à l'état d'urgence, ou, par la suite, concernant les dispositions relatives aux lois de lutte contre le terrorisme¹⁷⁶⁸. Sur plan sémantique, il est aussi à noter le passage du terme « droit au recours

¹⁷⁶³ CE, 13 mars 2006, *Bayrou et a.*, n° 291118.

¹⁷⁶⁴ Cons. const., n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et a.* [*Article 575 du Code de procédure pénale*], cons. 4.

¹⁷⁶⁵ Les étrangers bénéficient, à ce propos, dudit droit. Pour un exemple récent, voir : Cons. const., n° 2018-709 QPC, 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres* [*Délai de recours et de jugement d'une obligation de quitter le territoire notifiée à un étranger*], cons. 4.

¹⁷⁶⁶ Cons. const., n° 2019-827 QPC, 28 février 2020, *M. Gérard F.* [*Conditions de recevabilité d'une demande de réhabilitation judiciaire pour les personnes condamnées à la peine de mort*], cons. 8.

¹⁷⁶⁷ Les mots du juge constitutionnel sont plus précisément les suivants : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Voir notamment, Cons. const., n° 2012-288 QPC, 17 janvier 2013, *Consorts M.* [*Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit*], cons. 4 ; Cons. const., n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R.* [*Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation*], cons. 12 ; Cons. const., n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [*Perquisitions et saisies administratives dans la cadre de l'État d'urgence*], cons. 6 ; Cons. const., n° 2016-541 QPC, 18 mai 2016, *Société Euroshipping Charter Company Inc et autre* [*Visite des navires par les agents des douanes II*], cons. 6 ; Cons. const., n° 2016-606/607 QPC, 24 janvier 2017, *M. Ambed M. et autre* [*Contrôles d'identité sur réquisition du procureur*], cons. 27.

¹⁷⁶⁸ Le Conseil rappelle dans ces décisions récentes que l'article 16 garantit le « droit des intéressés à exercer un recours juridictionnel effectif ». Voir notamment, Cons. const., n° 2017-674 QPC, 1^{er} décembre 2017, *M. Kamel D.*

devant un tribunal »¹⁷⁶⁹ à celui de « droit à un recours juridictionnel effectif »¹⁷⁷⁰ dont la dernière formulation, plus englobante, étend le droit en question à celui de « former une réclamation contentieuse »¹⁷⁷¹, incluant, par exemple, les recours précontentieux.

268. Les situations caractérisées d'« atteintes substantielles ». Une analyse de la jurisprudence constitutionnelle permet d'illustrer les situations caractérisant une « atteinte substantielle » à l'accès au juge en plusieurs catégories de garanties, dégagées au cas par cas par le juge constitutionnel. L'obligation positive de garantir un accès effectif au juge se solde, dans le cas présent, par la sanction de l'incompétence négative du législateur. Selon un contrôle classique de proportionnalité, le juge apprécie la conciliation entre l'éventuelle atteinte aux droits et libertés mis en cause par la disposition législative et le droit au recours juridictionnel, en évaluant, le cas échéant, la précision des modalités d'exercice de recours énoncées par le législateur. Ainsi, le contrôle s'oriente sur un critère de nécessité de l'atteinte aux droits et libertés, dont la limite est celle de pouvoir avoir recours au juge¹⁷⁷². En somme, le juge constitutionnel se contente de vérifier, de manière générale, que le législateur n'a pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles¹⁷⁷³. Schématiquement, les garanties se concentrent sur l'inexistence d'un accès au juge, son caractère inadéquat ou trop restrictif. Constitue dès lors une « atteinte substantielle » l'inexistence de recours permettant la

[*Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion*], cons. 18 ; Cons. const., n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, M. Farouk B. [*Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme*], cons. 13. C'est également l'occasion pour le Conseil de préciser le champ d'application dudit droit au recours. À ce sujet, ce dernier a pu rappeler que le placement sous écrou extraditionnel sans durée maximale ne doit pas priver l'individu intéressé de saisir l'autorité judiciaire, sans quoi la liberté individuelle ne saurait être sauvegardée. Voir, Cons. const., n° 2016-561/562 QPC, 9 septembre 2016, M. Mukhtar A. [*Écrou extraditionnel*], cons. 21.

¹⁷⁶⁹ Cons. const., n° 2013-288 QPC, 17 janvier 2013, Consorts M. [*Qualité pour agir en nullité d'un acte pour insanité d'esprit*], cons. 6.

¹⁷⁷⁰ Par exemple, Cons. const., n° 2013-675 DC, 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 15 ; Cons. const., n° 2014-419 QPC, 8 octobre 2014, *Société Praxair SAS* ([*Contribution au service public de l'électricité*], cons. 11).

¹⁷⁷¹ Cons. const., n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, M. Gabor R. [*Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation*], cons. 14.

¹⁷⁷² Dans une QPC du 16 février 2018, le Conseil énonce, en ce sens, que la possibilité de voies de recours en référé et en excès de pouvoir contre des mesures d'assignation à résidence suffit à assurer l'effectivité du droit au recours au regard des atteintes aux droits et libertés générées par la mesure. En l'espèce, le législateur « a à la fois strictement borné le champ d'application de la mesure qu'il a instaurée et apporté les garanties nécessaires, a assuré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée, le droit de mener une vie familiale normale et le droit à un recours juridictionnel effectif ». Cons. const., n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, M. Farouk B. [*Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme*], cons. 20.

¹⁷⁷³ Voir, sur ce sujet : VIDAL-NAQUET (A.), *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2007, 672 p.

contestation d'un droit¹⁷⁷⁴. Est également sanctionné le défaut d'information concernant, d'une part l'existence d'un recours¹⁷⁷⁵ et, d'autre part, la notification de mesures faisant grief¹⁷⁷⁶ ne permettant pas *de facto* à la personne concernée de contester ces mesures. De plus, l'absence de recours « approprié »¹⁷⁷⁷ incombant au législateur et, enfin, toute entrave procédurale¹⁷⁷⁸ sont prises en compte.

¹⁷⁷⁴ Il s'agit notamment du cas où le législateur prive un propriétaire du droit à intenter un recours. Cons. const., n° 2011-208 QPC, 13 janvier 2013, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane]*, cons. 6. Dans le contexte de l'état d'urgence, le juge a par ailleurs considéré la destruction de biens saisis lors d'une enquête lorsque ceux-ci ne sont plus utiles « à la manifestation de la vérité » ou qu'ils soient reconnus comme dangereux et illicites au regard de la loi soit insusceptible de recours est contraire à l'article 16 DDHC. Ce dernier veille, selon ce principe, à ce que les garanties fournies par le droit à un recours juridictionnel effectif permettent qu'une personne puisse « exercer son droit de former une réclamation contentieuse ». Cons. const., n° 2015-503 QPC, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, cons. 14. Dans sa décision relative à la loi sur le renseignement, il a rappelé, d'une autre manière, que l'autorisation par le Premier ministre de recours à certaines techniques de police administrative, après avis de la Commission nationale des techniques de renseignement, ne doivent pas priver les personnes d'un recours juridictionnel. Voir, Cons. const., n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 20. Dans la même logique, voir : Cons. const., n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autres [Conditions d'incarcération des détenus]*, cons. 13.

¹⁷⁷⁵ Cons. const., n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et a. [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2011-208 QPC, 13 janvier 2013, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane]*, cons. 6. Le législateur a par exemple été sanctionné à cet égard pour « l'absence de garanties légales » octroyées à des propriétaires d'être avisés de la possibilité d'une contestation juridictionnelle d'une décision du Procureur de la République de destruction de biens saisis. Voir en ce sens, Cons. const., n° 2014-390 QPC, 11 avril 2014, *M. Antoine H. [Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République]*, cons. 5. Cette même solution quant à l'information d'un délai pour agir en justice : Cons. const., n° 2014-406 QPC, *M. Frank I. [Transfert de propriété à l'État des biens placés sous main de justice]*, cons. 12 ; Cons. const., 2014-693 DC, 25 mars 2014, *La relative à la géolocalisation*, cons. 22 et 23 ; Cons. const., 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, *Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État]*, cons. 9.

¹⁷⁷⁶ Cons. const., n° 2010-90 QPC, 21 janvier 2011, *M. Jean-Claude C. [Responsabilité solidaire des dirigeants pour les paiements d'une amende fiscale]*, cons. 6 ; Cons. const., n° 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, *Société Gecop [Solidarité financière du donneur d'ordre aux paiements des sommes dues par son cocontractant ou un sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection sociale en cas de travail dissimulé]*, cons. 14. C'est sous ce principe que le juge constitutionnel a fini par reconnaître « un véritable droit à notification d'une décision assortie d'un délai de forclusion pour agir ». (RENOUX (Th.), DE VILLIERS (M.), MAGNON (X.) (dir.), *Code constitutionnel, op. cit.*, p. 389). Voir, Cons. const., n° 2014-406 QPC, 9 juillet 2014, *M. Frank I. [Transfert de propriété à l'État des biens placés sous main de justice]*, cons. 12 ; Cons. const., n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, cons. 14 et 15 ; Cons. const., n° 2019-777 QPC, 19 avril 2019, *M. Bouchaïd S. [caducité de la requête introductive d'instance en l'absence de production des pièces nécessaires au jugement]*, cons. 8.

¹⁷⁷⁷ L'expression a été employée comme telle par le juge constitutionnel relativement au cas éventuel de désaccord sur le montant de l'indemnité d'un propriétaire concernant une expropriation pour utilité publique. Voir, Cons. const., n° 2013-342 QPC, *SCI de la Perrière Neuve et a. [Effets de l'ordonnance d'expropriation sur les droits réels ou personnels existant sur les immeubles expropriés]*, cons. 4. Ce dernier a également énoncé qu'un justiciable doit pouvoir contester une décision « devant la juridiction compétente » : Cons. const., n° 2013-675 DC, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 40. Sur le défaut d'adéquation du recours, voir également, Cons. const., n° 2013-350 QPC, *Commune du Pré-Saint-Gervais [Mise en œuvre de l'action publique en cas d'injure ou de diffamation publique envers un corps constitué]*, cons. 7 ; Cons. const., n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016, *Section française de l'observatoire international des prisons [Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire]*, cons. 12 à 14.

¹⁷⁷⁸ Cons. const., n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 20 ; Cons. const., n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, cons. 14. La brièveté du délai pour ester en justice peut également former un motif d'atteinte substantielle à l'accès effectif au recours, notamment concernant un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire. Voir, Cons. const., n° 2018-709 QPC, 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres [Délai de recours et de jugement d'une obligation de quitter le territoire notifiée à un étranger]*, cons. 8 et 9.

269. Les restrictions autorisées à l'accès au juge. Il est intéressant de constater que le juge se base sur un référentiel d'efficience pour apprécier d'une « atteinte substantielle ». Outre l'observation de la privation de toute procédure juridictionnelle, deux catégories d'atteintes dites « non-substantielles » peuvent être remarquées. Il s'agit, en premier lieu, des cas d'existence d'autres voies de recours propices à satisfaire la demande du justiciable et, en second lieu, de restrictions procédurales justifiées selon un principe de proportionnalité. L'existence d'autres voies de recours se décuple en deux cas de figure. Elle comprend, soit l'existence d'un recours subséquent¹⁷⁷⁹, en prenant notamment la forme d'un recours en responsabilité envers l'État¹⁷⁸⁰, soit la présence de recours parallèles¹⁷⁸¹. La question des restrictions proportionnées au droit d'accès au juge se découpe, elle aussi, en plusieurs hypothèses. Elle comprend, tout d'abord, la subordination d'une demande de requête au versement d'une somme d'argent ou à la communication de documents¹⁷⁸². Plus classiquement, elle renvoie ensuite à la nécessaire conciliation du droit d'accès au recours avec d'autres droits et libertés constitutionnellement

¹⁷⁷⁹ Voir à ce propos, RENOUX (Th.), DE VILLIERS (M.), MAGNON (X.) (dir.), *Code constitutionnel*, op. cit., p. 404. Par exemple, Cons. const., n° 2012-247 QPC, 16 mai 2012, *Consorts L.* [*Ordonnance d'expropriation pour cause d'utilité publique*], cons. 7 ; Cons. const., n° 2012-275 QPC, 28 septembre 2012, *Consorts J.* [*Obligation de statuer sur le montant de l'indemnité indépendamment des contestations*], cons. 6 ; Cons. const., 2013-316 QPC, 24 mai 2013, *SCI Pascal et a.* [*Limite du domaine public maritime naturel*], cons. 4 et 8.

¹⁷⁸⁰ Cette solution a notamment été retenue par le juge concernant les mesures administratives d'application de l'État d'urgence. Voir par exemple, Cons. const., n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* [*Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'État d'urgence*], con. 14.

¹⁷⁸¹ Cette hypothèse concerne notamment les cas de figure où une demande liberté est intentée comme substitut du droit d'appel. Cons. const., n° 2011-153 QPC, 13 juillet 2011, *M. Samir A.* [*Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention*], cons. 5. Il demeure ainsi conforme à la Constitution toute restriction du droit d'appel contre des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention dès lors que le législateur a prévu « d'autres moyens de procédure lui permettant de contester utilement et dans des délais appropriés les dispositions qu'elles contiennent ». Voir aussi, Cons. const., n° 2011-168 QPC, 30 septembre 2011, *M. Samir A.* [*Maintien en détention lors de la correctionnalisation en cours d'instruction*], cons. 4 et 6. Une autre hypothèse est celle de la possibilité de recours par voie d'action et d'exception. Ainsi, faute de recours immédiat par voie d'action, il a été jugé que, lorsqu'une entreprise a fait l'objet d'une enquête pour pratique anti-concurrentielle, avec prononciation éventuelle d'astreintes ou de sanctions, la légalité des demandes d'informations peut toutefois faire l'objet d'un recours par voie d'exception. Voir, Cons. const., n° 2016-552 QPC, 8 juillet 2016, *Société Brennstag* [*Droit de communication des documents des agents des services d'instruction de l'autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie*], cons. 9.

¹⁷⁸² Il s'agit ici du cas des recours en contestation d'un refus par le ministère public d'une requête en exonération, à la suite d'une demande de contestation d'une amende forfaitaire. Cons. const., n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010, *M. Jean-Yves G.* [*Amende forfaitaire et droit au recours juridictionnel, le droit à un procès équitable*], cons. 2 et 3. La Cour EDH s'est ensuite exprimée sur ce cas en arguant que la contestation d'une amende par les requérants devait faire l'objet d'une réponse motivée de la part du ministère public en cas de refus, faute de quoi il y aurait une atteinte à l'article 6§1 de la Convention, en raison du fait que les requérants ne pourraient bénéficier d'un recours et afin de soumettre les arguments relatifs au bien-fondé de leur demande. Voir, CEDH, 8 mars 2012, *Cadène c. France*, n° 12039/08 ; CEDH, 8 mars 2012, *Cécile c. France*, n° 14177/09. Le Conseil s'est prononcé à nouveau en ce sens sur cette question : Cons. Const., n° 2015-467 QPC, *M. Mohamed D.* [*Réclamation contre l'amende forfaitaire majorée*], cons. 4 et 7.

garantis¹⁷⁸³, ou à la restriction de ce droit pour motif d'intérêt général¹⁷⁸⁴. Outre l'exigence de l'existence d'une voie de recours, c'est bien alors en termes de degré d'effectivité que le juge raisonne pour apprécier le caractère substantiel de l'atteinte, posant comme exigence *a minima* la possibilité de contestation devant un juge.

2. La complémentarité du principe d'accessibilité et intelligibilité de la loi

270. Connaître le droit pour pouvoir le contester. Les exigences relatives à l'aménagement des recours sont construites sur des fondations se voulant propices à l'émancipation de la situation du justiciable. L'idée première est simple : « Comment, en premier lieu, le justiciable pourrait-il facilement s'adresser à la justice quand, dans la plupart des cas, il n'en connaît aucune règle ni aucun mécanisme ? »¹⁷⁸⁵ En cela, certains principes, comme celui du principe d'accessibilité et d'intelligibilité du droit imposé au législateur¹⁷⁸⁶, permettent de s'assurer que les titulaires de droits puissent effectivement user des procédures établies par

¹⁷⁸³ Certaines QPC rendues à l'occasion du contrôle des dispositions législatives relatives à l'état d'urgence ont été, par exemple, l'occasion pour le juge d'opérer ce genre de conciliation. La confrontation desdites dispositions avec l'objectif de valeur constitutionnelle de préservation de l'ordre public a abouti, notamment, à ce qu'une atteinte au droit au recours soit reconnue comme disproportionnée, dès lors que la destruction de biens saisis lors d'une enquête lorsque ceux-ci ne sont plus utiles « à la manifestation de la vérité » ou qu'ils sont reconnus comme dangereux et illicites au regard de la loi est insusceptible de recours. Voir, Cons. const., n° 2014-390 QPC, 11 avril 2014, *M. Antoine H. [Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République]*, cons. 4 et 5. En revanche, l'atteinte au droit au recours et au respect de la vie privée pour ces motifs a été écartée lorsque le législateur a prévu une obligation de motivation de mesure de saisies des données informatiques et l'autorisation préalable du juge pour l'exploitation de celles-ci (Cons. const., n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*, cons. 13). Le juge constitutionnel a en revanche estimé que l'absence de procédure contradictoire préalable à une décision administrative d'interdiction de sortie du territoire ne pourrait porter atteinte au droit au recours et à la liberté d'aller et de venir au regard de la nécessité de prévention des atteintes à l'ordre public en ce que le législateur a prévu, postérieurement la décision, la possibilité de saisir le juge de l'excès de pouvoir ou celui des référés. Voir, Cons. const., n° 2015-490 QPC, 14 octobre 2015, *M. Omar K. [Interdiction administrative de sortie du territoire]*, cons. 9. Selon ces mêmes motifs, ce dernier a également refusé de reconnaître l'incompétence négative du législateur au sujet des décisions administratives aux fermetures provisoires ou aux interdictions de réunions (Cons. const., n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme [Police des réunions et des lieux publics dans le cadre de l'État d'urgence]*, cons. 2 et 14).

¹⁷⁸⁴ Aux termes des motifs d'intérêt général, justifiant des restrictions proportionnées au droit à un recours juridictionnel effectif, figurent, par exemple, l'objectif de lutte contre la fraude fiscale (Cons. const., n° 2010-19/27 QPC, *Époux P. et a. [Perquisition fiscale I]*, cons. 17 et 18), l'objectif de sécurité juridique (Cons. const., n° 2011-138 QPC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry [Recours des associations]* ; Cons. const., n° 2017-672 QPC, 10 novembre 2017, *Association Entre Seine et Brotonne et autre [Action en démolition d'un ouvrage édifié conformément à un permis de construire]*, cons. 5), ou encore la préservation contre les recours abusifs (*Ibid.*, cons. 8). Constitue néanmoins un motif disproportionné la prononciation de la caducité d'une audience pour non-obéissance à une obligation d'intérêt général de comparaître par un accusé en fuite, privant ce dernier du droit de voir son affaire rejugée. Voir, Cons. const., 2014-403 QPC, 13 juin 2014, *M. Laurent L. [Caducité de l'appel de l'accusé en fuite]*, cons. 5 et 6.

¹⁷⁸⁵ ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *op. cit.*, p. 118.

¹⁷⁸⁶ On remarque, à ce titre, que la Cour EDH n'utilise pas le terme « État » pour désigner le titulaire de cette obligation, mais plus précisément le législateur national. Voir, LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 242.

l'ordre juridique. Plus simplement, l'accès effectif à la justice n'est possible que par une connaissance et une bonne compréhension des normes par leurs destinataires¹⁷⁸⁷. C'est précisément dans cette logique que le Conseil constitutionnel a déclaré que « la garantie des droits » requise par son article 16 pourrait ne pas être effective si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »¹⁷⁸⁸. Préalablement, les faits montrent une augmentation des recours, sur le plan qualitatif par l'élargissement progressif des domaines couverts et, sur le plan quantitatif, par l'augmentation statistique du nombre de requêtes¹⁷⁸⁹. Cette propagation est également synonyme d'éparpillement et de difficulté pour les justiciables. « La complexité des procédures et du langage juridique constitue une barrière entre les justiciables et la justice, alors même que le principe d'accessibilité et d'intelligibilité du droit est désormais un objectif de valeur constitutionnelle »¹⁷⁹⁰. Il s'agit là, autrement dit, d'une nécessité impérieuse, au nom de la garantie des droits, permettant en même temps au Conseil constitutionnel de renforcer sa position en posant une exigence de qualité de la loi qui ne peut être que légitimement approuvée. À côté de l'ancien principe de clarté de la loi, que la Haute juridiction faisait découler de l'article 34 de la Constitution, le principe d'accessibilité et d'intelligibilité¹⁷⁹¹, fondé quant à lui sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC, est bien un objectif de valeur constitutionnelle visant à « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »¹⁷⁹². Il impose ainsi au législateur l'adoption

¹⁷⁸⁷ Voir par exemple, Cons. const., n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption législative de certains codes*, cons. 13 ; Cons. const., n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 9.

¹⁷⁸⁸ Cons. const., n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cons. 13.

¹⁷⁸⁹ Rapport AN, *Refaire la démocratie*, Présenté par MM. Claude BARTOLONE et Michel WINOCK, 2 octobre 2015, p. 120.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 122. Dans un rapport public de 2006, le Conseil d'État a également affirmé la menace pour l'État de droit que pourrait présenter cette complexification croissante du droit, ajoutée à la technicité du discours juridique. Voir, CE, Rapport public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, coll. EDCE, 2006, n° 57, p. 233.

¹⁷⁹¹ Pour plus de précisions, voir : BENEZECH (L.), « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur 20 ans d'existence », *RFDC*, 2020, n° 123, p. 541.

¹⁷⁹² Voir notamment, Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 10 ; Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 13 ; Cons. const., n° 2016-737 DC, 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, cons. 15 ; Cons. const., n° 2018-772 DC, 15 novembre 2018, *Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique*, cons. 37.

de « dispositions suffisamment claires, précises et des formules non équivoques »¹⁷⁹³ et ne comportant pas dispositions contradictoires¹⁷⁹⁴. De leur côté, le Conseil d'État et la Cour de cassation, malgré quelques variations terminologiques¹⁷⁹⁵, l'ont également reconnu explicitement¹⁷⁹⁶. Le contrôle du juge s'exerce autrement dit par l'appréciation de la « non-complexité excessive » d'une disposition législative¹⁷⁹⁷. À défaut, n'importe quelle voie de recours ne se réduirait qu'à une procédure condamnée à l'ignorance. Cette « obligation positive » de l'État¹⁷⁹⁸ s'avère donc particulièrement importante à la concrétisation de l'exercice des droits et libertés¹⁷⁹⁹. Pour satisfaire à cette exigence, les recours juridictionnels sont donc primordiaux, voire indispensables¹⁸⁰⁰.

271. Accéder au droit pour pouvoir le contester. Le principe d'accessibilité et d'intelligibilité du droit n'est pas « en lui-même » invocable à l'appui d'une QPC¹⁸⁰¹, mais il peut en revanche l'être au soutien d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantie selon les termes de l'article 61-1 de la Constitution¹⁸⁰². Il est d'ailleurs intéressant de remarquer le

¹⁷⁹³ Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français*, cons. 14. Voir à ce propos, FLÜCKINGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 21. Disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/le-principe-de-clarte-de-la-loi-ou-l-ambiguite-d-un-ideal.50557.html>.

¹⁷⁹⁴ Cons. const., n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 84.

¹⁷⁹⁵ Concernant le Conseil, il a pu être remarqué diverses variantes telles que le « principe d'accessibilité et d'intelligibilité du droit » (CE, 18 octobre 2002, n° 242896 ; CE, 30 janvier 2019, n° 401681 ; CE, 17 juin 2019, n° 400192), « de la norme juridique » (CE, 18 février 2004, n° 251016 ; CE, ord., 14 avril 2015, n° 388776), « des normes juridiques » (CE, 5 mai 2011, n° 337251 ; CE, ord., 15 décembre 2011, n° 354199), ou encore « de la norme » (CE, Ass, 24 mars 2006, n° 288460 ; CE, 18 septembre 2019, n° 410738). La Cour de cassation, quant à elle, s'en tient à la formule autorisée à l'exception d'une fois, où celle-ci mobilisa le « droit à l'intelligibilité et à la prévisibilité de la règle de droit » (Cass. com., 7 octobre 2014, n° 1216844).

¹⁷⁹⁶ CE, 18 octobre 2002, n° 242896 ; CE, 28 novembre 2003, n° 252913 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 2004, n° 0117354 ; Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2005, n° 0316526 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, n° 0319820.

¹⁷⁹⁷ DEUMIER (P.), « Qualité de la loi : le retour », *RTDciv.*, 2017, n° 3, p. 593. Voir aussi, Cons. const., n° 2014-706 DC, 18 décembre 2014, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2015*, cons. 7.

¹⁷⁹⁸ MILANO (L.), « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP*, 2006, n° 3, spéc. pp. 647 et 649. Voir également, SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 240-247.

¹⁷⁹⁹ JENNEQUIN (A.), « L'intelligibilité de la norme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *RFD-A*, 2009, n° 5, p. 914. Pour une synthèse sur la question, voir : RRAPI (P.), *L'accessibilité et intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, spéc. pp. 65-68.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 65.

¹⁸⁰¹ Voir par exemple, Cons. const., n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, *M. Alain C. et autre [Indemnité temporaire de retraite outre-mer]*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2011-175 QPC, 7 octobre 2011, *Société TRAVAUX INDUSTRIELS MARITIMES ET TERRESTRES et autres [Contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante]*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2012-277 QPC, 5 octobre 2012, *Syndicat des transports d'Île-de-France [Rémunération du transfert de matériels roulants de la Société du Grand Paris au Syndicat des transports d'Île-de-France]*, cons. 7.

¹⁸⁰² Cons. const., n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, *M. Christian S. [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle]*, cons. 12. Concernant la jurisprudence des Cours suprêmes, voir notamment : CE, 25 juillet 2019, n° 403770 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2018, n° 1740066.

succès paradoxal que connaît ce principe en QPC, tout en considérant les limites propres à son invocabilité¹⁸⁰³. Sous l'influence supplémentaire du droit européen se dessine, comme le démontre la professeure FRISON-ROCHE, le passage d'un accès formel au juge à un accès substantiel¹⁸⁰⁴. Autrement dit, la présence de procédures juridictionnelles ne suffit pas ; encore faut-il que celles-ci soient effectivement à la disposition des justiciables et sans obstacle¹⁸⁰⁵. Sur le plan de l'accessibilité, la Cour EDH énonce par exemple, en vertu de l'article 6§1, que la complexité des modalités d'exercice d'un recours peut être sanctionnée au motif qu'elle constitue un obstacle à l'accès au juge¹⁸⁰⁶. Elle argue, en outre, que « l'effectivité du droit d'accès demande qu'un individu jouisse d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits »¹⁸⁰⁷. Aussi a-t-elle jugé, notamment, que la complexité des modalités procédurales pouvait être retenue à l'avantage d'un requérant dont la requête avait été refusée¹⁸⁰⁸. La Cour de Justice de l'Union européenne adopte d'ailleurs un point de vue similaire en considérant que cette garantie exige « une base légale, la clarté, la prévisibilité, l'accessibilité et la protection contre l'arbitraire »¹⁸⁰⁹. Cette préservation contre l'arbitraire fait d'ailleurs de l'accessibilité et de l'intelligibilité un impératif démocratique en se présentant comme une forme de garantie des droits inhérente à la démocratie.

¹⁸⁰³ Comme le fait remarquer justement Ludovic BENEZECH, « depuis 2010, près de 170 décisions ont été rendues par le Conseil d'État sur ce fondement alors même que, paradoxalement, une telle exigence ne peut être mobilisée en principe à l'appui d'une QPC. Il faut sans doute y voir la manifestation de l'engouement contentieux qu'a suscité la QPC et à travers laquelle les parties n'hésitent parfois plus à surexploiter les arguments tirés de la violation des "droits et libertés que la Constitution garantit" ». BENEZECH (L.), « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur 20 ans d'existence », *op. cit.*, p. 545.

¹⁸⁰⁴ FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principe et intendances dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP G*, 1997, n° 40, I, p. 407.

¹⁸⁰⁵ Cette tendance s'explique notamment par la grille de lecture pragmatique de la Cour EDH des droits fondamentaux ; « [...] c'est pourquoi le droit européen est tout à la fois archaïque et puissant, car le droit est rendu substantiel par le fait qu'il constitue. Dès lors, le seul principe qui vaut, c'est l'accès affectif au droit et au juge, et non pas l'affirmation éthérée d'un droit formel d'accès. » FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principe et intendances dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *op. cit.*, p. 407.

¹⁸⁰⁶ CEDH, 16 décembre 1992, *Geoffroy de la Pradelle c. France*, n° 12964/87 ; *Recueil Dalloz*, 1993, II, p. 561, note BENOIT-ROHMER (F.).

¹⁸⁰⁷ CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, n° 23805/94, §36, *JCP*, 1996, I, p. 3910, note SUDRE (F.).

¹⁸⁰⁸ CEDH, 15 janvier 2009, *Guillard c. France*, n° 24488/04, §49. En l'espèce, le Conseil d'État a jugé que le requérant s'était désisté d'office de sa requête en annulation en ce qu'il n'avait pas présenté le mémoire complémentaire qu'il avait annoncé (voir, CE, 13 février 2004, *Guillard*, n° 241093). Ce dernier s'était réservé le droit de présenter un mémoire ultérieurement en cas de besoin. Saisie par le requérant, la CEDH considère qu'il n'a pas manifesté l'intention de produire un mémoire complémentaire ou ampliatif puisqu'il n'était pas en mesure de connaître toutes les implications procédurales d'une formule qu'il pensait d'usage. En conclusion, la Cour est d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, le requérant s'est vu imposer une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et, d'autre part, le droit d'accès au juge. Voir aussi, CEDH, 25 mai 2004, *Kadlec c. République tchèque*, n° 4978/99, § 23-30 ; CEDH, 26 juin 2007, *Walchli c. France*, 35787/03, §36.

¹⁸⁰⁹ CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, aff. C-528/15, §40.

272. Ainsi, cette exigence est un support supplémentaire liant l'accès au droit et l'accès au juge et visant à renforcer l'effectivité de la protection des droits fondamentaux dont doivent jouir les justiciables.

273. En mettant en lumière un ensemble d'obligations imposées aux pouvoirs publics, elle contribue à parfaire l'association entre la démocratie et les impératifs liés à l'État de droit ; d'abord, en tant que principe normatif, mais aussi comme « caution idéologique »¹⁸¹⁰. Par extension, ce standard procédural vient confirmer, par la description du droit positif, l'indispensable implication de la justiciabilité pour la démocratie constitutionnelle. « Nul ne saurait en effet s'opposer à l'impérieuse nécessité de rendre la norme plus accessible, plus compréhensible aux autorités, aux justiciables et aux citoyens »¹⁸¹¹.

¹⁸¹⁰ WACHSMANN (P.), « Sur la clarté de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 826.

¹⁸¹¹ BENEZECH (L.), « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur 20 ans d'existence », *op. cit.*, p. 563.

SECTION 2. UNE PERMISSION D'AGIR POUR LES TITULAIRES DE DROITS

275. L'entreprise d'identification d'un concept juridique de justiciabilité amène intuitivement à rechercher quels individus sont susceptibles de revendiquer quels droits en justice. Autrement dit, il s'agit de se demander quelle est l'identité juridique du justiciable. Il se présente alors la nécessité d'un détour terminologique. À première vue, la justiciabilité se révèle relativement abstraite et procédurale. La recherche d'une définition « officielle » dans le droit positif aboutit au constat d'une insuffisance en raison d'une trop grande généralité de sens. Cette abstraction permet, néanmoins, de démontrer que la justiciabilité est par principe « dépolitisée », en ce qu'elle dépasse les catégories existantes, par exemple fondées sur la nationalité, pour se référer à un statut plus objectif. De la sorte, une première investigation, par induction, permet d'associer le justiciable à la titularité de droits. L'appréhension du concept de titulaire de droit revient à se cantonner au champ du sujet de droit, parmi lequel se distinguent ceux bénéficiant d'une protection dans leurs droits, de ceux devant assurer cette protection et, enfin, de ceux pouvant en solliciter la sanction en cas d'atteinte¹⁸¹². Le titulaire de droits est alors considéré comme sujet de droit, destinataire de droits fondamentaux, habilité à en revendiquer le respect devant un organe de contrôle. Cette habilitation à saisir le juge est le point d'ancrage de l'assimilation entre justiciabilité et titularité. Plus simplement, le justiciable est un titulaire de droit. Cette première prémisse est secondée par l'affirmation selon laquelle les droits fondamentaux prennent la forme de permissions d'agir¹⁸¹³ pour lesdits titulaires. De cette manière, ils offrent à l'individu la faculté d'exercice d'un certain champ de comportements¹⁸¹⁴, générant par là même l'habilitation à se prévaloir des procédures de contrôle¹⁸¹⁵. Ces deux aspects, inhérents à la justiciabilité, doivent être mobilisés comme instrument d'analyse du droit positif afin de montrer *in fine* le caractère objectif du statut de justiciable. Identifier des justiciables en droit positif c'est ainsi, dans un premier temps, identifier des titulaires de droits (§ 1). Or, si la titularité permet de saisir le juge, celle-ci ne suffit pas, en

¹⁸¹² BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, Lextenso, coll. Cours, 6^e éd., 2020, p. 188.

¹⁸¹³ L'étude des normes permissives renvoie à de nombreux débats en théorie du droit qui ne sont pas abordés ici en ce que l'emploi du terme de « permission d'agir » sert de choix définitionnel. Nous renvoyons aux études déjà menées dans le domaine. Voir notamment, TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 813 p. ; GROULIER (C.), *Norme permissive et droit public*, Thèse en droit public, Université de Limoges, 2006, spéc. pp. 36-76 ; GROULIER (C.), « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *Droits*, 2009, n° 50, pp. 247-262 ; FEVRIER (J.-M.), « Remarques sur la notion de norme permissive », *Recueil Dalloz*, 1998, chron., pp. 271-274.

¹⁸¹⁴ Voir en ce sens, GROULIER (C.), *Norme permissive et droit public*, Thèse en droit public, Université de Limoges, 2006, spéc. pp. 68-84.

¹⁸¹⁵ TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 127.

elle-même, à susciter concrètement son contrôle. Le déclenchement de la procédure juridictionnelle nécessite, dans un second temps, de justifier pour le justiciable du bien-fondé de sa démarche d'accéder au juge (§ 2). Malgré toutes les garanties procédurales mises à sa disposition, le titulaire de droits, en prenant le statut de justiciable, doit argumenter du bien-fondé de sa revendication.

§ 1. L'identification du titulaire justiciable

276. « On ne peut penser les droits de l'homme qu'à partir du moment où l'on postule que l'homme est un sujet de droit, doté de la capacité d'avoir des droits et de s'en prévaloir face au pouvoir »¹⁸¹⁶. L'appréciation moderne de l'universalité des droits fondamentaux, prenant pour référentiel la personne humaine sujet de droit, donne au statut de justiciable une objectivité de principe¹⁸¹⁷. Ces justiciables sont, en effet, et avant tout, des sujets de droits fondamentaux. La titularité se traduit alors, quant à elle, par la capacité à pouvoir revendiquer lesdits droits en justice. La justiciabilité prend forme autour d'un ensemble de phénomènes juridiques. Abordée par exemple sous le prisme du libéralisme politique, celle-ci peut être considérée comme ayant pour effet de donner la faculté à l'individu de s'opposer au pouvoir. D'une autre manière, cet angle d'approche peut s'objectiver en assimilant la justiciabilité à une faculté pour un individu, identifié comme titulaire, de corriger la concrétisation des normes générales émises par les organes de l'État. L'identification d'un titulaire de droit est, en somme, la condition première pour caractériser le justiciable. La faculté de contestation juridictionnelle est conditionnée par la titularité, qui implique plus concrètement un ensemble de conditions déterminant l'habilitation pour un individu sujet de droit à déclencher une procédure juridictionnelle. À partir de là, l'observation du droit positif permet de constater, d'une part, que l'utilisation du terme « justiciable » se fait par principe selon une approche objective (A). Nulle précision n'est par exemple faite quant au statut politique (citoyen ou non-citoyen) de l'individu intervenant en justice. D'autre part, il est nécessaire de considérer que la justiciabilité est en quelque sorte « provoquée » en raison du fait qu'elle est déclenchée par la prétention à la violation d'un droit. Le titulaire justiciable peut dès lors être authentifié sous une autre qualification juridique, en l'assimilant au statut de « victime » (B).

A. Une objectivité de principe

277. « Le fait d'interdire à quiconque de se faire justice soi-même a pour corollaire indispensable la faculté reconnue à tous, sans discrimination d'aucune sorte, de saisir les

¹⁸¹⁶ LOCHAK (D.), « Mutation des droits de l'homme et mutation du droit », *RIEJ*, 1984, n° 13, p. 55

¹⁸¹⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §2, A.

tribunaux en vue d'obtenir justice »¹⁸¹⁸. De ce fondement à la fois logique et historique¹⁸¹⁹ découle l'affirmation première de l'objectivité principielle de la justiciabilité. Partant de là, la confrontation du concept de justiciabilité à notre droit positif s'avère nécessaire pour démontrer son opérationnalité. Or, elle reste insuffisante pour en cerner véritablement les contours, car il ne figure, en effet, aucune définition légale¹⁸²⁰, précise et énoncée comme telle. Le seul phénomène remarquable est pourtant celui des différentes occurrences du terme « justiciable ». L'entrée en vigueur de la QPC en 2010, ainsi que sa forte médiatisation, en ont d'ailleurs fourni un exemple éloquent. Comme le remarque, en effet, la professeure LEVADE, l'héritage des propositions formulées dans le Comité Balladur, reprises à l'article 61-1 de la Constitution, fait que la QPC « est, à juste titre, un droit du justiciable, mais, pour être plus “vendeur”, on l'a présentée comme un droit du “citoyen”. C'est absurde à plus d'un titre. Et d'abord parce que, en France, la citoyenneté est conditionnée par la nationalité ce qui n'est évidemment pas le cas de la justiciabilité. Et, en effet, la QPC n'est pas réservée au citoyen »¹⁸²¹. Là est son objectivité de principe, la justiciable n'exigeant aucune référence à statut précis pour le requérant. Ainsi paraît-il plus pertinent de résonner en termes de titularité des droits, laquelle demeure le repère le plus objectif et systémique pour apprécier la justiciabilité au regard du droit positif. La démarche consiste, dans un premier temps, à montrer que le terme de justiciable est mobilisé de manière générique dans le droit positif (1) pour, dans un second temps, l'assimiler à un concept « voisin » pour en préciser les contours. L'analyse de la justiciabilité à l'aune de la protection des droits fondamentaux permet ainsi de réduire le statut de justiciable à celui de titulaire de droits (2).

1. Un terme générique au regard du droit positif

278. Une généralité de sens conventionnellement admise. La proposition d'associer le justiciable à tout titulaire de droits fondamentaux découle du constat d'une pluralité de termes abstraits ne précisant pas l'identité des sujets concernés¹⁸²². Plus exactement, une analyse

¹⁸¹⁸ SOLUS (H.), PERROT (R.), *Droit judiciaire privé. Introduction, notions fondamentales et organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961, t. 1, p. 263.

¹⁸¹⁹ Voir, *supra.*, Partie 1, Titre 2, Chap. 1, Section 1, §1.

¹⁸²⁰ Nous entendons ici « légal » au sens le plus large, en faisant référence à l'ensemble du droit positif.

¹⁸²¹ LEVADE (A.), « Transcription de la table ronde de la VIIe journée d'études de la commission de la jeune recherche en droit constitutionnel sur le thème de la culture constitutionnelle du peuple », *RFDC*, 2020, n° 123, p. 637.

¹⁸²² Une illustration opportune de cette vision se remarque, par exemple, dans le langage institutionnel. En témoigne notamment le communiqué de presse publié par la CNCDH (Commission nationale consultative des

lexicographique des textes et de la jurisprudence amène à retenir une définition commune, selon laquelle le justiciable peut se résumer, par déduction, comme « celui qui est engagé devant un procès devant une juridiction »¹⁸²³ ou qui est susceptible d'y prétendre. La démarche déductive montre ainsi ces limites.

279. Il est possible de postuler que l'absence de précision de cette définition provient du fait que le justiciable y est caractérisé selon l'inspiration du langage commun. À ce titre, elle évoque de manière abstraite une situation de fait — celle d'être impliqué dans une procédure juridictionnelle — qui est la conséquence de la mise en œuvre de certains mécanismes juridiques. Par extension, enfin, elle peut également trouver une concrétisation dans la notion de « parties » à un litige, même si celle-ci ne bénéficie pas non plus ni d'une définition positive précise ni d'un consensus au sein de la doctrine¹⁸²⁴. En tant que liée au concept de justiciabilité, elle peut ici se résumer à l'ensemble des « personnes qui ont pris l'initiative d'exercer l'action en justice, en élevant une prétention à leur profit, ou contre lesquelles l'acte introductif d'instance a été dirigé »¹⁸²⁵.

280. Les exemples issus du droit positif. Sur le plan constitutionnel, la seule mention faite est celle de l'article 65 de la Constitution au sujet de la saisine du Conseil supérieur de la magistrature¹⁸²⁶. Les quelques références législatives et réglementaires ne sont pas non plus satisfaisantes¹⁸²⁷. L'entrée en vigueur de la QPC a, en outre, suscité une forte mobilisation et une émancipation du terme en droit constitutionnel, comparable à une sorte de promotion

droits de l'homme) le 8 novembre 2018 à propos du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, intitulé « Réforme de la justice civile. Alerte sur les droits fondamentaux des justiciables ». Disponible à l'adresse : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/181109_cp_reforme_de_la_justice_civile.pdf.

¹⁸²³ VERPEAUX (M.), *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Paris, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 2013, p. 52.

¹⁸²⁴ Pour une synthèse sur la question, voir : MEYNAUD-ZEROUAL (A.), *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, op. cit., pp. 15-33 et 52-64.

¹⁸²⁵ CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Lexisnexus, coll. Manuel, 10^e éd., 2017, p. 411.

¹⁸²⁶ Art. 65, Const. 1958 : « Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique ».

¹⁸²⁷ Les mentions législatives se restreignent à la définition usuelle citée. Voir par exemple, loi n° 46-979 du 10 mai 1946 relative à la comparution devant les chambres de la métropole ou de l'Algérie des justiciables des Chambres civiques coloniales résidant en France ou en Afrique du Nord, JORF du 11 mai 1946, p. 4033 ; plus récemment, Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 2 et 95, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1. Concernant les textes réglementaires, voir par exemple, le décret n° 2017-897 du 9 mai 2017 relatif au service d'accueil unique du justiciable et aux personnes autorisées à accéder au traitement de données à caractère personnel « Cassiopée », JORF n° 0109 du 10 mai 2017 texte n° 119, ou encore l'arrêté du 13 juillet 2017 relatif à l'implantation de services d'accueil unique du justiciable dans certaines juridictions, JORF n° 0170 du 22 juillet 2017, texte n° 17.

prônant une émancipation de la qualité de justiciable par l'ouverture du recours constitutionnel aux particuliers, que ce soit dans les débats parlementaires sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la constitution¹⁸²⁸, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la QPC¹⁸²⁹, dans les commentaires de doctrine qui y ont été portés¹⁸³⁰, ou encore dans les différentes communications faites par la Haute juridiction¹⁸³¹. Cette émulation n'a pas, elle non plus, apporté de précisions définitionnelles. La jurisprudence administrative¹⁸³², comme celle de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸³³, ou encore celle

¹⁸²⁸ La mobilisation et l'importance donnée au justiciable par la QPC, en fait, dans le discours institutionnel, un acteur et un bénéficiaire privilégié dans la protection des droits. Pour un exemple probant, voir : Rapport Ass. nat., Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) *relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 1898. Dans un même sens, voir : Rapport d'information Ass. nat., Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, 27 mars 2013, relatif à la question prioritaire de constitutionnalité, n° 842.

¹⁸²⁹ Voir, par exemple : Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 2, le Conseil énonce que « le constituant a ainsi reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Dans le même sens, voir, Cons. const., n° 2010-605 DC, 12 avril 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 11. Le terme « justiciable » est par ailleurs mobilisé dans un considérant de principe relatif au principe d'égalité des garanties du procès. Voir par exemple : Cons. const., n° 2010-612 DC, 05 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, cons. 13 ; Cons. const., n° 2011-213 QPC, 27 janvier 2012, *COFACE [Suspension des poursuites en faveur de certains rapatriés]*, cons. 3 ; Cons. const., n° 2017-623 QPC, 7 avril 2017, *Conseil national des barreaux [Secret professionnel et obligation de discrétion du défenseur syndical]*, cons. 16 et 19 ; Cons. const., n° 2019-827 QPC, 28 février 2020, *M. Gérard F. [Conditions de recevabilité d'une demande de réhabilitation judiciaire pour les personnes condamnées à la peine de mort]*, cons. 8.

¹⁸³⁰ Au regard de l'ampleur de la production doctrinale relative à la QPC, nous nous limitons, non exhaustivement, à quelques exemples types. Voir, PAULIAT (H.), NEGRON (É.), BERTHIER (L.), *Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité*, Actes de du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, Limoges, PULIM, 2011 ; MAGNON (X.), BIOY (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 228 p. ; *La QPC, une question pour la démocratie*, Actes de colloque l'hôtel de Lassay, 5 avril 2013, *JCP G*, n° 29-34, 15 juillet 2013 ; DRAGO (G.), « Exception d'inconstitutionnalité - Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP G*, 2008, n° 49, I 217, pp. 13-18 ; PHILIPPE (X.), « La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français. Réflexions après l'adoption de la loi organique », *RFDC*, 2010, n° 82, pp. 273-285 ; MATHIEU (B.), « Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 57-71 ; MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771 ; BONNET (J.), « La QPC et l'intérêt du justiciable », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Paris, Pedone, 2014, pp. 23-42.

¹⁸³¹ En témoignent, par exemple, le nombre de dossier consacrés à la QPC sur le site Internet du Conseil constitutionnel. Voir, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

¹⁸³² Voir notamment, CE, 27 octobre 2000, *M. Pierre X.*, n° 212967 ; CE, ord., 12 novembre 2005, *Association SOS racisme*, n° 286832 ; CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033, *Rec. Leb.*, p. 649 ; CE, 17 décembre 2014, *Société civile immobilière 22 rue du Bœuf*, n° 366882 ; CE, 15 avril 2016, *Association Vent de colère !*, n° 393721.

¹⁸³³ Voir notamment, CJCE, 8 octobre 1987, *Procédure pénale c. Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. C-80/86 ; CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-257/99 ; CJCE, 12 septembre 2006, *R. J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et autres c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-131/03 ; CJUE, 26 février 2015, *H. c. Cour de justice de l'Union européenne*, aff. C-221/14 ; CJUE, 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e. a.*, aff. C-72/15.

de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸³⁴, s'ancre, d'ailleurs, dans cette même généralité. Les allusions aux justiciables dans les textes juridiques demeurent donc insuffisantes pour en dégager une définition. Qu'il soit entendu comme nom commun (statut de celui qui est soumis à une procédure juridictionnelle), ou comme adjectif (situation de celui qui peut prétendre au déclenchement d'une telle procédure), le concept de justiciable recèle néanmoins des situations plus complexes. Le mutisme des juges, caché derrière le sens général admis précité, semble dévoiler ce caractère abstrait et non discriminant, en accord avec les préceptes du principe d'universalité. Le détour par l'identification des titulaires de droits, identifiés comme tels par l'ordre juridique, se présente alors comme une voie d'analyse alternative.

2. La réduction au statut de titulaire de droits

281. Identifier le justiciable nécessite de sortir de son champ sémantique, en recherchant plus largement la catégorie de titulaire de droit. Il s'agit, en effet, de postuler un principe de superposition selon lequel tout justiciable est un titulaire de droit¹⁸³⁵, dont les fondements remontent au référentiel universaliste de la personne humaine¹⁸³⁶. Cette affirmation découle d'un certain cheminement, faisant de « justiciable » une sorte de terme gigogne. Le titulaire de droit est, dans un premier temps, un individu disposant de la personnalité juridique, faisant de lui un sujet de droit. Le constat de l'objectivité du statut de justiciable par sa confrontation avec celui de titulaire de droit s'analyse, dans un deuxième temps, par l'identification abstraite des sujets de droit par le droit positif. La circonscription au couple justiciable-titulaire appelle, dans un troisième temps, des précisions définitionnelles visant à préciser quel sujet de droit peut être considéré comme titulaire de droit, et donc comme justiciable.

¹⁸³⁴ Voir par exemple, CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79 ; CEDH, Gr. Ch., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93 ; CEDH, Gr. Ch., 26 juillet 2002, *Meftah et autres c. France*, n° 32911/96, 35237/97 et 34595/95 ; CEDH, Gr. Ch. 23 avril 2015, *Morice c. France*, n° 29369/10 ; CEDH, 27 juin 2017, *Sturm c. Luxembourg*, n° 55291/15.

¹⁸³⁵ CUMYN (M.), « Les catégories et la qualification juridique : réflexion sur la systématisme du droit », *Les Cahiers du droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 371 : « L'une des fonctions importantes des catégories juridiques est de faciliter le repérage du savoir juridique. Pour résoudre un problème juridique donné, il faut d'abord le qualifier. À travers l'opération de qualification, le juriste accède au régime juridique pertinent et à toute l'information qui s'y rapporte. En se déplaçant au sein de la classification vers d'autres catégories liées à la première, le juriste dispose de nouvelles informations lui permettant de compléter son analyse. À bien y penser, ce ne sont pas que les normes qui sont structurées par les catégories juridiques. C'est tout le savoir juridique qui s'y trouve représenté. » L'association entre la justiciabilité et la titularité procède d'une opération intellectuelle de qualification et de classification. La qualification, d'un côté, du justiciable et, de l'autre, du titulaire, permet ensuite de mettre en avant des caractéristiques communes amenant à conclure que la justiciabilité peut être plus largement assimilée à la titularité.

¹⁸³⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, B.

282. Le support de la personnalité juridique. « Lieu d'inhérence de droits »¹⁸³⁷, le sujet de droit est « l'élément actif ou passif d'un rapport de droit. Il fait valoir un droit ou supporte la charge d'une obligation »¹⁸³⁸. Il suppose la faculté de protection contre tout empiétement extérieur. Il prend ce statut par reconnaissance de sa personnalité juridique (qui le distingue d'un objet de droit), qui est la condition essentielle d'imputation de droits et d'obligations¹⁸³⁹. L'individu, en tant que personne juridique, est une composition fictionnelle du droit, s'ornant du masque de la personne juridique, de la *persona*, remplaçant ainsi le visage réel du *prosôpon*¹⁸⁴⁰. Le support de la personnalité juridique permet alors à tout destinataire de l'ordre juridique de bénéficier des droits fondamentaux reconnus par cet ordre, dès lors qu'il en est identifié comme destinataire¹⁸⁴¹. L'imputation de droits et d'obligations à un individu sujet de droit conditionne, ensuite, un certain pouvoir, entendu comme ensemble de permissions d'agir, lui permettant de s'incarner en titulaire de droits.

283. Une pluralité terminologique de titulaires. Dès lors que l'on cherche à identifier les sujets de droit dans notre ordre juridique, l'universalisme alloué aux droits de l'homme se retrouve dans leur concrétisation en tant que droits fondamentaux. La généralité du statut de

¹⁸³⁷ Il est à ce propos, « *le support sous-jacent à ce qui apparaît comme une détermination propre* ». TINLAND (F.), « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau », *APD*, 1989, n° 34, p. 51.

¹⁸³⁸ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p. 10.

¹⁸³⁹ La personnalité juridique est en cela distincte du sujet en ce que c'est précisément elle qui conditionne la reconnaissance de droits subjectifs. Voir, GARAPON (A.), « Le sujet de droit », *RIEJ*, 1993, n° 31, p. 69.

¹⁸⁴⁰ Nous renvoyant à l'étude menée par le professeur BIOY, décrivant l'évolution du rapport entre les deux concepts de personne, à savoir *persona* et *prosôpon*. *Persona* désigne, en effet, le masque de la personnalité juridique, alors que *prosôpon* décrit le « visage » réel et concret de l'homme, en dehors de tout qualificatif fictionnel. L'origine gréco-romaine de la distinction a notamment trouvé son acception moderne dans le *Léviathan* de HOBBS. De manière synthétique, cette dichotomie permet de rendre compte du fait que l'attribut de la personnalité juridique permet de rationaliser l'individu en un support commun de droits et d'obligations. Ainsi la personnalité juridique est la création de la personne (*persona*) par le droit, qu'il faut distinguer de la personne « naturelle » et « concrète » (*prosôpon*), qui ne devient une personne juridique que relativement à son identification en tant que telle par le droit. Voir à ce propos, BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, op. cit., spéc. pp. 223-230 ; TRIGEAUD (J.-M.), « La personne », *APD*, 1989, n° 34, pp. 103-121.

¹⁸⁴¹ C'est par exemple ce qui est avancé par Hans Kelsen. Réfutant toute thèse essentialiste, présupposant que la qualité d'« homme » conditionne l'imputation de droits, ce dernier considère que la personne juridique, en l'occurrence personne physique, est destinataire d'un ensemble de droits et d'obligations spécifiques à un individu. La qualité de personne, selon ces termes, est alors l'œuvre artificielle du droit sur la réalité. Sur le plan méthodologique, identifier l'individu en tant que personne juridique découle d'une opération de catégorisation visant à rassembler sous la qualification d'individu-personne juridique, un ensemble de droits et d'obligations communs à un ensemble de sujets de droit qualifiés comme tels par l'ordre juridique. « *Par conséquent, la "personne juridique" n'est pas un homme, mais l'unité personnifiée des normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droits un seul et même individu. Ce n'est pas une réalité naturelle, mais une construction juridique créée par la science du droit, un concept auxiliaire dans la description et formulation de données de droits. En ce sens, la "personne physique" est une personne juridique* ». Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 174.

titulaire s'en trouve imprégnée et la transformation de cette idéologie en droit positif se traduit dans le caractère « universel » du statut de titulaire-justiciable. Que cela soit, par exemple, dans les traités, les déclarations de droits et autres normes constitutionnelles, ou encore les lois, les sujets de droit sont identifiés de manière générique (« nul », « toute personne », « tout individu », « chacun » etc.). La qualité de titulaire détermine une faculté — celle de revendiquer le respect de droits en justice —, mais elle est conditionnée par la motivation d'une atteinte à un droit, aussi appelée violation ou dommage. Cet élément déclencheur permet au titulaire d'endosser le statut de « victime » comme justification de la contestation juridictionnelle.

B. L'assimilation au statut de victime

284. Le critère de titularité donne son identité juridique à l'individu justiciable. Il s'apprécie, au regard de la possibilité concrète d'accéder au recours juridictionnel, par l'identification d'une victime. Dans cette optique, le statut de justiciable demeure lié à la constitution du statut de victime désirant agir en justice. Ce statut est une fiction juridique permettant d'identifier l'individu dont les droits ont été violés. Il marque, autrement dit, la construction d'un motif légitime à pouvoir prétendre à la justice au nom du droit. Originellement associée au domaine sacrificiel¹⁸⁴², la victime est appréhendée *lato sensu* en lien avec la justice comme la situation d'un individu ayant subi un préjudice, entendu au sens où ce dernier n'a pas pu jouir de la protection juridique qui lui aurait été due. Au regard de la présente analyse, il s'agit de considérer la victime comme un titulaire de droits se trouvant dans une situation caractérisée juridiquement de violation individualisée de ses droits conventionnels ou constitutionnels, lui procurant la faculté de contester l'atteinte en cause devant un juge compétent. D'un côté, un regard sur le droit conventionnel, par le prisme de la jurisprudence de la Cour EDH, permet préalablement de remarquer que la victime y est un concept clairement défini et mobilisé. Par ailleurs, attentive à la situation concrète de l'individu victime d'une violation, la Cour de Strasbourg exerce un contrôle *in abstracto* au sens où elle ne pose aucune condition de nationalité ou de citoyenneté. D'un autre côté, largement étudiée en droit national en matière civile et pénale¹⁸⁴³, la victime demeure plus difficile à apprécier en droit public en

¹⁸⁴² À l'origine, en effet, la *victime* est une créature donnée en offrande aux dieux comme rétributions à leurs faveurs. Pour une analyse complète, voir, ELIACHEFF (C.), SOULEZ LARIVÈRE (dir.), *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007. Voir aussi, MARZANO (M.), « Qu'est-ce qu'une victime ? », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, pp. 11-20.

¹⁸⁴³ Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, la victime est « celui ou celle qui subit personnellement un préjudice par opposition à celui ou celle qui le cause ». CORNU (G.) *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., 2020,

dehors du contentieux de la responsabilité administrative¹⁸⁴⁴. Néanmoins, au-delà de la qualification sémantique du terme « victime », la logique générale demeure la même : que la victime soit nommée comme telle ou non, il s'agit pareillement d'un titulaire lésé dans ses droits. Il est ainsi possible d'en retrouver des caractéristiques similaires en droit constitutionnel. Au soutien du principe de généralité du statut de titulaire justiciable, la conception véhiculée par la Cour EDH permet d'appuyer, une fois de plus, une vision dépolitisée du justiciable (1). Cette logique inclusive, selon laquelle tout individu peut être justiciable, peut également se retrouver au niveau constitutionnel. Or, l'absence d'emploi d'une sémantique harmonisée autour du terme de « victime » amène alors à revenir sur le concept de titulaire justiciable (2).

1. Une vision « dépolitisée » au regard de la Cour EDH

285. Un concept défini par le droit positif conventionnel. « “L'individu victime” est au cœur du mécanisme de contrôle exercé par la Cour »¹⁸⁴⁵. En effet, la Cour EDH a construit, et ce depuis ses débuts, un véritable concept de « victime » comme élément central de système de protection des droits fondamentaux. Aux termes de l'article 34 de la Convention, « toute personne physique [...] qui se prétend victime d'une violation » de ses droits conventionnels ou au regard du comportement d'un des États partis, peut présenter une requête individuelle devant la Cour. Autrement dit, la constitution du statut de victime est une condition de recevabilité du recours et implique, par suite, la responsabilité de l'État en cause pouvant

p. 1039. L'étude de la victime en droit privé accompagne progressivement l'élaboration de ce qui se rapproche d'une discipline, nommée « victimologie » par le Doyen CARBONNIER. Voir, CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 146. Voir également, ALT-MAES (F.), « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, n° 1, pp. 35-52 ; PIN (X.), « Les victimes d'infractions, définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, pp. 49-72.

¹⁸⁴⁴ Voir en ce sens, GIRARD (A.-L.), « L'efflorescence de la notion de victime en droit administratif », *Histoire de la justice*, 2015, n° 25, pp. 17-35. L'auteure énonce que l'appréciation de la victime suit l'évolution du contentieux en responsabilité de l'administration. Ainsi, la notion de victime en droit administratif n'est pas une notion nouvelle, et s'articule initialement sur un régime s'axant principalement sur la primauté de la protection de l'administration et de ses agents. Néanmoins, la construction d'un concept de victime général au droit privé et au droit public se remarque, ces dernières décennies, par l'harmonisation du contentieux de la responsabilité administrative avec celui du droit privé. Voir à ce sujet, PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003. C'est d'ailleurs ce phénomène que la doctrine appréhende parfois sous l'expression de « victimisation » du régime de responsabilité. Voir, TRUCHET (D.), *Droit administratif*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 5^e éd., 2011, p. 407.

¹⁸⁴⁵ TOUZE (S.), « Intérêt de la victime et ordre public européen », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, op. cit., pp. 61-76. Pour une synthèse du concept de « victime » devant la Cour européenne des droits de l'homme, voir par ailleurs : DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique du Louvain, 1999, pp. 836-899.

aboutir à une réparation au bénéfice du requérant¹⁸⁴⁶. Il est d'ailleurs important de préciser que la reconnaissance de la qualité de victime conditionne la recevabilité de la requête, mais laisse ensuite à la Cour le soin d'apprécier de son opportunité, de sorte que cette dernière peut tout à fait *in fine* rejeter la violation contestée¹⁸⁴⁷. L'interprétation large de la victime favorise une possibilité étendue d'exercice du recours en vertu du principe de subsidiarité. De cette manière, l'appréciation du titulaire de droit en situation de victime présente cette double caractéristique d'être à la fois concrète et abstraite. Elle est, tout d'abord, concrète en ce qu'elle s'oriente en priorité sur la vulnérabilité de la personne¹⁸⁴⁸ ; la caractérisation de la posture de victime doit être parachevée par la motivation d'un intérêt à agir se matérialisant par une lésion avérée en fait et générée par un acte ou une mesure interne¹⁸⁴⁹. Il revient alors au justiciable d'apporter la preuve de la violation contestée et de qualifier le droit violé¹⁸⁵⁰. Elle est, ensuite et parallèlement, abstraite en ce qu'elle obéit à une logique inclusive, principalement due à l'interprétation extensive de la qualité de victime telle que dégagée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ce constat se vérifie, en effet, dans l'emploi de l'expression « toute personne » qui, par un souci d'ordre systémique¹⁸⁵¹, met en cohérence les articles 1^{er} et 34 de la Convention¹⁸⁵². En résumé, l'interprétation du concept de victime se concentre sur la violation concrète subie par « l'individu-victime », en n'opérant, par principe, aucune discrimination quant au statut politique de cet individu, avec pour seul critère celui d'être soumis à la juridiction d'un État parti à la Convention.

286. L'indifférence quant à la nationalité ou la citoyenneté. L'acception présentée par l'article 34, habilitant « toute personne physique » à présenter une requête devant la Cour

¹⁸⁴⁶ Art. 41, Conv. EDH.

¹⁸⁴⁷ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §27.

¹⁸⁴⁸ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁸⁴⁹ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 2, B. Par ailleurs, en précision, la Cour EDH ne prend pas en compte les critères nationaux l'intérêt ou de qualité à agir. Voir, : CEDH, 4 décembre 1995, *Tanira et autres c. France*, n° 28204/95, RGDIP, 1996, p. 741, note DECAUX (E.) ; CEDH, Gr. Ch., 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, JCP G, 2010, n° 6, note SUDRE (F.). Toujours selon cette politique jurisprudentielle, la qualité de victime n'est pas forcément liée à l'intérêt à agir. À titre d'exemple, une ONG n'ayant pas la qualité de victime a pu agir en représentant en fait de la victime directe en cas de « circonstances exceptionnelles » dues à la vulnérabilité particulière de la victime en question et son incapacité d'agir en justice. Voir, CEDH Gr. Ch., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom Campaenu c. Roumanie*, n° 478848/08, JCP G, 2014, act. 873, GONZALEZ (G.).

¹⁸⁵⁰ SANTULLI (C.), « Observation et proposition sur l'«extension» du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1376.

¹⁸⁵¹ MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Schulthess, Lextenso, coll. Genevoise, 2017, p. 213.

¹⁸⁵² L'article 1^{er} stipule à ce titre que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

pose seulement pour condition générale le fait que l'individu requérant relève de la juridiction d'un État parti. Autrement dit, l'habilitation à ester en justice n'est pas soumise à une condition de nationalité, de sorte que les droits de la Convention s'appliquent aussi aux étrangers et aux apatrides. Cette interprétation semble ressortir de l'esprit même de la Convention, optant pour une protection des droits fondamentaux la plus libérale possible ; le but étant d'assurer une égalité *maximum* afin d'éviter toute discrimination. C'est en cela que cette conception de la victime est « dépolitisée ». Elle participe, de la même manière, à résorber la distinction entre bénéficiaires et titulaires des droits au profit de la titularité. Le principe a été très tôt proclamé par la Commission européenne des droits de l'homme en 1961¹⁸⁵³. Il a été notamment rappelé par la Cour dans son arrêt *Zehentner c. Autriche* en 2009, où celle-ci précise que l'article 34 de la Convention doit s'entendre comme fournissant une égale protection à tout individu soumis à la juridiction d'un État membre, sans condition de nationalité ou de résidence, et incluant, en outre, les incapables, les mineurs et les aliénés¹⁸⁵⁴. Elle a rappelé, par ailleurs, que l'État n'avait pas le droit d'exercer un droit de regard sur la recevabilité d'une requête individuelle qui lui était présentée, auquel cas elle conclurait à une violation de l'article 34¹⁸⁵⁵. « D'un point de vue théorique, le nombre de requérants potentiels ne connaît aucune limite »¹⁸⁵⁶. Ainsi l'interprétation conventionnelle de la notion de victime permet d'illustrer une des conceptions les plus larges de la justiciabilité qu'il est possible d'admettre en termes de titulaires habilités à revendiquer leurs droits en justice.

287. Un contrôle centré sur la situation concrète de la victime. La vision de la justiciabilité mise en œuvre par la Cour de Strasbourg s'explique en grande partie par la nature du contrôle qu'elle exerce. Premièrement, en tant que contrôle *a posteriori*, celui-ci est principalement prédisposé à s'orienter en priorité sur la situation litigieuse de la victime générant la violation de la Convention¹⁸⁵⁷. Secondement, l'autorité relative de chose jugée des décisions renforce d'autant plus le caractère subjectif du contrôle¹⁸⁵⁸. Par principe, en effet, la

¹⁸⁵³ Commission européenne des droits de l'homme, 11 janvier 1961, *Autriche c. Italie*, n° 788/60, annuaire n° 4, p. 177. Voir également, SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 307. Cette interprétation extensive a également amené la Cour à inclure les détenus comme justiciables potentiels. Voir, CEDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*, n° 1279/61, pp. 91-97.

¹⁸⁵⁴ CEDH, 16 juillet 2009, *Zehentner c. Autriche*, n° 20082/02, §39.

¹⁸⁵⁵ CEDH, 25 mars 1992, *Campbell c. Royaume-Uni*, n° 13590/88, série A, n° 232, §66.

¹⁸⁵⁶ MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸⁵⁷ TOUZE (S.), « Intérêt de la victime et ordre public européen », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸⁵⁸ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 314.

requête est limitée aux mesures individuelles dont le requérant s'estime victime¹⁸⁵⁹. C'est pour cette raison que la « victime » occupe une place aussi importante. Plus centré sur l'atteinte concrète aux droits conventionnels qu'un individu peut subir, le contrôle reste volontairement plus indifférent au statut du requérant. L'évolution jurisprudentielle de la Cour conduit ainsi à distinguer trois catégories générales de victimes : les victimes directes, indirectes et potentielles¹⁸⁶⁰. Concernant, tout d'abord, le cas d'une victime directe, la Cour analyse *in concreto*, le caractère direct et certain du risque exposé par le justiciable¹⁸⁶¹. Ensuite, l'appréciation de la situation de victime indirecte cible notamment un individu victime par ricochet du fait de la violation des droits d'un tiers¹⁸⁶², ou encore l'action intentée à la place d'une victime décédée¹⁸⁶³. D'une autre manière, cette qualité a été admise pour des associations informelles de particuliers¹⁸⁶⁴, pour des associations agissant pour le compte de requérants, concernant par exemple, des actes administratifs complexes¹⁸⁶⁵, ou bien pour des associations agissant dans l'intérêt général, notamment sur des questions environnementales, en considérant que ces dernières agissent dans l'intérêt particulier de leurs membres¹⁸⁶⁶. Enfin, l'admission de la situation de victime potentielle s'apprécie généralement au regard de la réalité du risque qu'un individu susceptible d'encourir au regard d'une mesure nationale considérée comme inconventionnelle¹⁸⁶⁷.

288. Aussi aisée que soit, à identifier du moins, la qualité de victime dans le droit conventionnel par l'adoption d'un concept défini par le droit positif, celle-ci demeure une

¹⁸⁵⁹ Notamment, CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74 ; CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, n° 5029/79 ; CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11. Le principe de non-contrôle de la mesure nationale en cause, en se cantonnant exclusivement sur la mesure individuelle peut, dans certains cas être contourné par la Cour, laquelle va dès lors prendre en compte une dimension plus objective. À titre d'exemple, si la mesure individuelle est susceptible de provoquer d'autres violations sur des catégories plus générales de victime, cette dernière va étendre son contrôle de la mesure individuelle à la législation en cause. La principale raison peut également découler du fait que la violation est engendrée par l'existence même de la législation nationale en cause. Voir, : CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §27 ; CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, §42 ; CEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 133778/05, §34. Pour une analyse plus complète sur ce sujet, voir : TOUZE (S.), « Intérêt de la victime et ordre public européen », », *op. cit.*, pp. 61-76.

¹⁸⁶⁰ Voir à ce propos la systématisation proposée par Julien MARQUIS. MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 203-239. Voir aussi, SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 314-319.

¹⁸⁶¹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §27.

¹⁸⁶² CEDH, 25 mai 2005, *Kurt c. Turquie*, n° 24276/94.

¹⁸⁶³ CEDH, 31 mars 1992, *X. c. France*, série A, n° 234 C.

¹⁸⁶⁴ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique Belge*, GACEDH, n° 9.

¹⁸⁶⁵ CEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, 62543/00.

¹⁸⁶⁶ CEDH, 24 février 2009, *L'Érablière ASBL c. Belgique*, n° 49230/07.

¹⁸⁶⁷ Par exemple, CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, série A, n° 28 ; CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, GACEDH, n° 16 ; CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, n° 12083/86.

condition générale pour étudier l'accès au juge. Dès lors, même en l'absence d'un concept systématique définissant l'individu habilité à agir en justice, il est possible en droit national, de manière moins directe, de constater l'appréciation d'une situation de victime sans harmonisation quant à sa définition. La jurisprudence de la Cour EDH est l'exemple idoine pour montrer la complexité et l'étendue des conditions permettant à un individu de devenir justiciable. Elle illustre parfaitement, en outre, la concrétisation du paradigme droit-de-l'homme. Or, désormais, il s'agit de s'émanciper de la sémantique conventionnelle, pour s'intéresser plus largement à une catégorie plus large d'individus lésés dans leurs droits, afin de voir comment identifier la victime en droit constitutionnel national.

2. Une vision constitutionnelle de la victime comme titulaire justiciable

289. L'assimilation du concept de victime, tel qu'il est utilisé par la Cour EDH n'est pas possible en raison du fait que la victime, en droit interne, ne dispose pas d'un sens général, mais est cantonnée à une signification plus ou moins spécifique à chaque branche du droit. Par ailleurs est écartée toute acception politique du terme, en ce qu'elle ne contribuerait qu'à rajouter son lot de confusions à la réflexion¹⁸⁶⁸. Dès lors, trouver un équivalent de cette première vision de la victime en droit constitutionnel nécessite de s'extirper de cette sémantique pour trouver un concept dont le contenu en serait le plus similaire possible. En se concentrant sur l'individu justiciable, il est possible de constater, tout d'abord, une difficulté quant à l'identification d'une victime comme sujet du procès constitutionnel. La solution est alors de revenir sur le concept de justiciabilité. En généralisant, il s'avère que la victime est par extension assimilable à « tout justiciable »¹⁸⁶⁹, selon les mots du Conseil constitutionnel, susceptible d'exercer un recours.

290. Un problème inhérent à la nature du contentieux. La nature du procès constitutionnel présente comme problématique la reconnaissance d'une « victime » en raison du caractère objectif du procès, et de l'ouverture encore récente du recours aux individus. L'exclusion évidente du contentieux *a priori* ne dissipe pas les ambivalences inhérentes au contentieux QPC. Mettant de côté la victime en tant qu'*objet*, appréciée par le Conseil au fil de

¹⁸⁶⁸ À ce propos, GARAPON (A.), SALAS (D.), « La victime plutôt que le droit », *Esprit*, 2007, n° 11, pp. 74-82.

¹⁸⁶⁹ Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 3.

sa jurisprudence, irriguant toutes branches du droit, que cela soit en matière de responsabilité civile, pénale ou administrative, il semble que celui-ci ne considère pas comme telle la victime en tant que sujet du procès¹⁸⁷⁰. Malgré la présence d'un avocat à l'instance, la procédure de transmission prenant en compte les faits litigieux, et la possibilité pour le Conseil de moduler les effets de ses décisions au bénéfice, ou non, de l'auteur de la question et aux parties aux instances en cours, le contentieux QPC reste un procès fait à l'acte législatif¹⁸⁷¹. Selon cette idée, le requérant s'apparenterait plus à un déclencheur du procès plutôt qu'à un véritable sujet de ce dernier¹⁸⁷². Dès lors, l'idée de victime ne peut être envisagée sur le plan constitutionnel, au sens processuel du terme, mais elle peut s'en rapprocher par la réduction du statut de victime au titulaire justiciable.

291. L'obligation d'un changement sémantique. La difficulté d'identifier un statut constitutionnel de la victime réside dans le fait qu'il n'existe premièrement pas de concept général de victime consacré en droit constitutionnel. La seconde difficulté se trouve dans la démarche propre à trouver une signification systématique de ce que pourrait être une victime, en rapport avec le concept de justiciabilité. En s'émancipant du champ sémantique, il est possible de présenter la victime comme une catégorie abstraite de sujets regroupant, de manière non exhaustive, les différents titulaires de droits habilités à saisir le juge pour faire constater un préjudice subi dans leurs droits constitutionnellement garantis. De la sorte, ce concept stipulatif de victime concerne, pour résumer, *toute personne* lésée dans ses droits, ou *tout justiciable*. Ainsi, l'identification des titulaires du droit au recours juridictionnel permet de rassembler l'ensemble des « victimes » d'une atteinte à leurs droits fondamentaux ; illustrant, par ailleurs, la formalisation juridique du concept de justiciabilité. Appréhendé de la sorte, il apparaît un fond commun de droits dont tout individu peut s'estimer, le cas échéant, victime. Cette affirmation repose principalement sur le caractère général et inclusif du droit à un recours juridictionnel qui n'est pas réservé spécifiquement aux seuls citoyens ou nationaux.

292. Le procès ouvert à « tout justiciable ». L'appréciation d'un concept de victime indifférente au statut politique de l'individu s'avère moins univoque sur le plan constitutionnel

¹⁸⁷⁰ CARTIER (E.), « La place de la victime dans le procès constitutionnel », *Histoire de la justice*, 2015, n° 25, p. 15.

¹⁸⁷¹ La nature de ce contentieux est fidèle, d'ailleurs, à la volonté du pouvoir constituant. Voir, Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*. Voir également, CARTIER (E.), « La place de la victime dans le procès constitutionnel », *op. cit.*, p. 14.

¹⁸⁷² SANTOLINI (T.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, spéc. pp. 149-194.

par rapport à la vision véhiculée par la Cour EDH. Il est néanmoins possible de réduire un champ de titularité de droits appartenant à tout individu par le biais de la justiciabilité, et plus précisément par le biais droit au recours juridictionnel. La démarche opérée est ici inductive. Il s'agit, en effet, de distinguer les droits fondamentaux de nature politique, réservés aux citoyens, et les autres droits fondamentaux, dont peut disposer *a priori* tout individu¹⁸⁷³. Il convient, pour ce faire, de revenir sur la décision du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*, où le Conseil énonce que, même si législateur peut prendre des mesures spécifiques relatives aux étrangers, « il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »¹⁸⁷⁴. De cette manière, le juge constitutionnel vient consacrer l'existence d'un socle commun de droit bénéficiant à tout individu. Apparaît alors un champ général de titulaires de droits. « L'étranger bénéficie, à l'instar du citoyen français de ce qui pourrait appeler, à la suite de René CHAPUS, la “garantie générale des droits” »¹⁸⁷⁵. Tout d'abord, dans la même décision, le Conseil précise qu'en dépit du régime spécifique qui est imposé aux étrangers, ceux-ci doivent néanmoins bénéficier, quoiqu'il advienne, des « garanties juridictionnelles de droit commun »¹⁸⁷⁶. Ensuite, le caractère « dépolitisé » de la justiciabilité par le droit au recours se retrouve plus généralement dans les conditions d'accès au juge. Le recours à la QPC, par exemple, est ouvert *lato sensu* à « tout

¹⁸⁷³ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, p. 76. Les droits fondamentaux dits « politiques » regroupent les différentes prérogatives inhérentes au droit de participer à la volonté du corps politique national. Selon le Conseil constitutionnel, « il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ». Cons. const., n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, cons. 7. Voir à ce propos, MODERNE (F.), « Les bénéficiaires ou titulaires de droits fondamentaux en France », *AJFC*, 1991, n° 7, p. 271. On notera la réforme, depuis le traité de Maastricht, autorisant les étrangers ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne à voter aux élections municipales.

¹⁸⁷⁴ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 3. La formule avait par ailleurs été déjà utilisée par le Conseil dans sa décision : Cons. const., n° 90-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 33. Voir également, FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^e éd., n° 42, spéc. p. 716. Voir également, Partie 1, Titre 1, chap. 2, sect. 2, §1.

¹⁸⁷⁵ GENEVOIS (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFD*, 1993, n° 5, p. 871 ; CHAPUS (R.), « Les fondements de l'organisation de l'État définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 organisé par le Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 203.

¹⁸⁷⁶ Cons. const., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 35, 52, 57, 66, 91. L'expression fut plus précisément consacrée par la décision Cons. const., n° 86-216 DC, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 14. Voir aussi, Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 46 et 48.

justiciable »¹⁸⁷⁷. Il en est de même pour le recours pour excès de pouvoir¹⁸⁷⁸, et pour les procédures en référés¹⁸⁷⁹ ; d'ailleurs très utilisées en contentieux des étrangers. Ainsi, tout acte pris à l'encontre « toute personne intéressée »¹⁸⁸⁰ doit pouvoir faire l'objet d'un recours.

293. La justiciabilité, concrétisée ici par l'accès au juge, s'incarne comme un étalon de mesure permettant d'apprécier l'étendue de la titularité des droits au-delà des considérations de statuts juridiques relatifs à la citoyenneté. Plus complexe en droit constitutionnel, car moins développée et précisée qu'en droit conventionnel, elle fait apparaître l'importance et l'omniprésence du droit d'action en justice comme garantie indispensable des droits fondamentaux. Incontournable dans la concrétisation des droits, elle permet une diversité de titulaire. Ainsi rend-elle d'autant plus pertinente la remarque de Jean RIVERO selon laquelle « la liberté se concrétise dans la liste des libertés »¹⁸⁸¹. Les présents développements se sont par ailleurs évertués à démontrer l'omniprésence du justiciable dans le droit positif, qu'il soit nommé expressément comme tel, ou par le biais formules voisines. De surcroît, il apparaît alors que le justiciable, en tant que titulaire de droit, occupe une place prépondérante dans la démocratie constitutionnelle moderne. L'arsenal juridique consacré à la garantie des droits et à l'accès au juge en témoigne. Il reste, à présent, une dernière précision à apporter. En effet, même si l'accès au juge est un droit autonome susceptible de bénéficier, par principe, à tout individu, la mise en œuvre concrète de la procédure juridictionnelle nécessite une justification de la part du justiciable.

¹⁸⁷⁷ Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 3.

¹⁸⁷⁸ Cons. const., n° 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, *M. Antoine M. [Classement et déclassé de sites]*, cons. 10 à 12. Voir aussi, CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Monchrestien, Lextenso, 13^e éd., 2008, p. 349 ; OVERNEY (S.) « Les étrangers et l'accès au juge », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 486-500.

¹⁸⁷⁹ Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, cons. 19. Voir également, ROGER (A.-F.), « Un regard sur les spécificités du contentieux administratif des étrangers », in LOCHAK (D.) (dir.), *Défendre la cause des étrangers en justice*, sous l'égide de GISTI, Paris, Dalloz, 2009, pp. 303-317.

¹⁸⁸⁰ Selon la formule systématiquement reprise par le Conseil constitutionnel au sujet du droit à un recours juridictionnel effectif. Par exemple, Cons. const., n° 2017-674 QPC, 1^{er} décembre 2017, *M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion]*, cons. 18.

¹⁸⁸¹ RIVERO (J.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé dans la Déclaration de 1789 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 organisé par le Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 76.

§ 2. La nécessité d'une justification de l'accès au juge

294. L'habilitation à se prévaloir d'un droit fondamental est un préalable nécessaire pour déclencher la contestation juridictionnelle. Si la justiciabilité est conditionnée par la titularité d'un tel droit, cette dernière trouve certaines limitations dans son exercice concret. Elle met en jeu la notion d'action en justice, laquelle ne fait d'ailleurs toujours pas l'objet d'un consensus en doctrine¹⁸⁸². L'existence d'un droit conditionne la possibilité de saisine du juge, mais elle demeure insuffisante à prendre en compte. L'accès au juge mobilise, en effet, le « filtrage » des cours. Pour le justiciable, l'action s'apparente, d'une part, à une faculté de soumettre le bien-fondé d'une prétention¹⁸⁸³, qui se concrétise, d'autre part, par la charge de démontrer la recevabilité d'une prétention. « Imposées à peine d'irrecevabilité, ces charges contraignent l'auteur d'une demande à démontrer non seulement qu'il est titulaire d'une action en justice, mais également qu'il a exercé son droit d'agir en justice conformément aux différentes prescriptions textuelles et jurisprudentielles qui encadrent l'introduction d'une instance »¹⁸⁸⁴. Le concept de justiciabilité permet donc d'englober un ensemble de formalités procédurales concrétisant l'accès au juge, en prenant en compte à la fois les garanties juridiques permettant d'ester en justice et les justifications d'une telle démarche. La constitution du statut de victime peut ainsi être réduite à deux éléments indispensables : la revendication d'un droit subjectif et un intérêt à agir¹⁸⁸⁵. La recevabilité du recours est, effectivement, innervée par la nécessité de caractériser le droit subjectif comme permission d'agir, dont l'individu peut se prévaloir en tant que titulaire¹⁸⁸⁶. Elle est la démonstration selon laquelle la violation de ce droit justifie le recours au contrôle juridictionnel. C'est alors la démarche du requérant qui est analysée, principalement par le juge lui-même, de sorte à s'assurer du bien-fondé de la requête. Prendre en ce sens la requête au sérieux, c'est alors préserver l'idée du recours juridictionnel, qui ne saurait être autre que celle de la garantie des droits des individus. Ainsi, l'accès au juge est conditionné, d'une part, par l'obligation de revendiquer un droit justiciable (A) et, d'autre part, par la motivation

¹⁸⁸² Voir en ce sens, CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 332 et sv.

¹⁸⁸³ MEYNAUD-ZEROUAL (A.), *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit public, 2020, p. 51.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 99.

¹⁸⁸⁵ BIOY (X.), « Le juge gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 162.

¹⁸⁸⁶ PFERSMANN (O.), « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in FAVOREU (L.) et alii. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 81.

d'un intérêt pour agir (B), lequel permet d'arguer, en quelque sorte, de la justiciabilité de la démarche.

A. La revendication d'un droit justiciable

295. L'application concrète de l'accès au juge passe par l'identification d'un droit à contester. La justiciabilité ne peut se passer de cette condition. Elle est même primordiale par son instauration d'un rapport conflictuel de droit. L'action en justice n'est alors concevable pour un titulaire qu'à la condition de revendiquer un certain type de droit, qualifié de droit subjectif. « Si les droits fondamentaux se présentent comme des droits subjectifs, leur nature même repose sur la possibilité d'agir en justice »¹⁸⁸⁷. Appréhender sous l'angle d'une relation à l'État, l'identité de ce type de droit se spécifie sous l'expression de « droit public subjectif ». Traduction d'une vision libérale de l'État¹⁸⁸⁸, la protection des droits publics subjectifs est, par extension, intrinsèquement liée au principe d'État de droit, plaçant l'État en tant qu'*obligé*. De cette manière, « sans remettre en cause le principe de l'autorité de l'État, le concept de droit public subjectif suppose de “pouvoir exiger” quelque chose de la puissance publique »¹⁸⁸⁹. Le droit public subjectif est, pour aller plus loin, le droit qu'un titulaire peut revendiquer en justice contre tout organe émanant de l'État, selon les modalités prévues par l'ordre juridique. « Droit subjectif » et « justiciabilité » sont ainsi deux propositions qui se complètent. Par ailleurs, la catégorie des « droits subjectifs » ne peut être prise isolément. Le conflit entre l'individu et l'État met obligatoirement en scène l'articulation entre les droits publics subjectifs et le droit objectif. Insérée dans ce rapport, la notion de droit public subjectif doit être identifiée comme élément majeur du déclenchement du recours (1). Or, cette démonstration ne peut être envisagée que par une relation logique avec le droit objectif, dont le droit subjectif n'est qu'une *part individualisée* (2).

¹⁸⁸⁷ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, Lextenso, coll. Cours, 4^e éd., 2016, p. 306.

¹⁸⁸⁸ COLLIOT-THELENE (C.), « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, p. 2. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Apres-la-souverainete-que-reste-t-il-des-droits-subjectifs-27.html>.

¹⁸⁸⁹ GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012, p. 320.

1. La défense d'un droit public subjectif

296. Une construction doctrinale. En tant que prérogative permettant d'opposer un droit devant la puissance publique¹⁸⁹⁰, la notion de droit public subjectif naît d'une vision juridique du conflit possible impliquant l'individu — ou plus largement la société — contre l'État. Elle dépend donc d'une certaine appréciation du droit et de l'État¹⁸⁹¹, notamment initiée par la doctrine allemande, comme un conflit d'intérêt entre le collectif et le particulier sous un rapport de droit¹⁸⁹². « C'est donc une prestation “positive”, qui prend la forme d'un pouvoir juridique opposé à l'État et qui permet de garantir concrètement et efficacement la sphère “négative” individuelle »¹⁸⁹³. L'opérationnalité d'une telle approche suppose, dès lors, la reconnaissance de titulaires identifiés par le droit comme disposant de cette faculté. Comme l'a démontré le professeur FOULQUIER, le droit public subjectif doit, pour ce faire, répondre à deux conditions. Il se dévoile, d'une part, par la personnalité juridique, permettant d'identifier le titulaire d'un tel droit et, d'autre part, au regard de son objet : la puissance publique. Appréhendé sous l'angle de l'individu, il est entendu *lato sensu*, pour reprendre les mots de Georg JELLINEK, comme un « intérêt juridiquement protégé »¹⁸⁹⁴, assuré par des garanties

¹⁸⁹⁰ La théorie des droits subjectifs est appréhendée, à l'origine, précisément dans le contexte d'une théorie de l'État basée sur l'autolimitation, en donnant à la société un pouvoir d'opposition par le droit. Le rayonnement de cette conception est en grande partie dû à Georg JELLINEK. Voir, JELLINEK (G.), *System des öffentlichen subjektiven Rechte* (1905), Tübingen, JCB, Mohr, rééd. 1919, 366 p. ; JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics des administrés*, Travaux de l'Association française pour la recherche en droit administratif, Paris, LexisNexis, Litec, coll. Colloques et débats, 2011, pp. 25-32. La réception de cette conception dans la doctrine française au début du XX^e siècle a été plus mitigée, en particulier dans la doctrine administrativiste. Reprise notamment par JOSEPH-BARTHELEMY ou Roger BONNARD, elle connut une certaine résistance, s'expliquant par la conception générale du droit administratif à cette époque. La subjectivisation de ce droit entraîne, en ce sens, sa dénaturation, en ce qu'il représente l'objectif par excellence, incarné dans l'émanation de la souveraineté de l'État mise en œuvre par la puissance publique. C'est, par la suite, l'intégration des droits fondamentaux en contentieux qui permit l'acceptation de l'opposabilité de droits subjectifs contre l'administration. Sans comparaison fidèle avec le modèle allemand, la logique a plus exactement été instrumentalisée avec le principe de légalité, que véritablement adoptée. Voir en ce sens, FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, pp. 5-7 ; DELVOLLE (P.), « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics des administrés*, *op. cit.*, pp. 3-19.

¹⁸⁹¹ Pour un exposé général sur les différentes doctrines relatives aux droits subjectifs, voir : COING (H.), « Signification de la notion de droit subjectif », *APD*, 1964, n° 9, pp. 1-15.

¹⁸⁹² JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », *op. cit.*, p. 27.

¹⁸⁹³ GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, *op. cit.*, p. 319. Cette définition rend hommage à la vision jellinekienne, selon laquelle « les membres de l'État, le peuple, au sens subjectif du mot, c'est la collectivité des co-associés qui forment l'État, c'est-à-dire de ceux qui peuvent faire valoir juridiquement certainement prétentions à l'encontre du pouvoir politique. » JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁹⁴ JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics des administrés*, *op. cit.*, p. 29.

énoncées par l'ordre juridique, tel le recours juridictionnel¹⁸⁹⁵. La justiciabilité des droits subjectifs met en scène ce conflit d'intérêts. L'idée, en effet, qu'un intérêt subjectif, en tant que droit subjectif, puisse être protégé appelle à ce que celui-ci soit justiciable. La personnalité juridique fait alors office de support qui, pour le juriste germanique, est cantonné au citoyen disposant d'un « statut positif » reconnu par l'ordre juridique¹⁸⁹⁶. Relevant d'une certaine conception de la souveraineté, ne reconnaissant comme titulaires du droit de l'État que les individus identifiés comme souverains — autrement dit, les citoyens — par ce même État, cette approche est tout de même à relativiser.

297. L'objectivation de la définition. Une approche plus relativiste amène, en effet, à considérer que sont titulaires de droits publics subjectifs les individus reconnus comme tels par l'ordre juridique, quel que soit leur statut politique. L'imputation par l'ordre juridique s'impose alors comme le référentiel premier d'identification, à la fois des droits publics subjectifs et de leurs titulaires. Étant une production du droit, il convient de voir comment elle se manifeste en tant que phénomène normatif. À l'instar de l'analyse kelsénienne, la personne physique titulaire est identifiée comme un organe à part entière, désubstantialisé, au même titre que l'État¹⁸⁹⁷, disposant d'un ensemble de droits qui lui sont particulièrement destinés. « Par conséquent, la “personne physique” n'est pas un homme, mis l'unité personnifiée de normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droits un seul et même individu »¹⁸⁹⁸. Pour le théoricien autrichien, la notion de droit subjectif n'est qu'une commodité linguistique. Le droit subjectif est associé à un « droit-réflexe », support d'une obligation juridique incombant particulièrement à un individu envers un autre obligé, à l'encontre de

¹⁸⁹⁵ « Pouvoir mettre le juge en mouvement dans son propre intérêt, c'est la marque la plus essentielle de la personnalité. » JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), *op. cit.*, p. 53. Voir également, JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », *op. cit.*, p. 29 ; GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, *op. cit.*, spéc. pp. 311-323.

¹⁸⁹⁶ Le statut positif du citoyen se matérialise par la reconnaissance par l'État de la possibilité d'intenter une action contre l'État, afin de revendiquer ses intérêts particuliers. Voir à ce propos, JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁹⁷ « Kelsen conçoit de la même façon la personne physique et l'État : une personne juridique appréhendée par le droit comme ensemble normatif unitaire ». GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, *op. cit.*, p. 62. Dans cette logique, il s'en suit que l'État peut également être titulaire de droits subjectifs. C'est par exemple la raison pour laquelle l'État peut être propriétaire. Sans être kelsénien, Maurice HAURIOU avait d'ailleurs également énoncé cette éventualité. Voir, HAURIOU (M.), note sous CE, 16 juillet 1909, *Ville de Paris et Compagnie des chemins de fer d'Orléans, S.*, 1909, n° 3, p. 97.

¹⁸⁹⁸ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 175. L'auteur ajoute : « L'unité de l'ensemble d'obligations et de droits subjectifs, c'est-à-dire l'unité d'un ensemble de normes juridiques à considérer qui forment une personne physique, est donnée par le fait que c'est la conduite d'un seul et même homme qui forme le contenu de ces obligations et de ces droits, que ces normes portent sur la conduite d'un seul et même homme ».

laquelle est prévue une sanction en cas d'éventuelle transgression¹⁸⁹⁹. Ceci implique, par ailleurs, que le droit d'accès au juge puisse être un droit subjectif, dès lors qu'il donne la permission à un individu ou une catégorie d'individus identifiés d'user de procédures juridictionnelles pour sanctionner un grief résultant du non-respect d'une obligation par l'autre partie¹⁹⁰⁰, incarnée dans les organes de l'État.

298. Le droit subjectif comme droit justiciable. La revendication d'un droit subjectif devant le juge peut ainsi être représentée, sur le plan politique, comme une relation de conflit d'intérêts, entre demandeur et défendeur, en l'occurrence entre l'individu et l'État. Le schéma présenté par JELLINEK présente une vertu explicative par sa proposition d'interprétation d'un phénomène illustrant une certaine application du droit. Pour isoler et pouvoir définir le droit subjectif de la manière la plus neutre et inclusive possible, et pour prétendre à un maximum d'exhaustivité¹⁹⁰¹, il convient de laisser à une norme le choix du titulaire et de se contenter de définir les propriétés de celle-ci. C'est dans cette logique, par exemple, qu'a été dégagée la catégorie des droits justiciables par les individus en droit international. Suivant le critère de « l'individualisation »¹⁹⁰² de la norme, il a été admis la titularité de droits conventionnels à des particuliers, par la Cour internationale de justice¹⁹⁰³, puis par le Conseil d'État dans son arrêt *GISTI et FAPIL*¹⁹⁰⁴ du 11 avril 2012, à condition que les droits en question créent directement des droits et obligations à l'encontre des particuliers. La subjectivisation du droit conditionne bien ici sa justiciabilité pour l'individu. Dans cette optique, il s'agit de reprendre la logique proposée par Georges KALINOWSKI et de considérer les droits subjectifs comme des « normes (règles) juridiques permissives »¹⁹⁰⁵ individualisées, ou disposant des propriétés propices à l'être. Le droit justiciable, c'est alors cette permission dont le respect peut être garanti par une procédure de sanction. Il en découle qu'un droit subjectif répond à trois principes cumulatifs. Il prend premièrement sa source dans le droit objectif, en tant que produit de l'ordre juridique.

¹⁸⁹⁹ COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, p. 246.

¹⁹⁰⁰ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 145. L'assimilation de l'action en justice, comme droit subjectif, a connu, dans un autre registre, un retentissement important dans la pensée de Henri MOTULSKY. La pensée de cet auteur se base, en revanche, sur une vision jusnaturaliste du droit, présupposant que l'action en justice est un facteur de révélation du droit subjectif, comme élément inhérent à sa nature. Voir à ce propos, MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, n° 9, p. 215.

¹⁹⁰¹ L'intérêt est ici de prendre en compte tout individu comme personne physique, et non exclusivement les citoyens ou toute autre catégorie de titulaire ciblé.

¹⁹⁰² SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁰³ CIJ avis, 3 mars 1928, *compétence des tribunaux de Dantzig*, Série B, n° 15, p. 17.

¹⁹⁰⁴ CE ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, Rec. Leb., p. 142, concl. DUMORTIER.

¹⁹⁰⁵ KALINOWSKI (G.), « Logique et philosophie du droit subjectif », *APD*, 1964, n° 9, p. 37.

Il est deuxièmement, une permission d'agir qui, par les procédures de sanctions, révèle son effectivité et sa portée¹⁹⁰⁶. Il demeure, troisièmement, relatif, car entendu positivement, il est le produit d'un acte de volonté¹⁹⁰⁷. Au sein de ce schéma, le droit (public) subjectif montre ses deux composantes : il est un droit individualisé à un titulaire déterminé et susceptible d'être justiciable¹⁹⁰⁸.

2. Une part individualisée du droit objectif

299. La catégorisation entre droit subjectif et droit objectif, comme outil de connaissance, ne doit pas être strictement mobilisée dans un but d'isoler ces deux modèles-types, mais dans celui d'étudier leur articulation en partant du présupposé que ceux-ci sont par principe liés. Autrement dit, le droit subjectif se construit en articulation avec le droit objectif. Cette classification a surtout été mobilisée en contentieux afin de distinguer le recours objectif comme « voie de redressement du droit objectif et, procès fait à un acte dans l'intérêt premier de l'ordonnancement juridique », et recours subjectif, tendant à « assurer la satisfaction d'un intérêt individuel [et] la réparation de la violation d'un droit subjectif »¹⁹⁰⁹. Toujours est-il que, en se concentrant sur le droit en lui-même, le droit subjectif prend le droit objectif comme source ; les procédures de sanctions permettent alors de contrôler si l'un est en adéquation avec l'autre. La confrontation entre l'individu et l'État par les recours juridictionnels met inmanquablement en balance ces deux types de droits. Exceptée une conception objectiviste stricte, notamment représentée par Léon DUGUIT¹⁹¹⁰, une grande partie de la doctrine partisane des droits subjectifs n'omet pas leur insertion dans un complexe de droits objectifs plus global. Par ailleurs, cette idée revient chez JELLINEK, pour qui la personnalité juridique, support des droits subjectifs, ne se conçoit qu'en relation avec un conflit d'intérêts avec l'État. De manière

¹⁹⁰⁶ Dès lors, « le droit subjectif n'est pas une relation entre un sujet et un objet de droit, mais entre un sujet d'action et une action ». KALINOWSKI (G.), « Logique et philosophie du droit subjectif », *APD*, 1964, n° 9, p. 42.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 42.

¹⁹⁰⁸ BIOY (X.), « Le juge gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux », *op. cit.*, p. 154.

¹⁹⁰⁹ RIALS (S.), « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, p. 18.

¹⁹¹⁰ Léon DUGUIT s'écarte clairement de JELLINEK en réfutant l'idée d'un conflit d'intérêt entre l'individuel et le collectif. Voir à ce sujet, DUGUIT (L.), *L'État : le droit objectif et la loi positive (1901)*, rééd. Dalloz, 2003, spéc. pp. 7-11 et pp. 11-22. Cette conception objectiviste découle du présupposé selon lequel, pour le juriste bordelais, il n'y aurait pas de séparation entre l'État et la société, considérant que ces deux sont ontologiquement liés. « *L'État pour nous, c'est l'homme, le groupe d'hommes, qui en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres. L'État n'est que cela, quelle que soit la forme dont il se revête, que la puissance matérielle appartienne à un seul, à quelques-uns ou à la majorité.* » (*Ibid.*, p. 19). Voir par ailleurs, DUGUIT (L.), « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP*, 1927, n° 5 p. 537.

plus neutre sur le plan axiologique, cette articulation est réduite, pour Kelsen, à une répartition entre plusieurs complexes de normes où le droit subjectif n'est qu'un aspect de la concrétisation du droit objectif¹⁹¹¹. Le droit public subjectif peut donc se résumer à une « zone de pouvoir »¹⁹¹², potentiellement conflictuelle, insérée au sein d'une zone plus vaste qu'est le droit objectif.

300. Le lien « existentiel » entre droit subjectif et objectif. Le droit public subjectif s'identifie dans son rapport avec le droit objectif¹⁹¹³. Une conception solipsiste du droit subjectif conduirait à laisser dans l'ombre et à renier à la fois sa nature et sa fonction. Plus clairement, un droit subjectif est tel, premièrement, en ce qu'il prend sa source dans le droit objectif et secondement, parce qu'il est mobilisé pour être confronté au droit objectif. Par principe, il est évident qu'un droit subjectif peut appartenir autant à une personne physique qu'à une personne morale et qu'il peut, le cas échéant être contesté au moyen de recours subjectifs ou objectifs¹⁹¹⁴. Un droit fondamental présente en effet une double facette à la fois subjective et objective¹⁹¹⁵. Il couvre un droit commun à plusieurs titulaires, possiblement applicable au soutien d'intérêts particuliers précis, et est en même temps limité par des principes généraux structurant l'ordre juridique.

301. La justiciabilité comme lien entre subjectif et objectif. La justiciabilité détient une fois de plus un rôle central. En effet, droit subjectif et droit objectif se retrouvent chacun d'une part, dans l'accès au juge, et d'autre part, dans le contrôle du juge. Tout d'abord, le droit subjectif est l'élément mobilisable servant à saisir le juge. C'est par la contestation d'un droit subjectif qu'il appartient au juge de voir si le droit en question, octroyé par le système juridique, est bien respecté, et si les intérêts subjectifs le soutenant ne dépassent pas un certain seuil de tolérance et de contradiction avec des intérêts objectifs inhérents à la communauté. De cette manière, la régulation de l'accès au juge est une régulation de la prise en compte des intérêts subjectifs soulevés par les droits subjectifs. Restreindre ainsi l'accès au juge, c'est faire valoir *a contrario* une conception objective des droits¹⁹¹⁶. Ensuite, le contrôle du juge, s'opérant par la

¹⁹¹¹ « Il est la norme, le droit objectif, qui rend l'édition de la norme individuelle ordonnant une sanction dans un cas concret dépendant de l'action intentée à cet effet par un sujet de droit donné ; il est la norme qui habilite ce sujet à introduire cette action. » Kelsen (H.), *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 180.

¹⁹¹² Dabin (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD*, 1964, n° 9, p. 30.

¹⁹¹³ Rouhier (P.), « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie de droits subjectifs », *APD*, 1964, n° 9, p. 84.

¹⁹¹⁴ Bioy (X.), « Le juge gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux », *op. cit.* p. 154.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 156.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 162.

recherche d'un équilibre entre droit subjectif au droit objectif, permet d'utiliser les droits subjectifs comme un outil servant à vérifier la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble¹⁹¹⁷. De cette opération ressort, par exemple, une des pratiques les plus courantes effectuées par le juge, en confrontant quasi-systématiquement, par la technique de proportionnalité, des droits subjectifs au regard de principes structurant la communauté comme l'ordre public ou l'intérêt général. Ce phénomène s'illustre encore dès lors qu'un individu justiciable pose une QPC. La défense d'un droit subjectif déclenche, par voie de conséquence, une fois le contrôle du juge opéré, des répercussions sur le droit objectif par l'effet *erga omnes* de la sentence prétorienne¹⁹¹⁸. Le respect des droits subjectifs est ainsi au service du droit objectif. Il revient à dire, à l'instar de KELSEN, que le droit subjectif est une part individualisée du droit objectif conférant comme « ce pouvoir d'agir en justice pour l'inexécution de l'obligation d'un autre »¹⁹¹⁹, où cet « autre » en question est la personne juridique incarnée dans l'État. Est alors considéré comme droit public subjectif, tout droit subjectif opposable à l'État s'incarnant comme obligé en vertu du droit objectif¹⁹²⁰. Droit subjectif et droit objectif sont, pour ainsi dire, distincts au regard des intérêts spontanés qu'ils servent à défendre, mais demeurent indissociables au sens où ils participent tous deux d'un même droit. Le droit subjectif protège un intérêt particulier par le biais de procédures prévues par le droit objectif, se réduisant à un mécanisme de contrôle du respect d'obligations respectives entre deux personnes juridiques, en l'occurrence ici, un individu et un organe de l'État¹⁹²¹.

302. La justiciabilité du droit contesté est donc conditionnée par la nature du droit revendiqué — un droit public subjectif — et par les procédures reconnues par le droit objectif qui permettent la mise en œuvre des procédures juridictionnelles de contrôle. Le droit public

¹⁹¹⁷ Pour une analyse précise sur l'articulation de ces intérêts dans le processus décisionnel du juge et sur l'effet d'objectivation du contentieux : voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

¹⁹¹⁸ VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹¹⁹ GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹²⁰ « La singularité du droit public subjectif réside dans le fait que l'obligé soit l'État, créateur du droit — conformément à la conception positiviste — et garant de l'intérêt général comme la protection individuelle, et que l'individu puisse revendiquer son droit à son encontre ». GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁹²¹ Ainsi, être détenteur d'un droit subjectif signifie « avoir un pouvoir juridique (*Rechtsmacht*) particulier conféré par un droit objectif, c'est-à-dire avoir le pouvoir de participer à la création de la norme juridique individuelle par une action spécifique (plainte, requête). » KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 180.

subjectif se résume alors à une permission d'agir en justice. Cette permission d'agir doit, pour celui qui intente un recours, être complétée par l'intérêt subjectif justifiant le recours à cette procédure. L'adéquation entre le droit et l'intérêt permet la régulation de l'accès au juge, de sorte que l'existence d'un droit subjectif ne saurait suffire en soi. Dès lors, « il faut encore que celui qui prétend à cette exécution ait personnellement intérêt à l'exiger : il faut qu'il soit titulaire d'un de ces intérêts particuliers qui sont visés »¹⁹²².

B. La motivation d'un intérêt pour agir

303. « Pas d'intérêt, pas d'action... Cette vieille maxime exprime de façon lapidaire l'un des principes essentiels de la procédure juridictionnelle. Le bon sens l'impose à tout requérant, quel que soit le procès qu'il engage, quelle que soit la juridiction saisie. Sans intérêt, la demande en justice, même fondée, est irrecevable »¹⁹²³. La formalisation de l'accès au juge en droit positif montre que ce dernier est toujours conditionné. La titularité d'une liberté ou d'un droit fondamental, ainsi que l'obligation pour l'État d'assurer un accès effectif aux recours juridictionnels, doivent être complétées par une formalité supplémentaire : la régularité de la demande d'action en justice. Quatre conditions ressortent de cette obligation : « le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité »¹⁹²⁴. La justiciabilité se retrouve ici dans son versant procédural, en étant déterminée par l'intérêt à agir dont peut se prévaloir un individu. Il s'agit là, à nouveau, d'un aspect concret et procédural des droits inhérents à la justiciabilité¹⁹²⁵. Elle part d'un intérêt à revendiquer un droit devant le juge¹⁹²⁶. Ce formalisme, inhérent à la procédure juridictionnelle demeure d'abord au service d'une cohérence entre la demande du justiciable et l'office du juge saisi — l'hypothèse étant celle où le juge saisi est bel et bien habilité à répondre à la requête qui

¹⁹²² BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé* (1934), Paris, Rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 50.

¹⁹²³ HECQUARD-THERON (M.), « De l'intérêt collectif », *AJDA*, 1986, n° 2, p. 65.

¹⁹²⁴ MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (1948), Paris, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 35. Pour des raisons d'opportunité, la capacité ne sera pas traitée ici en ce qu'elle ne pose pas de problème juridique majeur. L'action en justice est ici conditionnée par un statut juridique concernant, par exemple, les mineurs non émancipés, sous sauvegarde de justice ou encore les majeurs sous curatelle.

¹⁹²⁵ « Si la justiciabilité d'un litige est une condition indispensable à l'accès au juge, ce n'est pas le seul élément déclencheur permettant d'activer ce droit ; l'auteur du recours doit par ailleurs établir qu'il est effectivement titulaire du droit d'accès, ce qui suppose en premier lieu de démontrer l'existence d'un intérêt à agir ». HÖPFNER (F.), « L'accès au juge des réfugiés : quel juge pour garantir le droit d'asile ? », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *op. cit.*, p. 245.

¹⁹²⁶ L'article 122 du Code de procédure civile inclut par exemple l'intérêt à agir dans le droit d'agir en justice. « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

lui est présentée —. Ensuite, elle exige une vérification du bien-fondé de cette demande¹⁹²⁷. L'analyse de l'intérêt pour agir en justice permet de se placer à la fois du côté du requérant, qui exerce la demande, et de celui du juge, qui apprécie de la recevabilité de la requête. Il ressort, en effet, qu'au sein de chaque procédure juridictionnelle existe la condition d'une qualité donnant intérêt pour agir. L'objectif est ici d'en systématiser les aspects, afin de montrer le caractère général et universel de cette condition. Tout justiciable doit, tout d'abord, démontrer une qualité pour agir, indispensable au déclenchement de la procédure juridictionnelle (1). La systématique de cet impératif est ensuite adaptée au statut du justiciable (2). En effet, tout justiciable doit prouver un intérêt à agir, mais cet intérêt à agir reste variable en fonction du recours, et peut parfois précéder la qualité de justiciable.

1. La détermination indispensable d'une qualité pour agir

304. Aspects théoriques et pratiques. Malgré le fait que l'intérêt à agir soit une notion « plus fonctionnelle que conceptuelle »¹⁹²⁸, en raison de son utilité dans la pratique judiciaire, il est néanmoins possible de dégager deux constats généraux. Sur le plan strictement pratique, tout d'abord, il montre sa fonctionnalité par le fait qu'il est un moyen de filtrage des requêtes, à dessein de limiter l'encombrement des prétoires¹⁹²⁹, et d'éviction des requêtes jugées inutiles ou abusives. Sur le plan normatif, il montre son opérationnalité dans tout recours juridictionnel en tant qu'outil d'identification des titulaires autorisés à former une action en justice. En effet, même si les composantes de l'intérêt à agir varient en fonction des recours, ce dernier en demeure une condition permanente. C'est en cela qu'il concerne directement la question de la justiciabilité et s'incarne comme un des éléments déterminants relatifs à l'accès au juge. Sans intérêt à agir, le droit subjectif ne serait qu'une coquille vide¹⁹³⁰. Il apparaît dès lors comme un principe procédural. La difficulté de son identification est souvent pointée par la doctrine

¹⁹²⁷ Sur ce point la justiciabilité se retrouve dans le fait qu'elle est « la conséquence du droit au recours et recouperait deux caractéristiques, la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge et la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître. » ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *op. cit.*

¹⁹²⁸ LEBRETON (G.), « L'intérêt à agir partiel », *Revue de droit administratif*, 1988, n° 2, p. 923.

¹⁹²⁹ Voir notamment, GASSIN (R.), *La qualité pour agir en justice*, Thèse pour le doctorat de droit, Draguignan, impr. Olivier-Joulian et Nouvelles réunies, 1955, p. 199 ; LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP*, 1971, n° 5, p. 45 ; BAILLEUL (D.), « L'intérêt d'un "intérêt à agir" en matière d'excès de pouvoir », *LPA*, 3 février 2003, n° 24, p. 6.

¹⁹³⁰ « Il faut encore que celui qui prétend à cette exécution ait personnellement intérêt à l'exiger : il faut qu'il soit titulaire d'un de ces intérêts particuliers qui sont visés ». BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé* (1934), *op. cit.*, p. 50.

administrativiste¹⁹³¹ en raison de son origine prétorienne¹⁹³² et des débats suscités fin XIX^e et au début du XX^e siècle au sujet de l'ouverture du contentieux pour excès de pouvoir¹⁹³³. Déterminé et apprécié par le juge, l'intérêt à agir souffrirait ainsi toujours d'une part d'imprécision et d'imprévisibilité¹⁹³⁴.

305. Recherche d'une définition générale. L'incertitude autour d'une définition juridique, en raison de cette nature jurisprudentielle, amène à proposer une définition stipulative de la « qualité donnant intérêt pour agir » qui puisse s'appliquer de manière générale à tout recours juridictionnel. Au préalable, la qualité donnant intérêt pour agir prend en compte la démarche d'un intéressé relative au contrôle de la régularité d'une norme et en vertu d'un droit dont il estime pouvoir jouir. Du côté du juge, il implique l'obligation d'apprécier la recevabilité de la requête et de prononcer ensuite sa décision, afin d'éviter tout déni de justice¹⁹³⁵. En se basant sur la démarche intentée par un requérant, la condition première est celle de la qualité pour agir¹⁹³⁶, entendue comme l'habilitation donnée au titulaire d'exercer son droit d'action, complétée ensuite, et non obligatoirement, par l'intérêt pour agir incarné dans

¹⁹³¹ L'intérêt à agir, depuis les premières études qui lui ont été consacrées en droit administratif, s'est toujours montré comme un concept « vague, indéterminé et obscur ». Voir, en ce sens : BARON DE GERANDO (J.-M.), *De la procédure administrative*, Extrait de la 16e livraison de Thémis, Bibliothèque des jurisconsultes, leçon faite en juin 1820, 1820, p. 13. Notion « ambiguë », tant en jurisprudence qu'en doctrine, (GASSIN (R.), *La qualité pour agir en justice*, *op. cit.*, p. 194), celle-ci mettrait « dans l'embarras les faiseurs de système », comme a pu le déclarer Bernard CHENOT. Voir, CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, n° 1743, Rec. Leb., p. 100, concl. B. CHENOT.

¹⁹³² Le Code de justice administrative est en effet très général dans les termes, laissant le juge apprécier de la validité de l'intérêt argué au regard de l'évolution jurisprudentielle. L'article R. 411-1 du présent code oblige à ce titre au requérant de présenter « l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge. »

¹⁹³³ Voir à ce propos, DESRAMEAUX (A.), « L'intérêt donnant qualité pour agir en justice. D'une règle du contentieux administratif français », in DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, *op. cit.*, spéc. pp. 319-322.

¹⁹³⁴ René CHAPUS parlera, à ce propos, d'une « jurisprudence extraordinairement abondante est nuancée ». CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 469. Cette indétermination est notamment due, concernant le juge administratif, à une politique jurisprudentielle en proie à un certain libéralisme visant à permettre l'accès au prétoire à plusieurs catégories de requérant au regard de situations très diversifiées. Voir sur ce point, LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *op. cit.*, p. 83 ; CHARLOT (P.), « L'actualité de la notion de "qualité donnant intérêt à agir" », *op. cit.*, p. 481.

¹⁹³⁵ Cette affirmation découle des caractéristiques traditionnellement associées à la fonction juridictionnelle, consistant « en ce que l'organe compétent ne peut pas intervenir spontanément et de sa propre initiative, qu'il ne peut intervenir que sur demande des intéressés et qu'enfin, lorsqu'il est sollicité, il est obligé d'exercer son pouvoir juridictionnel ». BONNARD (R.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé* (1934), *op. cit.*, p. 76. Ces principes sont notamment prévus, en droit positif, aux articles 4 et 5 du Code civil.

¹⁹³⁶ Cette exigence a été très tôt identifiée comme primordiale. De cette manière le BARON DE GERANDO énoncera que pour qu'il ait action en justice, « il faut qu'il y ait qualité de la part de celui qui se pourvoit ». BARON DE GERANDO (J.-M.), *Institutes du droit administratif français ou éléments du Code administratif*, Paris, Nève, Librairie de la Cour de cassation, Palais de Justice n° 9, 1829, t. 1, p. 386. Voir également, LAFERRIERE (É.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Édition 2 (1896), réimpr. Hachette Livre, BnF, t. 2, p. 434.

l'intérêt légitime et subjectif arguant du bien-fondé de la demande¹⁹³⁷. En s'inspirant de la définition téléologique proposée par René GASSIN, la qualité pour agir se présente comme « le titre requis des plaideurs par le droit positif, pour mettre en contact avec le fond du litige »¹⁹³⁸. Par suite, l'intérêt pour agir concentre les motifs permettant « d'obtenir la solution de la contestation entretenue par une personne, sur un droit »¹⁹³⁹. Dès lors, la qualité donnant intérêt peut agir peut se résumer à un droit d'agir en justice, s'exerçant conformément à une habilitation juridique sous fondement d'une norme, conférée à un justiciable, en lien avec l'objet du litige, par laquelle ce dernier peut arguer, directement ou indirectement¹⁹⁴⁰, du bien-fondé de ses prétentions au motif d'une situation particulière générée par les effets de cette norme.

306. L'articulation entre le droit, la qualité et l'intérêt. De manière générale, il est nécessaire, tout d'abord, que la norme juridique présumée fautive atteigne le demandeur dans une situation particulière. Ensuite, il faut que celle-ci lèse une situation juridiquement déterminée. L'interpénétration entre le droit et l'intérêt s'explique par le fait que le droit est le fondement juridique de l'action et en détermine la qualité. Mais c'est par ailleurs, et surtout, la situation jugée litigieuse, prétendument créée par ce droit, qui permet le déclenchement de la procédure¹⁹⁴¹. Schématiquement, le principe est le suivant : dès lors qu'il y a action en justice, il y a un droit qui fonde une situation particulière juridiquement protégée¹⁹⁴². L'intérêt, par suite, se matérialise dans la volonté de contester ou de revendiquer l'application d'un droit sous fondement d'une norme supérieure. En somme, « c'est du droit méconnu ou violé que naît

¹⁹³⁷ La qualité pour agir est en cela plus aisée à déterminer, car elle consiste à constater un titre juridique octroyé par l'ordre juridique, alors que l'intérêt, plus subjectif, est identifié plus fortuitement par le juge au regard des situations de fait génératrices du litige.

¹⁹³⁸ Selon l'auteur, la qualité implique, par extension, deux principes à la fois distincts et liés. Elle pose d'abord la question de savoir « si le titre invoqué par les sujets de l'action est de nature à ouvrir l'action, sans que l'appartenance subjective de ce titre soit contestée [...] La question de la qualité est ensuite celle de savoir si le titre invoqué par les sujets de l'action leur appartient en propre, alors qu'il est d'autre part certain qu'il suffit, par sa nature, à ouvrir l'action ». GASSIN (R.), *La qualité pour agir en justice*, op. cit., pp. 21-22.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 196. L'intérêt est, autrement dit, l'avantage argué par le requérant, qu'il peut prétendre tirer de la décision juridictionnelle qu'il entend susciter.

¹⁹⁴⁰ On assimile ici le titulaire au requérant. « Au sens propre du terme, le requérant est la personne pour le compte de laquelle le recours est formé, par elle-même ou par une autre personne (avocat, mandataire, représentant légal, judiciaire ou statutaire) ». CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 439. Concernant la qualité pour agir pour le compte d'autrui, voir par exemple : CE ass., 14 mars 1952, *Chillon de Saint Albert*, Rec. Leb., p. 162.

¹⁹⁴¹ Si on se prévaut d'un droit, c'est pour satisfaire un intérêt et nulle branche du droit mieux que la procédure n'a mis, à travers le complexe intérêt à agir, l'intérêt au cœur du droit dans sa théorie du droit d'action ». FRISON-ROCHE (M.-A.), « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », op. cit., p. 18.

¹⁹⁴² L'intérêt englobe ainsi la certitude de la lésion d'un droit, l'individualisation de ce droit, et sa conformité aux principes juridiques en vigueur. Voir, LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », op. cit., pp. 43-82.

l'intérêt à agir pour le défendre »¹⁹⁴³, dès lors qu'« il n'y a intérêt que s'il y a une contestation »¹⁹⁴⁴. Ainsi mobilisé, l'intérêt sert d'éléments de légitimation de la demande en justice¹⁹⁴⁵. Tout cela découle d'une nécessité logique selon laquelle la sollicitation d'un jugement doit toujours trouver une justification.

2. Une condition variable en fonction au statut du justiciable

307. Sur le plan juridique, l'exigibilité de montrer un intérêt donnant qualité pour agir, conditionnant l'accès au juge, est par principe admise à tout titulaire de droit subjectif, identifié comme tel par l'ordre juridique. Elle conditionne la justiciabilité, à la fois du côté de l'individu (autrement dit, la faculté à endosser le statut de justiciable), et du côté du droit concerné. En écartant des modalités procédurales précises, inhérentes à chaque recours — comme la question des délais — et en se concentrant sur l'intérêt mobilisé, il est possible de constater que tout justiciable doit arguer d'un intérêt peut agir en justice. Ce principe est essentiel au caractère objectif du statut de justiciable. L'argumentation de cet intérêt varie ensuite en fonction du recours et de l'appréciation qui en est faite par le juge dès lors que celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation sur l'accès à son prétoire. Primauté est donnée à l'intérêt avancé, en fonction de la procédure intentée. La satisfaction de cette condition incombe dès lors à tout titulaire de droits justiciable (a). Un cas plus spécifique demeure cependant à noter, concernant les tiers à un jugement, de sorte qu'un intérêt peut supplanter la condition de titularité d'un droit. Aussi exceptionnel soit-il, l'intérêt peut donc permettre d'identifier un tiers justiciable (b).

a. L'intérêt du titulaire justiciable

308. De la manière la plus courante, l'argumentation pour un justiciable d'une qualité donnant intérêt pour agir se résume dans le fait de démontrer la violation subie par une norme au regard d'une norme supérieure, tel un droit fondamental constitutionnel ou conventionnel. Ainsi est-il toujours question de revendiquer un droit au regard des effets d'un acte juridique — de la nature de l'acte dépend ensuite le juge à saisir —, où vient s'adjoindre, un intérêt légitime à la formation de la requête, pris ou non en compte par le droit comme condition de

¹⁹⁴³ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹⁴⁴ GASSIN (R.), *La qualité pour agir en justice*, *op. cit.*, p. 196.

¹⁹⁴⁵ GIVERDON (Cl.), « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », *Recueil Dalloz*, 1952, Chron. XIX, p. 86.

l'action, qu'il appartiendra au juge d'apprécier du bien-fondé¹⁹⁴⁶. L'intérêt apparaît d'abord comme la motivation personnelle du requérant (celle-ci n'est donc pas saisie par le droit, il s'agit d'une question factuelle). Sa reconnaissance juridique en fait, ensuite, un intérêt juridiquement protégé que le juge peut reconnaître. Il peut enfin être reconnu l'existence d'un intérêt légitime, objectivement proclamé, comme fondement à une action. De la sorte, le droit d'agir en justice est circonstancié, d'une part, au regard de conditions objectives relatives aux droits qu'il est possible de revendiquer devant un juge donné et, d'autre part, au regard de l'intérêt légitime subjectif soulevé par le requérant conformément à sa situation.

309. Le droit, élément de la qualité pour agir. C'est par exemple le cas pour une question prioritaire de constitutionnalité, où le requérant doit respecter les conditions précisément énoncées à l'article 61-1 de la Constitution, à savoir, une instance en cours, la violation par une disposition législative d'un droit ou d'une liberté constitutionnellement garantie¹⁹⁴⁷, et le respect des critères intervenant lors du filtre par les Cours suprêmes¹⁹⁴⁸. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le principe est relativement le même. Le justiciable doit pouvoir arguer « d'une violation par les Hautes parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles »¹⁹⁴⁹. Autrement dit, ce dernier doit rendre compte de la compatibilité *ratione personae* de la situation litigieuse avec les dispositions de la Convention¹⁹⁵⁰. Ceci implique, selon une jurisprudence constante de la Cour EDH, que le justiciable est « la

¹⁹⁴⁶ Il en découle que cet intérêt n'est pas forcément légalement fondé. Étant motivé par le requérant, il relève le plus souvent du domaine empirique. Le juge apprécie dès lors, par opportunité, les requêtes interprétées comme valables au regard du droit soulevé et de la situation qui en découle.

¹⁹⁴⁷ Le juge constitutionnel est venu, à ce propos, préciser quels droits sont mobilisables et ceux qui ne le sont pas. Voir à ce titre, RENOUX (Th.), VILLIERS (M. de), MAGNON (X.) (dir.), *Code constitutionnel, op. cit.*, spéc. pp. 951-960.

¹⁹⁴⁸ Il appartient aux juges du fond d'apprécier, ensuite, d'apprécier du bien-fondé de la question en contrôlant, premièrement, si la disposition contestée est applicable au litige ou si elle constitue le fondement des poursuites, deuxièmement, si la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution (sauf changement de circonstances) et, troisièmement, si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. Les juges suprêmes regardent, quant à eux, en plus, s'il s'agit d'une question nouvelle. Voir, art. 23-2, Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁹⁴⁹ Art. 34 Conv. EDH. Le règlement de la Cour EDH précise, dans son article 47f), que le requérant doit présenter « un exposé concis et lisible de la ou des violations alléguées de la Convention et des arguments pertinents ». En outre, il appartient à la Cour d'apprécier, après contrôle du critère d'épuisement des voies de recours, si la requête individuelle présentée est « manifestement mal fondée ou abusive » (Art. 35§1 et 2 Conv. EDH).

¹⁹⁵⁰ Au regard de la jurisprudence, il apparaît que la Cour EDH s'oriente vers une politique visant à protéger un maximum les intérêts des requérants face aux restrictions à leurs droits conventionnels que peuvent générer les États partis. C'est ainsi que, par exemple, celle-ci a pu reconnaître la qualité pour agir à une association au nom d'une victime décédée, à laquelle l'État n'avait pas permis, de son vivant, la possibilité d'exercer une voie de recours (CEDH, Gr. Ch., 17 juillet 2014, *Centre de ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, n° 47848/08, §112). Pour plus de développement sur les caractéristiques spécifiques de la qualité pour agir devant la Cour EDH, voir : MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, spéc. pp. 83-132.

personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux »¹⁹⁵¹, d'où doit ressortir une lésion concrète d'une décision ou d'une mesure interne. La question de la qualité pour agir est enfin appréciée par la Cour, comme vu précédemment, en rapport à la qualité de « victime »¹⁹⁵², laquelle devra, concernant la recevabilité du recours au fond, apporter la preuve de la violation du droit contesté¹⁹⁵³. Concernant, en outre, le recours en annulation devant la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 263 du TFUE liste les actes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle et les moyens invocables¹⁹⁵⁴. Concernant enfin le référé-liberté prévu à l'article 521-2 du Code de justice administrative, l'individu doit justifier d'une situation d'urgence relative à une atteinte manifestement illégale à une liberté fondamentale¹⁹⁵⁵.

310. L'intérêt, élément subjectif de légitimité de l'action en justice.

L'indispensabilité de la présence d'un droit à revendiquer ou à contester est, dans la pratique juridictionnelle, soumise à l'expertise supplémentaire du juge. Participant au filtrage des requêtes, ce dernier apprécie de la véracité de l'atteinte à un droit, ainsi que la motivation du requérant, afin d'écarter toute requête infondée ou abusive¹⁹⁵⁶. L'intérêt légitime pour agir vient

¹⁹⁵¹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §27. Il s'ensuit que cette vision de l'intérêt à agir du requérant a pour conséquence de rendre irrecevable toute requête visant à demander à la Cour d'examiner *in abstracto* la conformité d'une loi nationale à la Convention. Voir par exemple, CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, GACEDH, n° 20.

¹⁹⁵² MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 189 ; SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 311-318 ; Voir *supra.*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 2, §1, B.

¹⁹⁵³ Selon les termes de l'article 35§2 de la Convention, la Cour peut déclarer irrecevable, pour ces motifs, une requête ou un grief « à tout stade de la procédure ». Voir aussi, SANTULLI (C.), « Observation et proposition sur l'«extension» du concept de victime d'une violation des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1376.

¹⁹⁵⁴ Art. 263 TFUE : « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers.

À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission ».

¹⁹⁵⁵ Art. 521-2 Code de justice administrative : « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

¹⁹⁵⁶ L'idée de recours abusif découle naturellement de la sélection opérée par le juge, mesurant l'utilité de la demande en justice. Elle peut prendre plus d'importance concernant des recours dits « ouverts » comme le recours pour excès de pouvoir, où le Conseil d'État a développé une jurisprudence spécifique à ce genre de cas. L'article R. 714-12 du Code de justice administrative prévoit, à ce propos, la possibilité pour le juge de prononcer une amende. Constituent, par exemple, des critères d'identification de recours abusif, la répétition de requêtes déjà jugées, l'absence manifeste d'intérêt à agir, l'incompétence manifeste de la juridiction administrative, l'absence de moyens, une enquête déclarée largement hors délai, la mauvaise foi du requérant, une mauvaise information communiquée au tribunal, des propos injurieux ou diffamatoires, la volonté de nuire au fonctionnement du tribunal comme défendeur ou celle faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, ou encore les requêtes fantaisistes. Voir à ce sujet, CLERC (F.), CORDIER-LOUDOT (L.), « Recours abusif et accès au juge : la pratique des tribunaux administratifs », in DONIER (V.), LAPEROUSSE-SCHNEIDER (B.) (dir.), *L'accès au*

dès lors compléter la qualité pour agir. Plus ou moins étendu selon le type de recours, ce pouvoir prétoire d'interprétation influe de manière importante sur l'accès au juge. En outre, la nature objective ou subjective du recours détermine *a priori* l'importance donnée à un intérêt à agir, même si la pratique tend à relativiser cette distinction. Concernant, tout d'abord, le contentieux constitutionnel¹⁹⁵⁷ *a posteriori*, la nature intrinsèquement objective de la procédure¹⁹⁵⁸ fait que le juge constitutionnel est lié, quant à l'accès à son prétoire, aux prescriptions de l'article 61-1 de la Constitution, et à la décision des juges du fond¹⁹⁵⁹. L'appréciation du caractère sérieux de la question par les cours suprêmes reste objectivement limitée à un doute relatif à une inconstitutionnalité probable entre la disposition législative mise en cause et les normes constitutionnelles¹⁹⁶⁰. Le seul élément de subjectivité discernable pour soulever une exception d'inconstitutionnalité est celui du lien entre la question soulevée et l'objet du litige. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation permet, à ce propos, de constater la prise en compte d'un intérêt à agir subjectif de la part du requérant dans certains cas¹⁹⁶¹, au regard de l'application concrète de la disposition législative contestée. Sont par exemple pris en compte, selon un contrôle de l'opportunité de la question posée, l'intérêt concret d'opposer l'exception d'inconstitutionnalité¹⁹⁶², l'incidence du litige sur la question

juge. *Recherche sur l'effectivité d'un droit*, op. cit., p. 421 ; RICHER (L.), « L'amende pour recours abusif devant le Conseil d'État et les tribunaux administratifs », *AJDA*, 1983, n° 11, p. 451 ; CALLON (J.-E.), « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA*, n° 62, 28 mars 2000, p. 4 ; FRAISSEIX (P.), « Droit au juge et amende pour recours abusif », *AJDA*, 2000, p. 20 ; LEMAIRE (F.), « Les requérants d'habitude », *RFDA*, 2004, n° 3, p. 554.

¹⁹⁵⁷ Il est ici traité du cas de la question prioritaire de constitutionnalité. Les requérants institutionnels intervenant lors de contrôle *a priori* disposent, en quelque sorte, d'un « intérêt à agir présumé ». SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 81.

¹⁹⁵⁸ Ceci est notamment dû au fait qu'il s'agit d'un contentieux entre normes dont les décisions ont un effet *erga omnes*.

¹⁹⁵⁹ Pour une analyse générale sur le sujet, voir : TÜRK (P.), DURAND (V.), « Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'État et la Cour de cassation » et « Convergences et divergences autour de l'appréciation des caractères sérieux et/ou nouveau des QPC par les juridictions suprêmes », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., pp. 375-495.

¹⁹⁶⁰ Le contrôle du caractère sérieux semble, en effet, rester objectif et cantonné à une question de conformité. Selon Pierre CHEVALLIER, avocat général référendaire à la Cour de cassation, « la question est sérieuse dès l'instant où, dépassant une zone de trop grande incertitude, il devient probable qu'elle puisse entrer en conflit avec la norme constitutionnelle invoquée ». CHEVALLIER (P.), « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Constitutions*, 2013, n° 3, p. 588. Selon Jean-Marc SAUVE et Bernard STIRN, le contrôle du Conseil d'État se concentrerait sur l'identification d'un « doute raisonnable » de constitutionnalité, s'apparentant à un « contrôle de l'évidence ». Voir également, FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) « L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire de Varenne, coll. Colloques et essais, 2016, pp. 29-42.

¹⁹⁶¹ BONNET (J.), « La QPC et l'intérêt du justiciable », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 23 et 31.

¹⁹⁶² Par exemple, Cass. Crim., 9 mai 2012, n° 12-81242. En l'espèce, les requérants contestaient l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881, prévoyant un délai de trois jours pour intenter un pourvoi en cassation, alors que le droit commun prévoyait un délai de 5 jours. La Cour a ainsi répondu qu'au regard de ce moyen, le requérant était « sans intérêt à en contester la brièveté ».

posée¹⁹⁶³, ou encore l'intérêt de cette question quant à son influence sur l'issue du litige¹⁹⁶⁴. Il est effectivement possible de remarquer que l'interprétation du juge s'émancipe des prescriptions posées par la loi organique quant aux critères de filtrage¹⁹⁶⁵. Ceci fait, l'intérêt particulier, objet de la démarche du requérant, laisse place à la défense objective de la Constitution¹⁹⁶⁶. Au sujet du juge de l'Union européenne et du recours direct¹⁹⁶⁷, il s'avère, *a contrario*, qu'au-delà de l'appréciation objective d'un procès fait à un acte, l'accès au prétoire pour les particuliers implique de leur part la motivation d'un intérêt à agir fondé sur les effets de cet acte. L'article 263§4, tel que modifié par le Traité de Lisbonne, est venu codifier une condition déjà prise en compte par la jurisprudence¹⁹⁶⁸, selon laquelle l'acte doit toucher les destinataires « directement et individuellement ». L'intérêt à agir est ainsi appréhendé sur le plan factuel et subjectif¹⁹⁶⁹. L'appréciation jurisprudentielle de cet intérêt présente ici encore un intérêt au regard de la régulation de l'accès au prétoire. De plus, même si l'intérêt particulier est un élément déclencheur du recours, il n'enlève rien à la nature objective du contrôle ensuite

¹⁹⁶³ Voir, Cass. Crim, 4 juin 2014, n° 13-87162.

¹⁹⁶⁴ Les termes sont expressément énoncés par la Cour. Dans un arrêt Cass. soc., 13 juin 2014, n° 13-26353 et autres, la Cour a ainsi motivé le non-renvoi d'une QPC en raison du fait que « *les principes de valeur constitutionnelle invoqués ne peuvent exercer d'influence sur la solution du litige* ». De la même manière, dans un arrêt du 10 avril 2014, celle-ci a précisé que l'opportunité de la question posée « *n'est pas nature n'est pas de nature à exercer une influence sur l'issue du litige* » (Cass. civ. 2^e, 10 avril 2014, n° 13-24746).

¹⁹⁶⁵ BONNET (J.), « La QPC et l'intérêt du justiciable », *op. cit.*, p. 33 ;

¹⁹⁶⁶ La conséquence logique de ce type de procédure est que l'« *on transforme les particuliers en défenseurs de la Constitution en niant leur individualité* ». SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 6. L'intérêt particulier né de la motivation personnelle du requérant n'est pas juridiquement apprécié par le Conseil. Voir, SCHMITT (S.), « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, n° 72, p. 722.

¹⁹⁶⁷ Concernant les procédures de renvois préjudiciels, l'appréciation des juges nationaux, juges de droit commun du droit communautaire, quant à l'intérêt à agir dépend des règles nationales.

¹⁹⁶⁸ La condition du caractère individuel de l'acte est contrôlée depuis 1962. Voir, CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, aff. C-16/62 ; CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c. Commission de la communauté économique européenne*, aff. C-25/62. La Cour a eu l'occasion de préciser l'applicabilité des critères établis, en précisant, par exemple, l'irrecevabilité de la requête si l'acte est favorable au requérant (CJCE, ord., 31 mars 1977, *Société pour l'exploitation des cures c. Commission*, aff. C-88/76), que l'intérêt doit être personnel et actuel (CJCE, 29 octobre 1975, *Marenco c. Commission*, aff. 81-88/74), direct et certain (CJCE, 29 juin 1993, *De Gilbraltar*, aff. C-298/89), ou encore que celui-ci peut concerner une décision future si cet intérêt est certain au moment présent (TPI, 17 septembre 1992, *NBV et NVB c. Commission*, aff. T-138/89, *Rev.* p. II-2181). Enfin, la Cour a également assoupli les conditions d'accès avec le développement de la « théorie de l'hybridité », admettant qu'un acte puisse à la fois avoir une portée générale (en visant une catégorie abstraite de destinataires), et revêtir un caractère individuel (en touchant dès lors certains destinataires spécifiques). Voir par exemple, CJCE, 18 mai 1994, *Codorniu S.A.*, aff. C-309/89 ; CJCE, 16 mai 1991, *Extramet industrie*, aff. C-358/89, §63 à 70. Voir à ce propos, COSTA (O.), « Les citoyens et le droit communautaire : les usages élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », *Revue internationale de politique comparée*, 2000, n° 1, pp. 99-118.

¹⁹⁶⁹ La jurisprudence *Plaumann* de 1963 (précitée) a initié cette logique, identifiant comme ayant un intérêt à agir les personnes. À ce propos, la Cour se concentre sur les effets de l'acte quant à la situation des particuliers, plutôt que sur des destinataires nommément désignés. Ainsi déclare-t-elle que « *les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire* ». (Nous soulignons).

effectué par le juge¹⁹⁷⁰. Cette prise en considération des éléments subjectifs d'un intérêt à agir pour le requérant a paradoxalement pour conséquence d'ouvrir le recours à une pluralité de cas qui, en contrepartie, inflige à l'accès au juge une complexité et une imprévisibilité supplémentaire¹⁹⁷¹. Enfin, l'application du concept de qualité donnant intérêt pour agir, dans son aspect subjectif, se révèle dans le cas, bien connu chez les publicistes, du recours pour excès de pouvoir¹⁹⁷². Peu problématique sur ce point au niveau du recours de plein contentieux, où l'atteinte à un droit subjectif s'apprécie entre les parties¹⁹⁷³, le recours pour excès de pouvoir, objectif par nature, amène inévitablement le juge à analyser l'intérêt à agir sur le plan subjectif¹⁹⁷⁴. L'évolution jurisprudentielle montre que l'identification d'un droit demeure insuffisante¹⁹⁷⁵. C'est alors dans la suffisance même l'intérêt argué par le requérant¹⁹⁷⁶ — qui doit être, en résumé, réel¹⁹⁷⁷, personnel¹⁹⁷⁸, légitime¹⁹⁷⁹, pertinent¹⁹⁸⁰, direct¹⁹⁸¹ et certain¹⁹⁸² — que réside l'élément déterminant à la preuve de « l'effet utile »¹⁹⁸³ de l'action en justice.

¹⁹⁷⁰ Voir à ce propos, TINIERE (R.), « La Cour de justice de l'Union européenne, protectrice des droits ou régulatrice du droit de l'Union », ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, op. cit., pp. 77-90. Il s'avère, en effet, que le juge se cantonne de manière générale à son rôle de « régulateur de son ordre juridique ». (*Ibid.*, p. 89).

¹⁹⁷¹ ICARD (Ph.), « L'accès aux juges de l'Union européenne », op. cit., p. 733.

¹⁹⁷² Cela explique d'ailleurs le fait que c'est autour des réflexions sur l'accès et l'ouverture de ce recours que sont nés les différents débats et propositions doctrinales relatives à cette notion.

¹⁹⁷³ Il s'ensuit que, dans cette perspective, la qualité pour agir suffit.

¹⁹⁷⁴ Ceci s'explique juridiquement depuis l'arrêt *Dame Lamotte*, prévoyant la possibilité de contestation d'une décision administrative, même sans fondement textuel. Cette absence d'obligation de fondement textuel explique l'importance donnée à l'appréciation de l'intérêt pour agir argué par le requérant. Voir, CE, 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte*, n° 86949, Rec. Leb., p. 110.

¹⁹⁷⁵ La subtilité réside dans le fait que le droit est l'élément générateur indispensable de l'accès au juge et, par extension, de l'intérêt à agir. Néanmoins, « il semble donc que l'existence d'un droit ne puisse pas être retenue comme une condition générale dans tous les cas, et qu'en second lieu, l'intérêt ne se confond pas avec le droit ». LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », op. cit., p. 46. De cette manière, « il est raisonnable d'admettre que l'intérêt pour former le recours pour excès de pouvoir naît à la vérité de la rencontre de circonstances dont les unes tiennent à la situation particulière du requérant, les autres à l'objet et à la portée de la décision attaquée ». Concl. LAURENT (M.) sous CE sect., 2 avril 1954, *Gaebelé*, Rec. Penant 1954, p. 262.

¹⁹⁷⁶ Nous renvoyons, à ce propos, à l'exposé détaillé et systématisé de René CHAPUS, concernant la jurisprudence administrative relative à l'intérêt à agir. Voir, CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, op. cit., spéc., pp. 467-490.

¹⁹⁷⁷ CE, 4 décembre 1953, *Gaillard*, Rec. Leb., p. 527 ; CE, 1^{er} février 1952, *Union des chambres syndicales de l'industrie du pétrole*, Rec. Leb., p. 76.

¹⁹⁷⁸ Voir par exemple, CE, 6 octobre 1965, *Marcy*, n° 61217.

¹⁹⁷⁹ CE sect., 27 février 1985, *SA Grands travaux et constructions immobilières*, n° 39357.

¹⁹⁸⁰ CE, 10 janvier 1992, *UNEF*, n° 115718/115719.

¹⁹⁸¹ CE, 25 avril 1934, *Ligue nationale contre l'alcoolisme*, Rec. Leb., p. 493.

¹⁹⁸² CE, 11 mars 1903, *Lot*, Rec. Leb., p. 780 ; CE, sect., 7 janvier 1944, *Robert*, Rec. Leb., p. 7.

¹⁹⁸³ LAFERRIERE (É.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 404. Le libéralisme jurisprudentiel lié à cette mouvance amène le juge à apprécier très largement l'intérêt à agir, jusqu'à brouiller les traits de la distinction entre le recours de plein contentieux et le recours pour excès de pouvoir. En atteste, par exemple, l'évolution intentée par les jurisprudences *Tropic* et *Tarn-et-Garonne*, ouvrant le recours aux tiers évincés, puis à tout tiers prouvant un intérêt lésé. Voir, CE ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, concl. CASAS ; CE ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994. Nous renvoyons aux riches réflexions doctrinales en la matière. Voir par exemple, WALINE (M.), « Vers un reclassement des recours

311. Cas d'école en la matière, le recours pour excès de pouvoir montre que l'intérêt peut être une « notion supplétive du droit »¹⁹⁸⁴, mais reste centré sur l'opportunité d'une décision de justice. De manière plus générale, sous cet angle, la justiciabilité est une fois encore indifférente au statut « politique » de l'individu. L'accès au juge est ouvert indifféremment à tout justiciable le justifiant¹⁹⁸⁵.

b. Le cas spécifique du tiers justiciable

312. L'objectivité inhérente au statut de justiciable amène à constater que l'articulation entre une qualité et un intérêt pour agir s'étend également, dans certains cas, aux tiers à un procès. L'intervention de tiers à un procès, contrairement au droit de la *Common Law*, est relativement singulière. Elle est d'ailleurs le plus souvent exercée à titre informatif lors d'un procès¹⁹⁸⁶, sans que le tiers en question puisse endosser le statut d'un véritable justiciable ayant des droits à revendiquer. Difficilement appréhendable en droit constitutionnel, appréhendée *lato sensu* par la Cour EDH au regard des critères relatifs à l'identification de la qualité de « victime »¹⁹⁸⁷, elle s'incarne de la manière la plus significative sous le concept de tierce-opposition en contentieux administratif. Ce dernier exemple permet de montrer que le tiers justiciable n'est pas une anomalie dans la catégorie des individus habilités à agir en justice, mais bien que le tiers justiciable reste un justiciable potentiel comme les autres, dès lors qu'il remplit les conditions prévues pour l'être.

contentieux », *RDP*, 1935, n° 6, pp. 205-236 ; WOEHLING (J.-M.), « Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux », *AJDA*, 2007, n° 33, p. 1777 ; MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2001, 466 p. ; MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle archaïque ? », *JCP A*, 2005, n° 30-34, p. 1296 ; DELVOLLE (P.), « Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », *op. cit.*, pp. 3-19.

¹⁹⁸⁴ LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁸⁵ La jurisprudence du Conseil d'État a notamment pu montrer que l'intérêt à agir ne dépendait pas de cette condition, admettant qu'un intérêt à agir ne peut être seulement justifié par le fait d'être citoyen (CE, 6 octobre 1965, *Marcy*, n° 61217), étranger (CE, 26 avril 2006, *Mme Ouattara et autres*, n° 278827, ou encore élu (CE, 5 juillet 2000, *Tête*, n° 201628).

¹⁹⁸⁶ Cette pratique est par exemple admise en contentieux devant la CEDH. L'article 36§2 permet à tout tiers, sous le contrôle de la Cour, de présenter des informations. Ainsi, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences ».

¹⁹⁸⁷ Nous renvoyons à l'analyse complète proposée par Julien MARQUIS. MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 212-240.

313. La non-admissibilité du tiers justiciable en contentieux constitutionnel.

Avant l'entrée en vigueur du contentieux *a posteriori*, l'admission de tiers au procès constitutionnel a été premièrement esquissée par la pratique des saisines officieuses, ou « portes étroites »¹⁹⁸⁸. Elles consistent en ce que le Conseil constitutionnel se voit adressé des mémoires, de la part de personnes physiques ou morales, dans le but d'informer le conseiller rapporteur sur l'inconstitutionnalité éventuelle d'une disposition législative examinée pendant la procédure d'adoption. Comme a pu le faire remarquer le Doyen VEDEL, cette pratique informelle ne peut être considérée comme une saisine au sens procédural du terme¹⁹⁸⁹. Sur le plan pratique, le Conseil constitutionnel est toujours confronté au problème de l'engorgement de son prétoire et du respect des délais. L'intervention de tiers est pour la Haute juridiction un obstacle supplémentaire à gérer. Sur le plan logique, étant par nature objectif, le contentieux constitutionnel pourrait être propice à l'intervention de tiers, en ce qu'il concerne l'application de la Constitution, et donc la communauté tout entière¹⁹⁹⁰. Des exemples étrangers, comme en Italie, en attestent¹⁹⁹¹. L'entrée en vigueur de la QPC, ensuite, a permis au Conseil d'ouvrir, dans des cas spécifiques, l'intervention de tiers qui, selon le règlement sur la procédure en question, à la condition que l'intervenant demandeur doit justifier d'un « intérêt spécial » et prévoir la communication de ses observations aux parties et aux autorités publiques informées de la QPC¹⁹⁹². Il a ainsi été admis l'intervention d'associations dont les intérêts défendus étaient en

¹⁹⁸⁸ VEDEL (G.), « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, 1991, n° 234, p. 1.

¹⁹⁸⁹ VEDEL (G.), « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 549.

¹⁹⁹⁰ SANTOLINI (Th.), « L'intervention des tiers dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008. Disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/les-parties-dans-le-proces-constitutionnel-en-droit-compare.51749.html>.

¹⁹⁹¹ *Ibid.* Voir en ce sens, l'analyse présentée par Thierry SANTOLINI. L'admission de l'intervention des tiers, en Italie, est régulée par le juge qui va, en fonction du contentieux en cause, regarder si le tiers en question dispose d'un intérêt spécifique justifiant son intervention.

¹⁹⁹² Art. 6, al. 2, Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité : « *Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1^{er} et mentionnée sur le site Internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission* ».

lien avec l'objet du litige¹⁹⁹³. Statistiquement, même si cette procédure est admise, elle demeure, pour l'instant, assez marginale en pratique¹⁹⁹⁴.

314. L'exemple de la tierce opposition en droit administratif. L'intervention des tiers, en contentieux administratif, dépasse la simple pratique puisque celle-ci est prévue et conditionnée par la Code de justice administrative. Encore, le justiciable est apprécié abstraitement sous le qualificatif « toute personne »¹⁹⁹⁵. « Voie de rétractation, la tierce opposition offre la possibilité à des personnes restées totalement extérieures à l'instance d'obtenir l'annulation pure et simple du jugement qui préjudicie à leurs droits ainsi que le rejugement complet du litige »¹⁹⁹⁶. Applicable indifféremment au recours en cause¹⁹⁹⁷, cette procédure répond à deux exigences cumulatives qu'il appartient au juge d'évaluer. Le jugement doit, d'une part, porter sur le préjudice aux droits d'un tiers opposant. Il faut qu'il y ait, d'autre part, absence ou non-représentation de l'opposant à l'instance qui a abouti au jugement. Ce second critère ne posant pas de problème particulier¹⁹⁹⁸, c'est par la première condition qu'il est permis de déduire que l'articulation entre le droit et l'intérêt argué aboutit à l'identification d'un justiciable à part entière. Seule diffère la situation initiale du requérant, car, dès lors que ces conditions sont validées, le tiers est considéré comme une partie au procès¹⁹⁹⁹. Le tiers opposant

¹⁹⁹³ Cons. const., n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches]*, cons. 2.

¹⁹⁹⁴ Le Conseil a par exemple réfuté l'intervention de maires en vue de la contestation de l'absence de « clause de conscience » en matière de mariage homosexuel. Ainsi, celui-ci a argué l'impossibilité pour les maires en question d'intervenir dans une QPC portant sur la contestation de compétences qui leur sont conférées par la loi (Cons. const., n° 2013-353, 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres [Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil]*, cons. 1. Voir à ce propos, RENOUX (Th.), DE VILLIERS (M.), MAGNON (X.) (dir.), *Code constitutionnel*, op. cit., spéc. pp. 962-963.

¹⁹⁹⁵ Art. R. 832-1 CJA : « Toute personne peut former tierce opposition à une décision juridictionnelle qui préjudicie à ses droits, dès lors que ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été présents ou régulièrement appelés dans l'instance ayant abouti à cette décision ».

¹⁹⁹⁶ BROUELLE (C.), *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 9^e éd., 2021, p. 391.

¹⁹⁹⁷ La tierce opposition peut par exemple être exercée aussi bien à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux (CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, n° 45893, Rec. Leb., p. 1128, concl. BLUM), d'un recours en appréciation de légalité (CE, 8 novembre 1961, *Commune de Sospel*, n° 46652, Rec. Leb., p. 633), d'un recours en interprétation (CE sect., 16 décembre 2005, *Kostiuk*, n° 268872), ou encore d'une procédure en référé (CE, 10 décembre 2004, *Société Resotum*, n° 270267). Peu importe, également, le degré de juridiction : CE, 8 décembre 1971, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens*, n° 81811.

¹⁹⁹⁸ Interprétée largement, cette condition suppose la personne n'a pas été présente, ni représentée, que cette dernière ait été informée ou non de la tenue de l'instance : CE, 6 février 1994, *Commune d'Isy-les-Moulineaux*, n° 136530.

¹⁹⁹⁹ L'entrée en vigueur du Code de justice administrative à faire tarir certains débats sur la qualification du statut de la tierce opposition. Pour un exposé des controverses doctrinales à ce sujet, dans la doctrine de la première moitié du XX^e siècle, voir : HEURTE (A.), « La tierce-opposition en droit administratif », *Recueil Dalloz*, 1955, chr., p. 67 ; BONIFAIT (C.), « L'intervention en contentieux administratif », *AJDA*, 1969, n° 8, pp. 546-552 ; DUBOUCHET (P.), « La tierce-opposition en droit administratif. Contribution à une théorie normative de l'institution », *RDP*, 1990, n° 3, pp. 709-766.

est, en effet, celui qui « aurait dû être appelé à l'instance »²⁰⁰⁰ ; il n'est donc pas véritablement un inconnu, mais un justiciable potentiel. À la discrétion du juge, la qualité et l'intérêt servent à fonder la relation avec le litige. L'enjeu pour le juge est d'établir, par opportunité, un cercle admissible de tiers intervenants, en considérant l'importance et le caractère suffisant découlant de la combinaison de ces deux éléments. Le droit acquis ne suffit ainsi pas²⁰⁰¹, et l'intérêt avancé est décisif, de sorte qu'un équilibre soigneusement mesuré doit être pris en compte²⁰⁰². L'intervention du tiers est un élément perturbateur, issue d'une anomalie, qui nécessite de prendre en compte la proportionnalité de cette intervention par rapport à l'autorité de chose jugée de la décision²⁰⁰³ et qui appelle à préserver une certaine sécurité juridique au regard de la situation des parties.

²⁰⁰⁰ Voir, CE sect., 13 juillet 1962, *Archambaud*, n° 65735 ; CE, 23 juillet 1974, *Luneau*, n° 90412 ; CE, 15 juin 1992, *Société du Canal de Provence*, n° 132416 ; CE, 2 avril 1993, *Ville de Bastia*, n° 81519. Le Conseil d'État énonce que le tiers « aurait dû être appelé à l'instance » ; CE, 5 décembre 2008, *Albrecht*, n° 293560.

²⁰⁰¹ KOLBERT (E.), « La notion de droit lésé, condition de la tierce-opposition », *AJDA*, 2005, n° 3, pp. 80-82. Voir aussi, CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, spéc. pp. 1331-1339.

²⁰⁰² Au regard d'un souci de régulation des requêtes, le juge ouvre plus ou moins l'intervention des tiers en fonction du nombre de personnes susceptibles d'être concernées par une affaire. Dès lors, si le jugement en question ne semble toucher qu'un nombre restreint de personnes, le juge demeure plus libéral. Une attention plus particulière sera alors portée à l'intérêt légitime présenté par les tiers. A pu, par exemple, bénéficier du statut de tierce opposition, une personne ayant eu la garde d'un enfant dont l'immatriculation en tant pupille de l'État avait été annulé par un jugement, en ce que ce dernier aurait préjudicier aux droits de la personne ayant la garde, alors qu'aucun droit n'était formellement identifié. Voir, CE ass., 29 octobre 1965, *Dame Béry*, Rec. Leb., p. 565. *A contrario*, si un jugement est susceptible de concerner un nombre important de personnes, la recevabilité d'une tierce opposition est appréciée plus strictement par le juge. À titre d'illustration, le jugement relatif à la non-reconnaissance d'une voie dans le domaine public ne peut préjudicier le fait que les riverains et les personnes dont l'accès au fonds nécessite l'emprunt de cette voie, et non aux voisins. Voir, CE sect., 16 décembre 2005, *Kostiuk et autres*, n° 268872.

²⁰⁰³ Si la requête de la tierce opposition est validée par le juge, celui-ci déclare le jugement précédent « nul et non avenue ». Voir, CE, 4 avril 1997, *SA « Art et construction »*, n° 116353. De même, l'article R. 832-2 du CJA prévoit un délai de deux à partir de la date où le juge aurait envoyé une notification à la partie qu'il aurait omis d'appeler. À défaut, l'intervention du tiers est ouverte de tout temps.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

315. La généralisation du droit d'accès au juge à tout individu permet de mettre en avant l'environnement et la réalité juridique du concept de justiciabilité en tant que standard de protection. En rassemblant un ensemble de droits et d'obligations garantissant l'accès au juge, ce dernier prouve son utilité par son lien direct avec les exigences propres à un État de droit ou encore, selon les termes de la Cour EDH, au regard « des principes inhérents à une société démocratique ». L'arsenal normatif constitutionnel et conventionnel qui en découle, que cela soit en vertu des dispositions de l'article 16 de la DDHC de 1789, de l'article 6§1 de la Convention, ou encore l'article 47 de la Charte DFUE, laisse clairement constater la volonté de garantir une justice au service des justiciables²⁰⁰⁴, en plaçant l'État dans une position d'obligé. Sur le plan institutionnel, cette justice demeure un service public singulier, tourné vers la garantie des droits, dont l'État est donc garant et responsable d'un certain standard de qualité. Sur le plan normatif, l'enjeu est aussi décisif, car ces garanties visent à procurer aux titulaires de droits un degré suffisant d'accès, de diversité et d'effectivité des procédures juridictionnelles. En témoignent, d'une part, les différentes ramifications apportées au droit à un recours juridictionnel effectif par la jurisprudence constitutionnelle et, d'autre part, les principes tirés de l'article 6§1 de la Convention EDH d'où découlent notamment un ensemble d'obligations procédurales positives à l'attention des États membres, de sorte à garantir une justice efficace²⁰⁰⁵. Pour le justiciable, ensuite, l'enjeu est double. Premièrement, le droit au juge est un droit fondamental visant à garantir la possibilité d'accéder à une procédure juridictionnelle et le fait que celle-ci se déroule dans le respect de ses droits. Secondement, la justiciabilité des droits fondamentaux retrouve son intérêt dans la justification et la motivation de l'action en justice. Si cette dernière peut se résumer à « la charge de démontrer la recevabilité d'une prétention »²⁰⁰⁶, elle appelle par cette « prétention » l'existence d'un droit justiciable, ainsi qu'un intérêt à contester une éventuelle irrégularité sous le fondement de ce droit. N'opérant aucune discrimination générale au regard du statut du justiciable, entre citoyen ou non-citoyen par exemple, la justiciabilité présente un caractère dépolitisé et objectif, dont les restrictions ou la régulation demeurent de l'ordre du formalisme propre à chaque recours et du pouvoir

²⁰⁰⁴ CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c. Magiera*, n° 2395/75.

²⁰⁰⁵ CEDH, 15 décembre 2009, *Kalender c. Turquie*, n° 4314/02, §5.

²⁰⁰⁶ MEYNAUD-ZEROUAL (A.), *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, *op. cit.*, p 99.

interprétatif des juges²⁰⁰⁷. La garantie des droits, au nom de l'État de droit, se veut donc par principe, et les présents développements se sont évertués à le mettre en lumière, a-politique. Derechef, si la justiciabilité n'est pas absolue par les droits qui la concrétisent, elle reste, néanmoins, nécessaire aux droits fondamentaux ; elle demeure un élément clé de l'association entre la démocratie et l'État de droit dont le droit positif ne cesse de renforcer l'inhérence.

²⁰⁰⁷ DONIER (V.), LAPÉROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), « Propos introductif », *op. cit.*, p. 50.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

316. L'indispensabilité du juge pour la démocratie justifie l'opportunité de s'attarder sur le concept de justiciabilité, en partant de sa *situation*, pour en démontrer l'utilité. Comme ont pu le montrer les présents développements, la justiciabilité englobe un standard de protection. Son utilité pour décrire et interpréter le droit se dévoile dans le fait qu'elle est un concept qui fait liaison. Sa transversalité se manifeste à plusieurs échelles. Tout d'abord, elle lie deux idéologies dominantes de la démocratie constitutionnelle moderne, qui ont intégré le droit positif, que sont l'universalité des droits et l'État de droit. La première prescrit que la personne humaine, titulaire de droits, doit disposer d'un certain nombre de droits fondamentaux, indifféremment de tout déterminisme social ou politique — la dépolitisation prend dans ce cas la forme d'une « dénationalisation » de la garantie des droits —, là où la seconde exige « des limites procédurales et substantielles à l'exercice du pouvoir »²⁰⁰⁸ de l'État, dont la justice assure une part éminente. Partant de là, elle est un point de liaison entre des visions politiques et juridiques de la justice. L'exemple des propositions émises par la doctrine des droits sociaux met clairement en évidence le fait que la justiciabilité est avant tout un argument ou une justification à la promotion d'une meilleure effectivité dans la protection des droits fondamentaux et dont la justice serait l'inconditionnelle solution. Elle vise, autrement dit, à prôner une idée, aujourd'hui très répandue, selon laquelle *doit être* « *juridictionnalisable* »²⁰⁰⁹. L'observation du droit positif a alors été l'occasion de remarquer qu'en suivant l'émulsion des nombreuses obligations développées par le droit supranational, le droit constitutionnel national a progressivement enrichi et diversifié la garantie d'inconditionnalité de principe du droit au juge, sous l'égide du droit à recours juridictionnel effectif. Enfin, en raison de ses diverses acceptions, la justiciabilité est la traduction d'une vision libérale de la justice comme moyen de garantir une certaine séparation entre l'individu et l'État. Mais, plus précisément, elle aide à retranscrire une certaine organisation des normes au sein de l'ordre juridique. Le compromis démo-libéral impose, effectivement, une relation de créancier à débiteur entre la société et la puissance publique. Dans son principe, en tant fonction régaliennne, la justice est pour l'État porteuse d'obligations envers la société, tandis qu'elle est pour les justiciables un moyen de protection contre les ingérences provoquées par le pouvoir. Traduite en termes normatifs, cette idée suppose que les titulaires de droits subjectifs peuvent exiger des organes de production des normes un nombre

²⁰⁰⁸ JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22, p. 14.

²⁰⁰⁹ Voir *supra*, Introduction, p. 26.

suffisant de droits et de procédures visant à garantir leurs contrôles. Là s'opère la traduction juridique d'une dépolitisation. La liaison est ainsi faite, dans le sens où le paradigme de la garantie des droits instaure un lien normatif entre des sujets justiciables, ordres juridiques partiels, et l'ordre juridique dans son ensemble.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

317. Le lien relationnel entre l'individu et l'État, généré par la revendication juridictionnelle des droits fondamentaux, est une conséquence de la concrétisation juridique du concept de démocratie des droits de l'homme. Les développements qui y ont été consacrés se sont précisément employés à démontrer le *comment* et le *pourquoi* de ce phénomène. Ainsi, il a été exposé deux conditions fondamentales. La première est la concrétisation juridique d'universalité des droits, laquelle donne, par gradation, une garantie des droits dépolitisée, basée sur une logique d'indifférenciation quant à l'inhérence des droits fondamentaux, laquelle se désolidarise, par principe, des critères de nationalité et de citoyenneté. Chaque sujet de droit est, d'un point de vue normatif, un ordre juridique partiel disposant d'un certain nombre de permissions d'agir. La seconde, en accord avec les exigences de l'État de droit, réside dans l'obligation prescrite par l'ordre juridique selon laquelle ces sujets doivent bénéficier, de la part de la puissance publique, d'un panel suffisant de garanties juridiques de contrôle de leurs droits. C'est alors qu'intervient le standard que forme le concept de justiciabilité, se matérialisant, en quelque sorte, par un ensemble de garanties de justiciabilité. La relation entre les sujets de droit justiciables et les organes producteurs de normes place principalement les premiers en titulaires et les seconds en obligés, de sorte que son effectivité tient à l'existence d'un ensemble de procédures de contrôle. Autrement dit, à la diversité de ces titulaires doit correspondre une diversité de procédures. De cette manière, « chacun », « toute personne », ou encore « tout justiciable » peut prétendre aux droits qui lui reviennent. Le concept de justiciabilité, selon l'acception qui en a été proposée, a alors cela d'opportun qu'il lie ces deux conditions en rassemblant les sujets titulaires de droits sous la catégorie de justiciables, et l'ensemble des garanties visant à la protection de ces droits sous une exigence de justiciabilité. Là réapparaissent ses trois composantes : des sujets, des droits et des procédures²⁰¹⁰. Un tel préalable s'avère alors nécessaire et ouvre la voie à plusieurs conséquences. La justiciabilité des droits fondamentaux permet de montrer, en effet, en quoi le système juridique organise une confrontation permanente entre les droits subjectifs des justiciables et le droit objectif. En marge du lien politique qui unit les citoyens et leurs représentants au sein de la communauté souveraine s'ouvre un autre canal relationnel et procédural strictement concentré sur la garantie des droits. C'est là l'effet observable du phénomène de dépolitisation insufflé par l'affirmation

²⁰¹⁰ Voir *supra*, Introduction, p. 36.

de la démocratie constitutionnelle. Il apparaît donc ici un lien différent de participation à la création, suppression ou modification du droit par la contestation juridictionnelle et dont le concept de justiciabilité est le pivot. Parce que l'universalité postule une logique d'intégration, où citoyens, nationaux et étrangers disposent chacun d'un ensemble de droits fondamentaux, à la manière d'un regroupement de cercles concentriques donnant permission à chaque sujet la possibilité de participer à cette création du droit en fonction de son statut, alors cette relation n'est pas basée sur un principe de consentement par adhésion à proprement parler, mais sur une logique de consentement par correction. De là, il reste à se demander quelles conséquences tirer de cette relation, notamment sur le type singulier de participation à la création du droit qu'elle induit, et sur l'intermédiaire indispensable, qu'est le juge, autour duquel elle gravite. Sous cet aspect, la démocratie lie immanquablement son destin à celui de la justice²⁰¹¹. Mais, si la dépolitisation de la démocratie s'est concrétisée, l'ambition d'une repolitisation de celle-ci par la revendication des droits en justice nécessite, à son tour, d'être évaluée et critiquée.

²⁰¹¹ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, p. 152.



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse I Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

M. Julien MARGUIN

le 29 novembre 2021 à 15 heures

Titre :

La justiciabilité : essai critique sur un critère de la démocratie constitutionnelle

Discipline : *Sciences juridiques et politiques*

Spécialité : *Droit public*

Unité de recherche : *Institut Maurice Hauriou (IMH - EA 4657)*

Directeur de thèse :

M. Stéphane MOUTON

Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole

JURY

Mme Aurore GAILLET

Professeure de droit public à l'Université de Toulouse 1 Capitole (Présidente)

M. Fabrice HOURQUEBIE

Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux (Rapporteur)

M. Thomas HOCHMANN

Professeur de droit public à l'Université de Paris X Nanterre (Rapporteur)

Mme Catherine COLLIOT-THELENE

Professeure émérite de philosophie à l'Université de Rennes 1

Tome 2

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

UN PROJET DE DEPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA TRANSFORMATION JURIDIQUE DU CITOYEN EN JUSTICIALE

TITRE PREMIER - Une dépolitisation du *demos* fondée sur le principe d'universalité des droits

Chapitre 1 - De l'universalisation à la catégorisation : l'identification des sujets de droit justiciables

Chapitre 2 - Une diversification du *demos* : le bouleversement des repères de la citoyenneté

TITRE SECOND - Une dépolitisation affirmée par l'obligation de garantie des droits en justice

Chapitre 1 - Une « démocratisation de la démocratie » par la promotion d'un État de justice

Chapitre 2 - Une fonction juridique de standard d'évaluation des garanties d'accès au juge

SECONDE PARTIE

UNE AMBITION DE REPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA REFONDATION POLITIQUE DE L'AUTONOMIE AUTOUR DE LA REVENDICATION DES DROITS

TITRE PREMIER - La refondation du consentement au pouvoir par la contestation juridictionnelle des droits

Chapitre 1 - Un principe d'autonomie reformulé : la participation à la correction du droit

Chapitre 2 - Un principe d'autonomie réévalué : une contribution à l'évolution du droit

TITRE SECOND - Une repolitisation limitée : la figure du juge comme tiers intermédiaire

Chapitre 1 - Le modèle tiers impartial : un impératif légitimité par et pour la démocratie

Chapitre 2 - La surévaluation d'une appropriation de la Constitution : une représentativité confuse des intérêts revendiqués par les justiciables

SECONDE PARTIE

UNE AMBITION DE REPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA REFONDATION POLITIQUE DE L'AUTONOMIE AUTOUR DE LA REVENDICATION DES DROITS

« Le droit, la Liberté, la Civilisation, la Personne humaine, quels termes magnifiques ! Mais comment se dissimuler aujourd'hui que leur sens et leur portée changent aussi souvent qu'il est nécessaire aux besoins de divers conflits ? »²⁰¹²

318. Le paradigme libéral, prescrivant l'indissociabilité entre démocratie et droits de l'homme, prône un cadre particulier de production du droit. En vertu du principe d'État de droit, selon lequel « l'État s'oblige, vis-à-vis des sujets, par l'acte de création du droit, quel que soit son mode de formation, à appliquer et faire observer le droit »²⁰¹³, la démocratie s'impose à la fois un cadre et un objet : des procédures et une garantie de protection des droits fondamentaux. En vertu de cet impératif, s'est progressivement consacrée une logique de dépolitisation par le droit, selon une posture suspicieuse envers l'aptitude des procédés traditionnels de représentation à garantir l'exigence d'autonomie démocratique. Or, en compensation, cette dépolitisation appelle à une autre forme de politique. C'est alors dans la garantie des droits, et par régression dans les droits de l'homme, qu'est arguée l'ambition d'une repolitisation. Comme le fait remarquer le professeur MEYER-BISCH, « un droit de l'homme est "politisé" dans la mesure où son exercice définit pour tout homme comme pour l'État l'ensemble des obligations négatives et positives qu'il implique, l'inscrivant ainsi dans l'ordre (dialectique) démocratique ». La repolitisation par les droits de l'homme, ou plus précisément par la revendication des droits fondamentaux, est une des grandes questions de la pensée démocratique contemporaine : les droits de l'homme « deviennent une politique »²⁰¹⁴, la lutte

²⁰¹² CHENOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, 1953, n° 1, p. 60.

²⁰¹³ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit. Théorie générale de l'État* (Première partie), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, rééd. 2005, p. 552.

²⁰¹⁴ GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, pp. 258-288.

pour le droit devient « lutte politique »²⁰¹⁵, la démocratie devient une « contre-démocratie »²⁰¹⁶, une « démocratie continue »,²⁰¹⁷ etc. C'est à son tour la logique de l'autonomie démocratique qui est reformulée, car elle doit désormais être appréciée au regard d'« une pluralisation des pouvoirs avec lesquels les individus sont amenés à négocier la reconnaissance de leurs droits »²⁰¹⁸. La participation n'est plus seulement un contrat de confiance sous l'égide du mandat, mais une démarche subjective de revendication et de contestation de droits fondamentaux en justice, notamment des droits subjectifs, contribuant à la création, la correction ou la censure du droit. Pour ce faire, en tant que standard, la justiciabilité procure un ensemble de garanties procédurales et d'effectivité destinées à encadrer la participation des individus à la correction du droit par le recours juridictionnel. Plus largement, elle permet de trouver une traduction juridique aux fondements idéologiques libéraux qui soutiennent la démocratie constitutionnelle, en faisant de la revendication des droits par la voie juridictionnelle un moyen d'expression de la société concourant au perfectionnement du principe d'autonomie. Cette contribution est rendue possible par la réunion de trois éléments déterminants. Les droits fondamentaux, tout d'abord, forment autant un ensemble de permissions d'agir pour les sujets de droit que, par leur position hiérarchique, des normes participant à la régulation de la production du droit²⁰¹⁹. Intervient ensuite le juge, en tant qu'autorité habilitée par le système à trancher les conflits et dire le droit, et dont la fonction de tiers impartial et indépendant rend son action légitime et indispensable. Enfin se retrouvent les justiciables, sujets des droits fondamentaux, lesquels disposent de cette faculté d'agir en justice au nom de leurs droits. Selon ces présupposés, la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux s'incarne comme une manifestation de l'autonomie normative au sein système, « où en faisant valoir ses droits, le sujet, lui-même ordre juridique partiel, sous-ensemble de l'ordre juridique total, agit indirectement au nom de l'État »²⁰²⁰. En faisant le lien entre les parties et le tout, elle lie

²⁰¹⁵ COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, pp. 231-258.

²⁰¹⁶ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2006, 344 p. ; Voir également, PICAUVET (E.), « Démocratie et contre-démocratie : apports et présupposés de la contribution de Pierre Rosanvallon », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, 2014, pp. 247-266.

²⁰¹⁷ ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1995, 165 p. ; ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., pp. 7-30.

²⁰¹⁸ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, p. 200.

²⁰¹⁹ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 342.

²⁰²⁰ VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, Pedone, Publications de l'Institut international des droits de l'homme,

également permanence et changements au sein du système juridique. Néanmoins, si l'idée paraît séduisante, il apparaît opportun d'en évaluer la pertinence et d'en mesurer les implications concrètes. Comme l'a démontré Norberto BOBBIO, la logique démocratique est, en effet, celle de l'incorporation du changement des règles du jeu. Ce relativisme signifie que l'autonomie demeure un perpétuel un projet, associant étroitement « les règles du jeu, les joueurs et leurs mouvements »²⁰²¹. Elle s'évalue, autrement dit, au regard de sa capacité à assurer l'actualisation et l'évolution du système, de sorte à garantir et parfaire son insertion dans l'ordre social. C'est d'ailleurs ce qui en fait un objet de connaissance difficile à apprécier : comment assurer la plus grande concordance possible entre l'*idéal* et le *réel* de la démocratie ? Pour la démocratie constitutionnelle, il s'agit là d'un phénomène tendant à ériger la procédure en maître-mot et qui suggère, en lien avec son étymologie latine (*procedere*), l'idée de progression ou d'action visant à aller de l'avant²⁰²². Par suite, si l'autonomie est une condition de la démocratie, la procédure est, elle aussi, une condition de l'autonomie. Cette « démocratie procédurale »²⁰²³, se propose de donner cohérence à une *procéduralisation* de la démocratie, en tant que « réaménagement des processus d'intervention du droit en vue d'une participation accrue de la société civile à l'exercice de la régularisation du droit »²⁰²⁴. Tout cela conduit à faire de la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux une forme de conflit légitime au service de la démocratie qui, en assimilant autonomie et itération²⁰²⁵, suscite continuellement créations, réinterprétations, adjonctions et ajustements successifs au rythme des procédures. C'est précisément ce que sous-entend ici l'idée d'évolution du droit et que traduit l'argument de la repolitisation de la démocratie. Sans prétendre à une forme morale de progrès, elle se dévoile plus objectivement en tant que progression sur le plan quantitatif (plus de droits) et (ou) qualitatif (une meilleure effectivité des droits). Selon ces présupposés, l'appréciation portée à la démocratie constitutionnelle moderne se voit corroborée par l'argument d'une refondation du consentement au pouvoir par la contestation juridictionnelle des droits (Titre 1). La proposition d'un tel concept se justifie ici par sa faculté à mettre en avant la singularité de la contribution de la contestation juridictionnelle à la régulation du droit, et donc au principe d'autonomie, d'autant plus que, depuis une décennie déjà, « tout justiciable » peut demander la censure de la

2014, p. 183.

²⁰²¹ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardiet J.-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007, p. 166.

²⁰²² FRISON-ROCHE (M.), « 2 + 1 = la procédure », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Éd. Autrement, coll. Séries Morales, 1994, p. 194.

²⁰²³ GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n° 1, pp. 91-130.

²⁰²⁴ LENOBLE (J.), « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1995, p. 88.

²⁰²⁵ Voir, Introduction, p. 47.

loi sous fondement d'une interprétation de la Constitution. Ce cadre théorique étant posé, il apparaît opportun de soumettre cette acception à une évaluation. Car, faire du juge un médiateur de la démocratie ne doit pas faire oublier les incohérences possibles entre ce que le juge est, selon le droit positif, et comment il est perçu, d'un point de vue politique. Il s'agit, en quelque sorte, par une description du droit positif, de retourner l'argument contre lui-même, en opposant l'ambition au constat. Par cette démarche, la figure du juge comme tiers intermédiaire entre le pouvoir et la société permet de mettre en avant les limites à logiques à cette repolitisation (Titre 2). Le gardien officiel et légitime des droits fondamentaux hérite d'une position déterminante, car il lui revient de formaliser juridiquement les intérêts revendiqués par le justiciable, les interpréter, pour rendre enfin une décision valant pour tous. Un tel projet emporte avec lui une lourde responsabilité. Il confère au juge une tâche aussi cruciale que délicate : il est l'autorité vers laquelle le justiciable se tourne, il met fin au conflit au nom du droit. *In fine*, il lui revient de réconcilier constamment le subjectif et l'objectif, le sujet et la communauté.

TITRE PREMIER

LA REFONDATION DU CONSENTEMENT AU POUVOIR PAR LA CONTESTATION

JURIDICTIONNELLE DES DROITS

319. L'étude du recours comme forme de participation négative centre l'analyse de la démocratie autour des techniques de participation à la régulation du droit. L'assimilation de ce type de rapport de droit, entre producteurs et destinataires de normes et la démocratie, se dévoile en prenant pour référentiel le principe d'autonomie²⁰²⁶. Les procédures de participation sont en effet ontologiquement liées à la démocratie et peuvent, également, servir de référentiel d'évaluation du caractère démocratique d'un régime politique. La participation est néanmoins un terme polysémique²⁰²⁷. Sur le plan philosophique, « le propre de la participation, c'est de me découvrir un acte qui au moment où je l'accomplis, m'apparaît à la fois comme mien et comme non-mien, comme universel et personnel tout ensemble »²⁰²⁸. Elle vise, autrement dit, à créer une assimilation identitaire entre l'un et le multiple, l'individu et le groupe. Or, si la participation, en tant que corollaire du principe d'autonomie, peut être liée à tout procédé d'intervention des destinataires des normes à leur production, alors elle ne s'illustre pas exclusivement par le modèle traditionnel par le modèle de représentation politique par mandat. Il en est une condition nécessaire, mais non absolue. Comme le rappelle Kelsen, la qualité politique d'un droit peut s'apprécier, d'un point de vue fonctionnel, en ce que celui-ci permet « la participation des sujets du droit à la création du droit, à la fonction de création du droit »²⁰²⁹. Dès lors, le recours juridictionnel peut être considéré comme une forme de participation, telle que présentement définie. Il en est une manifestation et obéit à des principes qui lui sont spécifiques. En l'occurrence, il s'agit d'une procédure déclenchée par la contestation d'un droit, qui implique en cela une acception très spécifique de participation et, plus largement de l'autonomie démocratique. Premièrement, il est important de préciser que l'autonomie est ici reformulée, par rapport à son sens traditionnel, car elle implique une participation des justiciables essentiellement basée sur un processus de correction du droit (chapitre 1). La

²⁰²⁶ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, Trad. Ch. Eisenmann, Economica, coll. Classiques, 1988, p. 23.

²⁰²⁷ DEROSIER (J.-Ph.), « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir), *Nouvelle questions sur la démocratie*, Actes de la journée d'études du 4 décembre 2009, Sénat, Paris, organisée par l'Association française de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp. 107-116.

²⁰²⁸ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. Quadrige, rééd. 2013, p. 742.

²⁰²⁹ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2^e éd., 1999, p. 144.

stipulation d'une telle acception de la participation permet d'ouvrir le champ de l'autonomie démocratique, de la ramener à sa réalité pour, cette fois-ci, le réévaluer. Cette réévaluation vise alors à montrer que, sous cette forme, le processus d'autonomie s'opère par une contribution à l'évolution du droit au rythme des requêtes formulées par les justiciables (chapitre 2). De même qu'en arbitrant la confrontation constante entre des intérêts particuliers et collectifs, elle assure la conciliation entre permanence et actualisation de l'ordre juridique. C'est donc sous cette acception que cette participation à l'évolution du droit peut être assimilée à une forme de repolitisation.

CHAPITRE 1. UN PRINCIPE D'AUTONOMIE REFORMULE : LA PARTICIPATION A LA CORRECTION DU DROIT

320. La démocratie correspond à la forme de gouvernement la plus propice à satisfaire l'exigence d'autolégislation d'une communauté d'individus. Ce postulat est hérité de l'idée moderne de liberté, où l'individu est censé jouir d'un pouvoir d'autodétermination²⁰³⁰, se répartissant à la fois autour d'une sphère privée insusceptible d'ingérences extérieures et d'une sphère politique de législation garantissant un « processus d'émancipation »²⁰³¹. Penser juridiquement l'autonomie nécessite néanmoins de s'affranchir de certains idéaux et de prendre conscience de certains autres. Étymologiquement parlant, l'autonomie suppose la faculté de se donner soi-même ses propres règles. « Autonomie signifie, littéralement et profondément : posant sa propre loi pour soi-même. Autonomie explicite et reconnue : reconnaissance par la société d'elle-même comme source et origine ; acceptation de l'absence de toute Norme ou Loi extra-sociale qui s'imposerait à la société »²⁰³². Au sens strictement juridique, elle peut être réduite une méthode de production normative²⁰³³. De cette manière, la création du droit est assurée par les destinataires de ce même droit. La solution procédurale à cet objectif a été l'instauration du régime représentatif, sous couvert du principe majoritaire. Comme a pu le montrer Hans Kelsen, « la démocratie se satisfait d'une simple approximation de son idéal premier »²⁰³⁴. Le principe politique d'autolégislation est autrement dit une performance de l'autonomie dans sa « forme idéale »²⁰³⁵, car elle doit fatalement s'accommoder d'une minorité ne pouvant, à un moment donné, participer à la décision démocratique. Solution idéologiquement imparfaite, mais satisfaisante, ce principe majoritaire propose donc une vision incomplète de l'autonomie en tant que méthode de production normative. C'est par exemple ce qui a permis au penseur autrichien de présenter son célèbre modèle de garantie

²⁰³⁰ RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, Thémis, 9^e éd., tome 1, 2003, p. 6. La notion de « liberté-autonomie » au fondement de la Déclaration de 1789, est d'ailleurs le fruit sur un consensus philosophique inspiré des valeurs du christianisme. L'interprétation laïcisée de la Déclaration ne se fera qu'à partir de la fin du XIX^e siècle. Voir également, BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p. 746.

²⁰³¹ PADIS (M.-O.), « Les droits de l'homme dans la démocratie : questions autour de Marcel Gauchet », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 245.

²⁰³² CASTORIADIS (C.), *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1999, p. 479.

²⁰³³ PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 156.

²⁰³⁴ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 20.

²⁰³⁵ Voir, Introduction, p. 34.

juridictionnelle de la constitution²⁰³⁶, notamment compenser l'absence de pouvoir décisionnel de la minorité parlementaire. En ce sens, la procédure juridictionnelle vise à confronter les normes issues de la volonté des mandataires politiques par rapport à d'autres normes leur étant hiérarchiquement supérieures. Ainsi, cette forme de participation doit être étudiée au regard de la spécificité procédurale de la contestation des droits en justice (section 1). Basée sur un conflit légitime de droits, cette forme procédurale participe de manière plus diffuse et aléatoire à la suppression, la création ou la correction du droit. Elle doit donc être isolée en tant que forme de participation. Par ses caractéristiques, il convient d'assimiler le recours juridictionnel à une forme de participation négative (Section 2). Pour l'expliquer, cette participation prend racine, en quelque sorte, dans une association de principe : la liberté est autonomie, l'autonomie est procédure. Par la même occasion, cette proposition exige de prendre en compte l'implication des droits fondamentaux, en tant que permissions d'agir pour le justiciable, comme élément justificatif du déclenchement de la procédure juridictionnelle. Droits et procédures font office d'instruments garantis par le principe de justiciabilité, et conduit finalement à faire de la contestation juridictionnelle un moyen d'autonomie.

²⁰³⁶ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RD*, 1928, n° 45, pp. 185-257.

SECTION 1. LA PROCEDURALISATION DE LA CONTESTATION DES DROITS EN JUSTICE

321. Présupposer un concept de liberté selon un principe d'autodétermination par le droit demande de se séparer de la tradition contractualiste, résolue à régler la question de la domination du pouvoir de l'homme sur l'homme par le consentement, pour se focaliser sur le fait que l'autonomie est avant tout dépendante et conditionnée par les procédures prévues par l'ordre juridique. En ce sens, l'apport de la théorie kelsénienne repose sur sa volonté de « transposition de principes politiques abstraits en structures juridiques concrètes »²⁰³⁷. Elle sert ici de référentiel méthodologique se basant sur une épistémologie anti-cognitivistique et relativiste²⁰³⁸. La recherche d'un concept d'autonomie pose alors une question fondamentale propre à la démocratie : comment assurer la conciliation la plus efficiente possible entre l'entité collective appelée « peuple » et l'autonomie de l'individu en tant qu'entité particulière ? « Ici apparaît clairement le conflit insoluble qui oppose la liberté individuelle et l'ordre social, du fait que par son essence même, l'ordre social doit valoir objectivement, c'est-à-dire en dernière analyse, indépendamment de la volonté de ses sujets »²⁰³⁹. L'exclusion d'éléments extra-juridiques ou idéologiques amène, par ce prisme, à se consacrer essentiellement sur la façon dont l'ordre juridique prévoit les garanties propices à assurer une forme de gouvernement pluraliste et relativiste et assurant aux destinataires des normes d'en être eux-mêmes, directement ou indirectement, les auteurs. À ce titre, l'insertion du standard de justiciabilité s'illustre dans le fait qu'il rassemble un ensemble de garanties procédurales destinées à encadrer la revendication des droits par la voie juridictionnelle. En résumé, la démocratie est le régime le plus apte à satisfaire cette ambition « d'une part, parce qu'elle définit comme autonomie, liberté de chacun de se conformer aux normes qu'il a lui-même posées, ou qu'il a contribué à poser, conformément à ses propres valeurs, d'autre part parce qu'elle tolère l'expression de valeurs différentes »²⁰⁴⁰. Selon l'approche procédurale, l'autonomie est d'abord réduite à un mode de production de normes (§ 1). La nature institutionnalisée et autonome propre à la

²⁰³⁷ PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 160.

²⁰³⁸ « Dans son ouvrage sur la démocratie, Kelsen fonde le rationalisme démocratique sur l'impossibilité de déterminer ce qu'est en soi une décision démocratique [...] Reposant sur le relativisme éthique et l'affirmation corollaire de l'inaptitude de la raison à définir le juste, une telle critique de la raison démocratique implique une méta-éthique anti-cognitivistique qui débouche sur la désignation de l'autorité comme seule source et unique de détermination du juste ». VIALA (A.), « La cohabitation du savant et du politique dans l'œuvre de Kelsen », in HOCHMANN (Th.), MAGNON (X.), PONSARD (R.) (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, coll. Le sens de la science, 2019, pp. 217-218.

²⁰³⁹ KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁴⁰ TROPER (M.), « Positivism », in DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris PUF, 1992, p. 770.

procédure juridique devient ici, et à elle seule, un élément de légitimité de la démocratie²⁰⁴¹. Or, si c'est d'ailleurs ce qui rend acceptable le principe majoritaire comme solution la plus pertinente à garantir le principe d'autonomie, c'est aussi ce qui permet d'en constater la fragilité. C'est en cela que la contestation juridictionnelle des droits s'est présentée comme l'élément de promotion de la démocratie constitutionnelle : elle a trouvé sa justification en se présentant comme une solution aux limites inhérentes à l'autonomie politique (§ 2).

²⁰⁴¹ Cette propension du droit à se légitimer lui-même vient du fait qu'en obéissant à une logique d'autoréférentialité, il forme un système clos et autarcique. Voir à ce propos, LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, Cerf, Presses universitaires de Laval, 2001, p. 109.

§ 1. Un mode de production des normes

322. La méthode retenue ici vise à appréhender le principe d'autonomie comme en ensemble de procédures. Elle centre l'analyse de la démocratie sur un rapport de normes et d'habilitations. C'est en cela que l'autonomie s'incarne comme un certain mode de production de normes, par l'assimilation des volontés entre destinataires et producteurs. Elle appelle, de ce fait, à rejeter tout substantialisme visant à prescrire le contenu des décisions prises, pour s'orienter essentiellement sur les garanties procédurales permettant la prise de ladite décision. Ce relativisme présente pour avantage de porter au plus haut taux de généralité les principes entourant la démocratie de sorte à les rendre systématiques. Par ailleurs, c'est ce qui permet ensuite d'inclure la procédure juridictionnelle comme procédure de participation (négative). L'intérêt de cette analyse se dévoile donc par la méthode employée. Selon ces présupposés, cette assertion de l'autonomie appelle, tout d'abord, à adopter un concept formel de démocratie (A). Par suite, ledit principe appelle à se concentrer sur les destinataires des normes habilités à participer à la formation du droit. Selon cette logique les justiciables sont considérés comme des ordres juridiques partiels (B).

A. Un concept formel

323. Comme vu précédemment, une conception formelle de l'autonomie démocratique peut s'envisager comme un ensemble de procédures permettant aux destinataires des normes d'en être directement ou indirectement les auteurs. Il s'agit là d'une méthode spécifique conditionnant la démocratie en tant qu'objet de connaissance et, pour ce faire, peut être explicitée selon le syllogisme suivant : la démocratie est conditionnée par le principe de participation, la participation obéit à certaines formes procédurales, il est donc nécessaire d'opter pour une vision procédurale de la démocratie (1). Sa manifestation la plus courante et la plus évidente est celle des procédures électives propres au régime représentatif. Néanmoins, le principe majoritaire induit fatalement une part d'hétéronomie. Il n'est ainsi qu'une solution compromissaire (2).

1. La vision procédurale

324. Les présupposés relativistes de la méthode kelsénienne. La proposition de Hans Kelsen visant à adopter une conception formelle de la démocratie procède d'une démarche se voulant anti-substantialiste²⁰⁴². Le penseur viennois part en effet des apories du contractualisme, en se concentrant principalement sur la thèse idéologique de Jean-Jacques Rousseau²⁰⁴³, cherchant à traiter de la question de la liberté dans une recherche du meilleur gouvernement. La distinction majeure entre les deux thèses s'opère sur le plan axiologique. L'association entre les producteurs et les destinataires des normes résout, selon la thèse substantialiste, le problème politique de l'épuration de la propension du pouvoir à la domination. Dès lors, « le pouvoir-substance devient une norme-fonction »²⁰⁴⁴. La décision est alors considérée comme démocratique en raison de son contenu. La limite à cette vision se présente dans le fait qu'une décision ne peut dès lors pas être forcément considérée comme « bonne », même si elle a été adoptée démocratiquement²⁰⁴⁵. Selon cette même association, l'approche relativiste y voit simplement un moyen de production de normes juridiques. Par extension, il en découle que la décision est démocratique si elle est à l'initiative d'une majorité conjoncturelle, quel que soit son contenu. L'aspect procédural répond alors au problème de la légitimité de la décision par le prisme de la légalité. En somme, le fondement du principe d'autonomie ou d'autolégislation est pour ainsi dire le même dans les deux cas. C'est néanmoins sur la valeur²⁰⁴⁶ allouée à ce principe que les deux thèses divergent fondamentalement²⁰⁴⁷, en ce sens que, précisément, Kelsen ne raisonne, non pas en termes de valeur, mais en termes de validité. Selon ses termes, « promouvoir la démocratie ne revêt alors la forme que d'un énoncé technique et non axiologique »²⁰⁴⁸. D'un point de vue téléologique, ce dernier réfute la méthode axiologique qui cherche à faire correspondre l'idée de démocratie à sa réalité. Là réside la difficulté, car il s'avère alors impossible de faire correspondre ces deux niveaux de

²⁰⁴² BAUME (S.), *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Michalon, coll. Bien commun, 2007, p. 32.

²⁰⁴³ Voir à ce propos, Kelsen (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité », trad. Ph. Urfalino, *Raisons politiques*, 2014, n° 53, pp. 23-36. Sur ce point, voir également l'analyse proposée par le professeur HERRERA. HERRERA (C.-M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, pp. 120-122.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 266.

²⁰⁴⁵ Voir, VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 137.

²⁰⁴⁶ Cette valeur représente la question de savoir dans quelles mesures le principe selon lequel le peuple décide pour lui-même aboutit au fait que ce dernier édicte les meilleures décisions. Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 89.

²⁰⁴⁷ COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, op. cit., p. 11.

²⁰⁴⁸ VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie », op. cit., p. 137.

connaissance²⁰⁴⁹. L'écart entre l'idée et la réalité par une approche formelle découle ainsi du fait que, d'une part, la forme procédurale permet de se délier de toute appréciation morale quant au contenu de la décision²⁰⁵⁰ et, d'autre part, que le principe majoritaire amène toujours à appréhender le principe d'autonomie de manière relative.

325. L'autonomie par la procédure. Ce relativisme méthodologique conduit de ce fait à appréhender la démocratie comme une méthode de production des normes, permettant de fonder juridiquement l'idée de liberté par le prisme de l'autonomie. Pour ce faire, elle est appréhendée comme une technique²⁰⁵¹, sous un angle procédural²⁰⁵². Autrement dit, la concrétisation du principe d'autonomie, permettant aux destinataires des normes de participer à leur formation, est essentiellement réglée selon les procédures prévues par l'ordre juridique. Ce principe formel est l'élément intangible de la démocratie ; le contenu des décisions pris selon ces formes est, pour sa part, variable et conjoncturel, dès lors qu'il respecte les conditions de validité préétablies par lesdites procédures²⁰⁵³. En faisant de l'élément procédural le référentiel ultime de la démocratie, cette logique permet de fonder l'autorité du pouvoir selon une légitimité légale²⁰⁵⁴. De cette manière, elle est « une forme de domination, une méthode de justification de la domination par la procédure »²⁰⁵⁵. Ainsi, l'autorité est garantie par les

²⁰⁴⁹ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 25.

²⁰⁵⁰ « Pour légiférer, et cela veut dire pour déterminer les contenus de l'ordre social, non pas selon ce qui est objectivement le meilleur pour les individus soumis à cet ordre, mais selon ce que ces individus, ou leur majorité, croient à tort ou à raison être le meilleur – cette conséquence des principes démocratiques de liberté et d'égalité n'est justifiable que s'il n'y a pas de réponse absolue à la question de savoir ce qui est le meilleur, s'il n'y a pas quelque chose comme un bien absolu ». Kelsen (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité », *op. cit.*, p. 33.

²⁰⁵¹ Herrerra (C.-M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, pp. 118-120.

²⁰⁵² Jouanjan (O.), « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, p. 39.

²⁰⁵³ Pfersmann (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 165. Il n'empêche pas, d'ailleurs, que la volonté démocratique puisse se voir imposer des limites matérielles comme des garanties d'intangibilité limitant la décision. C'est par exemple le cas des limites à la révision constitutionnelle interdisant, en France, de changer la forme républicaine du gouvernement (Art. 89 al. 5 Const. 1958). C'est également le cas des clauses d'éternité prévues à l'article 79 al. 3 de la Loi fondamentale allemande. Néanmoins, selon le point de vue relativiste formel présentement adopté, rien n'empêcherait le pouvoir constituant de se contredire lui-même. L'histoire le prouve, le changement de constitution, peut se substituer à une révision constitutionnelle. Pour une synthèse sur la question, voir : Pfersmann (O.), « La constitution comme norme », in Favoreu (L.) et alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2021, pp. 75-170. Le thème a été largement débattu en doctrine. Nous renvoyons, par exemple, à la controverse entre le Professeur Beaud et le Doyen Vedel. Voir, Beaud (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, spéc. pp. 359-365 ; Vedel (G.), « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFD*, 1992, n° 2, pp. 173-184.

²⁰⁵⁴ Bobbio (N.), « Sur le principe de légitimité », *Annales de philosophie politique*, 1967, n° 7, pp. 47-56.

²⁰⁵⁵ Jestaedt (M.), « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, *op. cit.*, p. 210.

procédures de production de normes ouvertes aux destinataires identifiés par l'ordre juridique, de sorte que l'autorité n'a de consistance en soi seulement par sa référence aux prescriptions énoncées par l'ordre juridique sous fondement du principe de validité²⁰⁵⁶. Satisfaire de telles exigences nécessite, en revanche, de pallier certaines difficultés pratiques par le choix de la procédure la plus à même à satisfaire l'objectif d'autonomie. Le régime représentatif est le compromis le plus couramment utilisé dans les démocraties contemporaines. Or, la procédure d'élection des représentants impose une conception souple et approximative de l'autonomie.

2. La solution compromissoire du principe majoritaire

326. Le problème de l'assimilation des volontés. La théorie de la démocratie, telle qu'élaborée par Kelsen, vise à « produire un système pluraliste relativiste et libéral de domination »²⁰⁵⁷. Garantir néanmoins le principe d'autonomie par la procédure conduit inexorablement à se heurter au constat pragmatique de l'impossibilité d'en assurer une parfaite mise en œuvre. Cela ramène à une aporie traditionnelle de la philosophie politique, notamment celle énoncée par Jean-Jacques Rousseau²⁰⁵⁸, constatant l'inaptitude pour un système relativement important en taille et en nombre de garantir à chaque individu la possibilité de participer à l'élaboration des normes directement²⁰⁵⁹. Le principe d'autonomie stricte est alors atténué au profit du compromis de la participation indirecte par des procédures de désignation de mandataires chargés de l'élaboration des normes et de leur concrétisation. Une définition du principe d'autonomie est ainsi arrêtée : « La propriété constitutive de la démocratie est la participation des destinataires à la production normative selon le principe de majorité »²⁰⁶⁰. Ce compromis permet finalement de résoudre une difficulté fondamentale : il évacue la thèse idéologique du principe d'identité entre gouvernants et gouvernés, qui demeure impossible à réaliser en fait, pour raisonner plus simplement en termes d'assimilation. Autrement dit, « c'est à travers cette imputation juridique de la volonté de l'organe au peuple que le parlement est dit représentant, non en tant que sa volonté s'identifierait ou coïnciderait avec celle du peuple »²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 211.

²⁰⁵⁷ LEPSIUS (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie », in JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, *op. cit.*, p. 137.

²⁰⁵⁸ C'est pour cette raison que ROUSSEAU lui-même ne voyait la condition d'unanimité que dans le contrat social originaire. Voir, ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I, chap. V.

²⁰⁵⁹ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 20.

²⁰⁶⁰ PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 165.

²⁰⁶¹ LEPSIUS (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie », *op. cit.*, p. 152.

327. Légitimer le compromis. Pour le penseur autrichien, il y a effectivement une distinction entre la volonté du peuple et celle de ses représentants. Le Parlement produit une volonté qui lui est propre. Affirmer le contraire, comme le fait notamment Carl SCHMITT²⁰⁶², revient à adopter une vision idéologique de la démocratie qui ne peut être concrétisée au moyen du principe majoritaire. Le principe d'assimilation ou d'identification, de son côté, tolère une marge d'erreur en acceptant, d'une part, le fait que le parlement puisse avoir une volonté propre et, d'autre part, qu'une majorité puisse décider pour une minorité, car cette dernière peut tout aussi bien devenir majorité à son tour²⁰⁶³. La procédure d'élection des représentants sert précisément à légitimer ce compromis. Ainsi, « le principe de majorité représente l'approximation maximum de l'autonomie de l'individu »²⁰⁶⁴, mais aussi celle de la communauté. Il traduit le référentiel acceptable d'action du souverain au processus décisionnel par les organes de l'État.

B. Le justiciable comme ordre juridique partiel

328. Le relativisme méthodologique adopté, en se basant sur le principe d'autoréférentialité du droit, conditionne le peuple à la reconnaissance que l'ordre juridique lui octroie. Cette logique présente l'intérêt immédiat de résoudre la question de l'identification du peuple et en quoi ce dernier est légitime à être au fondement du droit en démocratie. Par suite, appréhender le peuple comme une unité juridique, revient simplement à le circonscrire au « peuple » reconnu et soumis à un même ordre juridique²⁰⁶⁵. Il est, en cela, désubstantialisé et ramené une conception procédurale. Autrement dit, formalisant le concept de démocratie par le droit, cette démarche écarte toute hypothèse essentialiste, prônant une préexistence ou une prédétermination du peuple, pour s'orienter vers une reconnaissance conditionnellement liée au droit ; le peuple devient ici simplement norme, le titulaire de droits justiciable devient, à son tour, un ordre juridique partiel. Dans cette perspective précise, dès lors qu'une procédure juridictionnelle permet de contester un droit, l'hypothèse de l'hétéronomie est théoriquement écartée (1). Cette affirmation n'est possible que par la réduction de l'autonomie à un phénomène strictement procédural. Elle revient en outre à reconnaître au justiciable un pouvoir juridique (2).

²⁰⁶² SCHMITT (C.), *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1994, p. 371.

²⁰⁶³ KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., pp. 20-28.

²⁰⁶⁴ ROSS (A.), « Qu'est-ce que la démocratie ? », *RDP*, 1950, n° 60, p. 36.

²⁰⁶⁵ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 2, sect. 1, §1, B.

1. La construction du peuple souverain

329. Le référentiel de l'ordre juridique, l'abolition des idéaux. S'interroger sur le peuple en tant qu'unité juridique permet de comprendre que le principe d'autonomie est relativement conditionné par les procédures prévues par l'ordre juridique, et que seules ces dernières servent la légitimité du peuple à être identifié comme source de production du droit. Tout d'abord, le passage du peuple empirique au peuple juridique s'opère par l'identification du souverain dont l'acte fonde la validité de la constitution. Or, avant l'acte constituant originaire, il demeure difficile d'identifier un souverain en ce qu'il n'est pas encore habilité par aucun ordre juridique. Kelsen résout alors ce problème par l'idée d'une légitimité à rebours. Il est considéré, en effet, une sorte de « préjuridicité »²⁰⁶⁶ de la souveraineté populaire²⁰⁶⁷. Ensuite, une fois la validité de la constitution proclamée, le souverain est identifié par l'ordre juridique comme étant le peuple, et c'est alors que le texte constitutionnel règle le principe de démocratie²⁰⁶⁸. Cette théorie normativiste du peuple considère donc ce dernier comme hétéronormé, car étant conditionné par le droit, elle déconstruit toute conception magnifiée d'un peuple souverain au pouvoir absolu. Comme l'explique le professeur BEAUD, c'est encore le relativisme méthodologique de Kelsen qui permet d'aboutir à de telles conclusions. « Le fait que le peuple soit désigné par des règles légales étatiques est la preuve irréfutable de l'inanité de la notion même de souveraineté du peuple puisque le titulaire de cette souveraineté serait hétéro-défini et donc hétéro-limité »²⁰⁶⁹. Cette idée de prédétermination du souverain à l'élaboration met ainsi en place un processus de légitimation. « Ce que la chaîne ininterrompue de légitimation est à la démocratie, la chaîne close de déduction de norme à norme l'est au droit positif »²⁰⁷⁰.

330. Le peuple comme « artefact du droit »²⁰⁷¹. La recherche du juriste viennois d'une théorie de la démocratie postulant l'unité du peuple vise à s'extirper d'une définition idéale qui pourrait lui être octroyée. Cette vision idéalisée caractérise la démocratie comme « une forme

²⁰⁶⁶ LEPSIUS (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie », *op. cit.*, p. 146.

²⁰⁶⁷ Le choix de la souveraineté populaire est ici pris pour fonder une forme de gouvernement démocratique.

²⁰⁶⁸ Voir sur ce point, Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 284. Voir également : CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, pp. 83-84.

²⁰⁶⁹ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 292.

²⁰⁷⁰ JESTAEDT (M.), « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 213.

²⁰⁷¹ HEUSCHLING (L.), « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, p. 44.

d'État ou de société dans laquelle la volonté générale est formée, ou — sans image — l'ordre social créé par ceux qu'il est appelé à régir, le peuple »²⁰⁷². Ladite approche conduit alors à professer une harmonie parfaite entre le peuple et le pouvoir, sous l'égide du principe d'identité entre les gouvernants et les gouvernés²⁰⁷³. Face à ces exigences, il convient, ensuite, de composer avec le problème *a priori* insoluble²⁰⁷⁴ de la diversité politique, sociologique ou encore culturelle par des performances telles que la solidarité ou l'unité nationale. Ainsi, la démocratie dissimulerait fictivement ses propres maux. Le problème s'éclaire, cependant, dès lors que la soumission du peuple au pouvoir est appréhendée comme un ensemble d'actes individuels déterminés et régis par l'ordre juridique étatique²⁰⁷⁵. L'ordre juridique construit l'unité fictive du peuple. L'unité du peuple est plus justement cette unité des actes individuels. Il n'y a donc unité seulement dans le sens où sont regroupés tous les individus et les actes auxquels ils sont soumis au sein d'un même système normatif. Le peuple est, autrement dit, un organe de l'État, « c'est-à-dire non pas une puissance extérieure à l'État, mais un corps dans l'État et dont la décision s'impute à l'État lui-même »²⁰⁷⁶. La logique d'autoréférentialité du droit aboutit, en résumé, au fait que le peuple est ce que l'ordre juridique étatique détermine comme étant le peuple, de même que pour mettre en œuvre le principe d'autonomie, « les individus n'entrent en ligne de compte comme titulaires du pouvoir qu'en tant que participants à la création de l'ordre étatique »²⁰⁷⁷.

2. L'identité relativement déterminée des titulaires de droits

331. L'autonomie normative. Si les destinataires de l'ordre juridique sont ceux-là mêmes qui sont identifiés par cet ordre, il est possible d'identifier ceux étant habilités à participer à l'élaboration des normes par des procédures préétablies. Cette approche a le mérite de résoudre le problème de l'identité des titulaires de droits. Pour ce faire, l'approche kelsénienne amène, d'abord, à revenir sur la notion de sujet de droit, lequel est « porteur » d'un

²⁰⁷² Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 23.

²⁰⁷³ Kelsen en vient à résumer cette définition selon les mots suivants : « *Démocratie signifie identité du sujet et de l'objet du pouvoir, des gouvernants et des gouvernés, gouvernement du peuple par le peuple* ». Ibid..

²⁰⁷⁴ Baume (S.), *Kelsen. Plaider la démocratie*, op. cit., p. 88.

²⁰⁷⁵ « *Le "peuple" n'est donc point — contrairement à la conception naïve que l'on s'en fait — un ensemble, un conglomerat d'individus, mais uniquement un système d'actes individuels déterminés et régis par l'ordre juridique* ». Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 26.

²⁰⁷⁶ Lepsius (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie », op. cit., p. 150.

²⁰⁷⁷ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., p. 27.

ensemble d'obligations juridiques²⁰⁷⁸. La faculté de se voir imputer des droits et des obligations caractérise le sujet de droit, la personnification d'un complexe de normes permet de son côté d'identifier la personne. La personnalité juridique vient alors servir de support au sujet de droit²⁰⁷⁹. C'est ensuite par la notion de pouvoir juridique, que le juriste autrichien distingue de l'obligation juridique²⁰⁸⁰, que va intervenir l'élément participatif, dans le sens où ce pouvoir octroie à l'individu-sujet une habilitation ou une compétence. De ce fait, « d'après l'ordre juridique, certains actes déterminés de cet individu aboutissent à la création ou à l'application de normes juridiques, ou tout au moins participent à cette création ou à cette application »²⁰⁸¹. La personne physique, sujet de droit, agit en tant qu'organe juridique, de sorte qu'elle peut être réduite en termes normatifs à « l'unité personnifiée de normes juridiques qui obligent et des normes juridiques qui investissent de droit un seul et même individu »²⁰⁸².

332. Une question d'habilitation. Par association, les individus supportant les mêmes droits et obligations peuvent former un organe juridique collectif formant ensemble le « peuple ». Au sein de cet organe qu'est le peuple se retrouvent d'autres sous-catégories, en fonction des pouvoirs juridiques octroyés à leurs membres. Ces pouvoirs juridiques peuvent prendre la forme de permissions d'agir, lesquelles servent, par exemple, à distinguer les nationaux, les citoyens, les non-citoyens ou les incapables. La faculté d'exercer des droits politiques permet, par exemple, la reconnaissance de principe de la citoyenneté. Elle est, en ce sens, un critère juridique d'identification des membres du corps souverain²⁰⁸³, habilitant chacun d'entre eux à exprimer sa volonté et décider pour l'ensemble de la collectivité²⁰⁸⁴ par des procédures de suffrage qui leur sont spécialement réservées. Rien n'empêche non plus l'ordre juridique étatique d'étendre ces pouvoirs à d'autres catégories de sujets en les limitant à certaines procédures, comme en atteste plus concrètement la possibilité pour des citoyens de

²⁰⁷⁸ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 170.

²⁰⁷⁹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, Sect. 2, §1.

²⁰⁸⁰ L'obligation juridique, pour un individu, « signifie uniquement qu'une certaine conduite de cet individu est le contenu d'une obligation statulée par l'ordre juridique, c'est-à-dire dont le contraire est érigé en condition d'une sanction ». Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 170.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² *Ibid.*, p. 175.

²⁰⁸³ L'identité du souverain est par exemple présentée par l'article 3 de la DDHC de 1789, énonçant que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ».

²⁰⁸⁴ Art. 3, Const. 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution ».

l'Union européenne résidant en France de jouir de droits politiques au niveau local²⁰⁸⁵. De la même manière, certains droits fondamentaux sont réservés à certaines catégories de sujets identifiés comme nationaux, non-nationaux ou étrangers en situation régulière ou irrégulière²⁰⁸⁶. Cette association demeure donc relativement déterminée par l'ordre juridique étatique et permet de distinguer différents organes juridiques, « de sorte que le rapport entre l'ordre juridique étatique et la personne juridique obligée ou investie de droits par lui est le rapport entre deux ordres juridiques, un ordre juridique total et un ordre juridique partiel »²⁰⁸⁷.

333. C'est donc la cohérence de cet ensemble qui fait l'autonomie du système juridique, en raison de son caractère autoréférentiel. Mais l'autonomie démocratique, en tant que forme de production normative obéit à d'autres exigences d'association des destinataires au producteur. En effet, elle est aussi relativement déterminée par les pouvoirs juridiques dont disposent ces destinataires et les procédures qui sont à leur disposition pour exercer ce pouvoir. Elle se mesure par le degré de concordance entre la volonté des destinataires des normes par rapport à celle des organes producteurs de normes.

²⁰⁸⁵ Art. 88-3, Const. 1958 : « *Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article* ».

²⁰⁸⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, chap. 1., sect. 2.

²⁰⁸⁷ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 179.

§ 2. Les limites démocratiques de l'autonomie

334. « Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution »²⁰⁸⁸. La définition du principe d'autonomie démocratique donnée par ROUSSEAU s'engage, fidèlement aux thèses contractualistes, dans une vision idéologique très exigeante et conditionnée de la démocratie. Dans sa vision formelle de la démocratie, Kelsen se donne quant à lui pour objectif de stipuler une définition se voulant réaliste. Selon cette démarche, il est *a contrario* nécessaire de composer avec une version imparfaite du principe d'autonomie. Considérant que chacun ne peut décider pour lui-même de manière absolue, la solution du principe majoritaire se présente comme le compromis historique le plus efficient pour garantir cette autonomie. Encore faut-il accepter qu'il soit, en même temps, « la plus grande approximation possible de l'idée de liberté dans une réalité politique »²⁰⁸⁹. L'obligation d'opter pour le système majoritaire génère fatalement son lot de fictions et de paradoxes ; pour être concrète et effective, l'autonomie ne peut être qu'imparfaite. C'est sous ces traits que la solution du régime représentatif, tout en étant fondamentalement aporétique, trouve sa justification (A). Il se pose alors le problème d'échapper à la charge idéologique d'une théorie de la souveraineté légitimant la compétence absolue du Parlement. L'assimilation à la souveraineté populaire ne doit ainsi pas conduire à omettre que celui-ci demeure un organe de l'État soumis à la Constitution. Pour parfaire le raisonnement, donc, il s'agit de revenir sur la nécessité de relativiser la souveraineté du Parlement (B).

A. L'aporie logique du système représentatif

335. Le système représentatif, par la procédure de mandat, s'articule autour d'une division du travail, habilitant alors des représentants à exprimer une volonté qui sera juridiquement concrétisée, selon certaines procédures et dont ils seront responsables²⁰⁹⁰. En tant que modèle cardinal et indispensable pour penser l'autonomie démocratique moderne, il est à la fois une théorie de la justification du pouvoir et une solution « faute de mieux ». Il dispose, à ce propos,

²⁰⁸⁸ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre I, chap. VI.

²⁰⁸⁹ Kelsen (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité », *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁹⁰ Voir notamment, Kelsen (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 339.

d'un héritage doctrinal philosophique, politique et juridique aussi ancien que conséquent²⁰⁹¹. C'est pourquoi la présente analyse se borne seulement à mettre en lumière ses contradictions logiques en opposant principalement un point de vue prescriptif à une démarche descriptive²⁰⁹². Le raisonnement part alors du postulat suivant : l'autonomie suppose une identité commune entre destinataires et producteurs des normes ; la représentation est une fiction destinée à rendre assimilables au mieux les volontés exprimées par les citoyens et celle des représentants. Cette distinction permet de mettre en avant, d'une part, le fait qu'en obéissant à un principe de contingence (1), le système représentatif dévoile une faiblesse qui lui sert aussi de justification. Il en résulte qu'il doit, d'autre part, composer fatalement avec une part persistance d'hétéronomie (2).

1. Le principe de contingence

336. Le relativisme inhérent à la démocratie présente à la fois un inconvénient et un avantage. Ce dilemme se dévoile notamment en comparant deux visions radicalement distinctes du régime représentatif entre celle de l'abbé SIEYES et celle de Hans Kelsen. Si l'opposition paraît évidente, elle permet surtout de montrer l'importance de la méthode employée et, de plus, de constater qu'inconvénients et avantages sont interchangeables.

337. Le problème idéologique chez l'abbé SIEYES. Pour commencer, la première exigence demande de s'accoutumer à l'idée que le pouvoir du peuple par le peuple doit obligatoirement se satisfaire d'un certain degré d'approximation, afin de ne pas demeurer une simple idéologie. L'autonomie pure, préconisant une corrélation parfaite entre la volonté de chaque individu et les normes auxquelles il est soumis, est un vain projet du fait de l'impossibilité logique de faire participer tous les individus d'un même système. Cette conception idéologique se heurte frontalement au plaidoyer rousseauiste aux termes duquel « la souveraineté ne peut être représentée »²⁰⁹³. L'exigence d'une autonomie sans compromis

²⁰⁹¹ Au regard de la masse littéraire consacrée au sujet, nous renvoyons à trois ouvrages synthétisant la question : BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, 396 p. ; ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 2010, 496 p. ; MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, Champs/essais, 2014, 347 p.

²⁰⁹² Il s'agit ici de cibler le raisonnement sur la question de l'autonomie. La question du caractère démocratique du régime représentatif engage des réflexions plus larges qui ne seront pas traitées ici. Pour un aperçu de ces questions, voir : TURPIN (D.), *Le régime représentatif est-il démocratique ?*, Paris, PUF, 1978, 192 p.

²⁰⁹³ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, L. III, chap. XV.

reviendra également dans les mots de SIEYES, pointant l'incompatibilité entre démocratie et système représentatif. Ainsi, déclare-t-il que « les citoyens qui se nomment des représentants renoncent et doivent renoncer à faire eux-mêmes la loi ; ils n'ont pas de volonté particulière à imposer. S'ils dictaient des volontés, la France ne serait plus cet État représentatif ; ce serait un État démocratique. Le peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (et la France ne saurait l'être), le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants »²⁰⁹⁴. Autrement dit, selon un raisonnement déductif simple, s'il est nécessaire d'aménager un système représentatif pour la France, alors la France ne peut être une démocratie. Cette posture permet de mettre en évidence l'importance décisive des présupposés méthodologiques et définitionnels employés. En effet, la négation de la compatibilité entre la démocratie et le régime représentatif provient du fait que ce dernier se fonde sur une définition rousseauiste de la démocratie qui, par logique, s'oppose effectivement à l'instauration de mandataire exerçant la souveraineté à la place du peuple²⁰⁹⁵.

338. La solution kelsénienne. Cet inconvénient peut cependant, et secondement, se présenter comme un avantage, car la méthode constructiviste kelsénienne permet de stipuler une définition qui rend réalisable la démocratie ; projet qui ne serait plus seulement l'apanage des dieux, comme l'affirmait ROUSSEAU²⁰⁹⁶. Cette extraction de la lourde charge idéologique pesant sur la démocratie s'opère par la fiction de la représentation et permet au mieux une démocratie « réalisable ». Dès lors, l'autonomie n'est pas garantie à tous ; elle ne saurait l'être. Mais, il est obligatoire de se satisfaire d'un certain niveau d'imperfection²⁰⁹⁷. Elle est contingente aux termes d'un consensus prônant, d'une part, le fait que la décision de la majorité représentée permet de garantir le degré le plus élevé possible de concordance entre les volontés et, d'autre part, l'idée selon laquelle le système permet à la minorité de devenir un jour majorité au regard des attentes des sujets de l'ordre social²⁰⁹⁸. À titre d'exemple, cette solution tranche radicalement avec celle proposée par Thomas HOBBS, considérant l'habilitation comme donnée une fois

²⁰⁹⁴ SIEYES (E.), « Discours sur l'organisation du pouvoir législatif et la sanction royale à la séance du 7 septembre 1789 », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1989, t. I, p. 1027.

²⁰⁹⁵ Voir à ce propos, BASTID (P.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Librairie Hachette, 1939, spéc. pp. 572-573. Plus largement, voir, également : PASQUINO (P.), *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, éd. Odile Jacob, 1998, 272 p.

²⁰⁹⁶ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, L. III, chap. IV.

²⁰⁹⁷ KELSEN (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité », *op. cit.*, pp. 33-34.

²⁰⁹⁸ Sur ce point, voir également : BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Réunis, traduits et présentés par O. Jouanjan, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, spéc. pp. 291-300.

pour toutes, dès lors que l'assemblée représentative est formée. L'accord de volonté des individus est ainsi un acte créateur irrévocable²⁰⁹⁹. Ainsi, « l'idée sous-jacente au principe de majorité est que l'ordre social sera en concordance avec le plus de sujets possibles et en discordance avec le moins possible »²¹⁰⁰. Le caractère démocratique s'identifie, en effet, par la relativisation du principe de domination de la majorité, au moyen d'une habilitation juridiquement formalisée, renouvelée et permanente procurant une égale et éventuelle prédisposition à gouverner²¹⁰¹. Ce principe a d'ailleurs été expressément formalisé par la Cour EDH, dans son arrêt *SAS c. France*, laquelle énonce que « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité, mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus de position dominante »²¹⁰². Cette formulation est fondamentale, car, d'un côté, elle autorise le compromis entre démocratie et représentation et, d'un autre côté, elle permet de résoudre le problème de l'autonomie démocratique par une construction théoriquement acceptable et réaliste (entendue ici comme réalisable en pratique). De ce fait, parce que la décision majoritaire « peut être démocratiquement abolie, elle est juridiquement précaire »²¹⁰³, et c'est précisément là sa vertu démocratique.

2. La persistance de l'hétéronomie

339. L'autonomie « imparfaite ». La « précarité » de la décision démocratique, impliquant une imperfection dans le principe d'autonomie, conduit à considérer obligatoirement un certain degré d'hétéronomie. C'est d'ailleurs à contrepied de ce principe que les théories contractualistes ont tenté de justifier les fondements d'un pouvoir décisionnel venant du peuple par la fiction de l'autonomie parfaite. C'est néanmoins au moyen d'une autre fiction, celle de la représentation, que la démocratie trouve son opérationnalité. L'obligation de composer avec une autonomie dite « imparfaite » renvoie alors au problème de l'hétéronomie. Cette question est souvent ignorée dans le régime démocratique²¹⁰⁴. En effet, elle est

²⁰⁹⁹ Voir, HOBBS (Th.), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, 1651, chap. XVII. Pour une analyse, voir, par exemple : JAUME (L.), *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1986, 244 p.

²¹⁰⁰ Kelsen (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité *op. cit.*, p. 28.

²¹⁰¹ *Ibid.*, p. 31.

²¹⁰² CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11, §128.

²¹⁰³ PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 161.

²¹⁰⁴ TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso coll. Manuel, 34^e éd., 2013, spéc. pp. 152-160.

habituellement mobilisée pour illustrer les régimes de type aristocratiques, totalitaires²¹⁰⁵, ou ceux des « Anciens » basés sur la volonté divine que tous les individus doivent suivre²¹⁰⁶. La nécessité d'accepter le paradoxe selon lequel la totalité des individus soumis au pouvoir étatique n'est pas, dans son ensemble, celle qui participe à la création de ce même pouvoir découle de sa part de fiction. En effet, la logique du mandat représentatif veut que la volonté du peuple et celle du Parlement soient deux volontés distinctes²¹⁰⁷. Cet argument, notamment présenté dans la *Théorie pure du droit*, se fonde sur une confusion entre identité et assimilation des volontés²¹⁰⁸. La Constitution du 4 octobre 1958 en offre, par exemple, une illustration simple, en prévoyant à la fois, en son article 3, l'exercice de la souveraineté nationale, notamment, par le biais des représentants et, en son article 27, l'interdiction du mandat impératif.

340. Une imperfection inhérente au principe du mandat. Le principe du mandat est l'aporie la plus flagrante du principe d'autonomie, car il met ensuite en œuvre un argument d'opportunité centré sur l'inadéquation entre les volontés individuelles et les intérêts collectifs. Autrement dit, le principe majoritaire permet d'atteindre le degré le plus satisfaisant d'autonomie en rendant légitime, d'une part, le fait que la minorité doive obéir à la décision majoritaire alors qu'elle n'y a pas consenti et, d'autre part, le fait qu'un individu ayant exprimé son suffrage en faveur de la majorité ne signifie pas non plus qu'il consent à toutes les décisions prises. Rien n'indique fondamentalement que l'être collectif, incarné dans le citoyen participant, ne coïncide avec l'individu en tant qu'être particulier²¹⁰⁹. Enfin, sur un plan juridiquement plus tangible, l'hétéronomie s'identifie plus simplement au regard du fait que le nombre de titulaires de droits politiques, entendus comme « les droits qui ont pour contenu la participation à la formation de la volonté générale »²¹¹⁰, est effectivement moins élevé que le nombre de destinataires de l'ordre juridique. Se retrouve ici le principe d'hétéronormation du peuple, supposant que l'ordre juridique identifie un certain nombre de titulaires habilités à participer à

²¹⁰⁵ Voir, par exemple, BARTHELEMY (J.), *Précis de droit public*, Paris, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, pp. 31-35.

²¹⁰⁶ Voir à ce propos, VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie », *op. cit.*, p. 134.

²¹⁰⁷ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, pp. 20-28.

²¹⁰⁸ Pour une synthèse sur la question, nous renvoyons à l'analyse critique proposée par le professeur BRUNET relative au concept de représentation dans la pensée de Kelsen et aux réflexions épistémologiques qui y sont associées. Voir, BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, spéc. pp. 5-11.

²¹⁰⁹ « Si les citoyens ne sont libres que dans leur ensemble dans l'État, il est logique — et nombre d'auteurs en tiennent compte — que ce soit la personne État qui soit libre, et non plus chaque citoyen. C'est ce qu'exprime aussi la formule que seul est libre le citoyen d'un État libre ». Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 22.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 27 ; Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 143-145.

la formation de la législation²¹¹¹. C'est par exemple selon ce principe que s'articulait, auparavant, la distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs ; le peuple actif étant celui qui disposait de droits politiques et le peuple passif formait le reste des individus soumis aux normes de l'ordre juridique. Cette distinction a principalement été mobilisée à dessein d'identifier les catégories de sujets de droit exclues de la possibilité de participer aux procédures électives et a acquis une certaine postérité, à l'occasion d'initiatives doctrinales bien connues, notamment en France avec SIEYES²¹¹², ou en Allemagne avec JELLINEK²¹¹³. Aujourd'hui, par ailleurs, l'article 2 de la Constitution de 1958 énonce un principe général d'identification des individus habilités à participer par le biais du suffrage, en prescrivant que « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». Ceci est également complété par un ensemble de conditions d'âge et de capacité de l'individu²¹¹⁴. Rien n'indique non plus, en fait, que les titulaires de droits politiques exercent effectivement leurs droits. La solution du régime parlementaire comme forme de gouvernement la plus appropriée à garantir le plus possible d'autonomie et le moins possible d'hétéronomie est ainsi lourde de responsabilités, de sorte que certaines garanties supplémentaires peuvent y être ajoutées.

B. La souveraineté parlementaire relativisée

341. La logique représentation s'est formée autour d'un impératif de légitimation du pouvoir souverain, mais elle a montré, historiquement, ses faiblesses. En tant que représentant de la parole de la volonté générale souveraine, le Parlement dispose traditionnellement du monopole d'un procédural visant à garantir l'autonomie, et ce, par le suffrage. Or, comme vu précédemment, le principe du mandat est inévitablement producteur d'hétéronomie. Ces abus et faiblesses du parlementarisme ont fait l'objet de nombreuses réflexions chez les grands juristes publicistes sous la III^e République²¹¹⁵. Il ne s'agit pas de revenir sur ces questions, mais

²¹¹¹ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, op. cit., pp. 27-29. Pour une synthèse actuelle sur la question, voir : MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, spéc. pp. 123-169. Voir aussi, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, B.

²¹¹² Voir en ce sens, SIEYES (E.), « Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen. Discours des 20 et 21 juillet 1789 », in FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, op. cit., p. 1014.

²¹¹³ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), Éd. Panthéon-Assas, coll. les Introuvables, rééd. 2005, pp. 37-38.

²¹¹⁴ Pour une synthèse actuelle sur la question, voir : MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, op. cit., spéc. pp. 123-169 ; Voir *Supra*, P. 1, T. 1, Chap. 1, sect. 1, §2, B.

²¹¹⁵ Voir, Introduction, p. 73.

simplement d'en montrer l'opportunité. Centrées sur une relativisation de la souveraineté parlementaire, elles sont l'illustration d'une logique plus large selon laquelle le principe de représentation demeure, par principe, limité en tant que mécanisme de concrétisation de l'autonomie. Dès lors que la demande sociale en représentativité excède la capacité de représentation des institutions, la légitimité du Parlement devient déficiente (1). Pour combler ces lacunes, certains auteurs, dont la première figure demeure celle de Hans Kelsen, vont avancer la nécessité d'une garantie juridictionnelle de la constitution (2). L'enjeu est important, il renouvelle les garanties de la démocratie²¹¹⁶. Mais il faut garder à l'esprit qu'il s'agit d'un modèle préalablement prescrit comme une valeur ajoutée, fondé sur l'exigence du respect de la hiérarchie des normes. Comme le fait remarquer le professeur VIALA, « le parti pris ontologique du penseur autrichien l'a conduit à croire en l'évidence technique d'un mécanisme procédural que les acteurs juridictionnels auraient en réalité imposé de façon stratégique-normative »²¹¹⁷.

1. Un défaut de légitimité

342. La recherche de la représentation la plus efficiente. Les conditions nécessaires à la garantie du principe d'autonomie relèvent principalement de l'exigence d'un système pluraliste et libéral. C'est ce qui conduit le penseur viennois à présenter le régime parlementaire comme la forme de gouvernement la plus propice à garantir la démocratie²¹¹⁸. L'association du « peuple-participant » au « peuple-législateur » au sein d'une assemblée permet la représentation la plus efficiente de la diversité des intérêts présents dans l'ordre social. Il faut néanmoins se préserver de toute idéalisation du parlement quant à son rôle de représentant et d'organe d'expression de la souveraineté populaire. Tels sont les mots d'ordre du libéralisme classique²¹¹⁹ et c'est, en effet, ce qui conduit à retomber dans l'idée d'une recherche de la meilleure décision démocratique. Dès lors qu'est sans cesse associée la souveraineté populaire au parlementarisme, ce dernier en vient inévitablement à souffrir de discrédit²¹²⁰. Chargé de répondre aux attentes d'une autonomie visant à assimiler au mieux le souverain à la décision majoritaire, il demeure effectivement logique de considérer le parlementarisme comme

²¹¹⁶ Concernant la question de la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 1.

²¹¹⁷ VIALA (A.), « La cohabitation du savant et du politique dans l'œuvre de Kelsen », *op. cit.*, p. 227.

²¹¹⁸ Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 38-43 et pp. 57-66.

²¹¹⁹ De manière illustrative, voir : TOCQUEVILLE (A. de), *Le despotisme démocratique*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2009, 99 p.

²¹²⁰ Kelsen (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité », *op. cit.*, pp. 33-34.

« démocratiquement déficitaire »²¹²¹ aux yeux de la souveraineté populaire. Quoiqu'il en soit, l'idéal est toujours trahi, dès lors qu'il demeure considéré comme tel. Il convient alors de garder à l'esprit que le compromis du système représentatif ne peut résoudre un problème dont il est une alternative. Ajoutée à cela, la rationalisation de la représentation des intérêts au sein du Parlement, par la formation des partis politiques, apporte un degré de fiction supplémentaire, sans pour autant nier son indispensabilité en pratique²¹²².

343. Les limites. En gardant pour postulat le fait que le mandat représentatif s'articule autour d'une distinction entre la volonté du peuple et celle du parlement, il convient de considérer que la souveraineté allouée à l'organe parlementaire doit être mesurée en fonction des habilitations que lui confère la constitution. Prôner l'identité des représentants et des représentés aboutit, en effet, à une confusion. Elle donne une légitimité *a minima* politique aux assemblées pour exercer de manière absolue la souveraineté nationale²¹²³. Ce type de discours, principalement professé à la Révolution, a été par la suite fermement combattu par la doctrine libérale, puis constitutionnaliste de la fin du XIX^e et du début du XX^e, afin de redonner à la constitution sa valeur, entendue juridiquement, de norme hiérarchique supérieure et encadrer l'action des pouvoirs publics²¹²⁴. Il y a, par voie de conséquence, une rupture supplémentaire dans l'autonomie si l'omnipotence du parlement conduit à ce qu'il soit assimilé au souverain. C'est notamment en réaction à cette assimilation trompeuse que CARRE DE MALBERG plaidera pour la réhabilitation de « souveraineté de la volonté générale », en tant que véritable souveraineté « effective et agissante »²¹²⁵. Par ailleurs, sur le plan de la légitimité politique du Parlement, cette surévaluation de ses pouvoirs conduit inversement à un malaise récurrent. Submergé d'attentes qu'il ne saurait concrètement satisfaire, le parlementarisme se voit apprécié

²¹²¹ LEPSIUS (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie », *op. cit.*, p. 148.

²¹²² Kelsen (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, *op. cit.*, p. 29.

²¹²³ Cette confusion sera par exemple pointée par Édouard LABOULAYE, dans ses *Questions constitutionnelles*. « Pour les français, les chambres sont les voix de la nation, et, comme rien ne peut limiter la volonté nationale, il nous semble que rien non plus ne doit limiter l'autorité législative des assemblées. Nous identifions le mandataire et le mandant, déplorable confusion qui confisque la souveraineté nationale au profit de quelques hommes et laisse le pays à leur merci ». LABOULAYE (E.), *Questions constitutionnelles*, Paris, Éd. Charpentier et Cie, 1872, rééd. Hachette livre, BnF, p. 385.

²¹²⁴ Outre chez Kelsen, qui en fera l'exposé le plus tranché et développé, on retrouve par exemple ces idées chez les constitutionnalistes français. Voir par exemple, HAURIU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^e Éd., présentation par J. Hummel, rééd. Dalloz, 2015, pp. 266-292 ; CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, pp. 223-235 ; ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel et comparé*, Paris, Sirey, 1914, 6^e éd., pp. 562-564 et pp. 599-602 ; MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 5-53 ; RAYNAUD (P.), « constitutionnalisme », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 269.

²¹²⁵ Voir à ce propos, BEAUD (O.), « La souveraineté dans la "contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, n° 5, spéc. pp. 1298-1300.

comme « démocratiquement déficitaire »²¹²⁶. C'est, de surcroît, ce qui poussera le juriste français à proposer le développement de procédés de démocratie directe et du contrôle de constitutionnalité²¹²⁷. La solution consiste donc à s'en remettre à la Constitution pour contrôler le champ d'action du Parlement au regard de son habilitation constitutionnelle et des éventuelles atteintes aux droits et libertés constitutionnels que ces décisions sont susceptibles de générer.

2. La nécessité d'une garantie juridictionnelle de la Constitution

344. Un impératif de hiérarchie formelle. L'instauration d'une garantie juridictionnelle de la Constitution par la justice constitutionnelle présente pour Kelsen, telle qu'il l'a présentée dans son article de 1928²¹²⁸, un enjeu crucial pour sa théorie de la démocratie. Il s'agit ici de voir en quoi le principe d'autonomie se trouve valorisé par un contrôle de constitutionnalité des lois. Il n'est premièrement pas question de rechercher dans la constitution « une vérité substantielle de la norme constitutionnelle »²¹²⁹. C'est à cette occasion que les pouvoirs du parlement sont démystifiés. En considérant ce dernier comme un organe de l'État à part entière, habilité par la constitution à produire un certain type de normes, le contrôle de constitutionnalité garantit la hiérarchie formelle de la constitution. « Si, contrairement à ces vues, on continue d'affirmer l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la souveraineté du législateur, c'est simplement pour dissimuler le désir de la puissance politique qui s'exprime dans l'organe législatif — en contradiction patente avec le droit positif — limiter par les normes de la Constitution »²¹³⁰. Autrement dit, affirmer dès lors que le contrôle de constitutionnalité est incompatible avec la souveraineté du législateur, c'est se conformer strictement et simplement à un discours politique visant à promouvoir sa toute-puissance²¹³¹. La critique d'une

²¹²⁶ LEPSIUS (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie *op. cit.*, p. 148.

²¹²⁷ CARRE DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. « Classiques », spéc. pp. 124-126.

²¹²⁸ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, pp. 185-257. Il ne s'agit pas ici de reprendre dans son intégralité la thèse de Kelsen sur la justice constitutionnelle, mais de cibler en quoi cette théorie sert une théorie de l'autonomie démocratique. Pour des développements plus précis sur la question, nous renvoyons à l'immense littérature consacrée sur le sujet. Parmi les ouvrages classiques sur les théories de la justice constitutionnelle, voir notamment : FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, 564 p. ; EISENMANN (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, rééd. PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1986, 383 p.

²¹²⁹ JOUANJAN (O.), « Présentation. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », *op. cit.*, pp. 11-46.

²¹³⁰ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 224.

²¹³¹ *Ibid.*, p. 225.

atteinte à la séparation des pouvoirs est également écartée, car, de la même manière, le juge constitutionnel veille à la bonne répartition des compétences entre les différents organes de l'État.

345. La thèse de la différenciation. Secondement, elle met en œuvre la thèse de la différenciation, consistant à postuler que la démocratie ne peut se pérenniser qu'à la condition de garantir un degré minimum de pluralisme, assuré, par exemple, par certaines libertés comme celle de penser ou de s'exprimer²¹³², et qui ne peut être véritablement opératoire qu'en limitant la majorité dans ses décisions. Il s'agit, en somme, de considérer que la minorité dispose de droits dont elle peut faire valoir l'effectivité par le biais d'un organe contrôle, ou de calcul des défauts, en cas de violation²¹³³. Sur le plan de l'opportunité, par ailleurs, l'argument phare consiste à dire qu'elle permet à la minorité d'opposer des normes constitutionnelles à la majorité devant un juge, afin de favoriser l'élément dialogique dans la procédure parlementaire²¹³⁴. C'est par exemple sur ce fondement que la doctrine constitutionnaliste, notamment sous la plume de Boris MIRKINE-GUETZEVITCH la même année, voit en l'imposition au législateur de principes matériels constitutionnels un moyen de « rationalisation du pouvoir »²¹³⁵.

346. Ainsi se trouve la justification de l'instauration d'une justice constitutionnelle. Elle est pleinement insérée dans le principe d'autonomie afin de veiller à encadrer les écarts de la décision majoritaire et y insérant, au nom de la Constitution, la volonté de la minorité. Il s'agit là d'un point de départ bien connu, néanmoins indispensable. En cette qualité, elle contribue à faire du juge un moyen de correction circonstancié du principe d'autonomie, voire l'acteur d'une procédure d'autonomie à part entière. Il s'agit de l'argument premier, et toujours d'actualité, visant à promouvoir la démocratie constitutionnelle²¹³⁶. Son intérêt réside dans le

²¹³² La jurisprudence a aujourd'hui confirmé cette affirmation. Le Conseil constitutionnel a notamment déclaré que « le pluralisme des courants d'idées et d'opinions [...] constitue le fondement de la démocratie » (Cons. const., n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cons. 12). Dans le même sens, la jurisprudence *Handyside* de la Cour EDH a de son côté rappelé que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique » (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A, n° 24, §49). Voir, *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, sect. 1, §2, B., 2.

²¹³³ Voir à ce propos, PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 162.

²¹³⁴ « Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite, dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée ». Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 253.

²¹³⁵ MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 53.

²¹³⁶ Voir, en ce sens : TROPER (M.), « La démocratie comme État de droit », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2001, pp. 29-48.

problème qu'il a pointé pour se construire : comment assurer une meilleure autonomie. Néanmoins, si la justice constitutionnelle peut être considérée comme un palliatif à l'hétéronomie générée par la représentation, elle ne doit pas non plus être mystifiée. Il s'agit, à présent, de montrer qu'elle obéit à une logique qui lui est propre et que, en termes d'autonomie, chaque solution mobilise une logique et schéma procédural propre.

SECTION 2. L'ASSIMILATION DU RECOURS JURIDICTIONNELLE A UNE FORME DE PARTICIPATION NEGATIVE

347. La participation politique et la participation négative sont deux phénomènes distincts. Elles sont néanmoins au service d'un principe d'autonomie dit « démocratique », en mettant en scène deux principes respectifs : l'opposition (juridictionnelle) et le consentement (politique). La première sera nommée « participation négative », afin de la distinguer de la seconde qui met en jeu une participation à proprement parler « politique ». La participation négative se distingue, en effet, de la participation politique, en s'incarnant comme mécanisme correctif. La participation politique ne permet, par logique et comme vu précédemment, qu'une autonomie relative. La participation négative, quant à elle, implique, premièrement, un nombre plus indéterminé de titulaires de droits. Deuxièmement, elle se matérialise par le biais de procédures spécifiques assurant un contrôle supplémentaire des anomalies de l'ordre juridique selon un rapport de validité et de conformité²¹³⁷. Pour ce faire, elle suscite, troisièmement, l'intervention d'un tiers impartial et indépendant dont l'objectif est d'arbitrer un conflit d'intérêts traduit en droit. Enfin, du point de vue du justiciable, la possibilité de contestation est conditionnée par la titularité de droits fondamentaux lesquels sont, à leur tour, le référentiel principal du mécanisme de participation négative en s'incarnant comme des permissions juridiques d'agir. C'est à partir de là qu'apparaît la contribution du standard de justiciabilité à la logique démocratique. Les droits justiciables donnent aux titulaires de droits un pouvoir juridique se concrétisant par la possibilité de revendiquer la correction d'une irrégularité au sein de l'ordre juridique. Par cet aspect, ils permettent la mise en confrontation à la fois de l'intérêt subjectif du justiciable et de l'intérêt objectif de l'ordre juridique dans son ensemble. L'initiative individuelle visant contester un droit, une fois la décision du juge rendue, fait ensuite bénéficier la collectivité de la suppression ou de la modification de la norme litigieuse. C'est selon ces termes que le recours dévoile son implication à l'autonomie. Ainsi, contester, c'est aussi susciter l'interrogation, en vue de la suppression, de la reconnaissance ou de la modification du droit. Or, la cohérence de cette proposition dépend de la définition retenue du recours comme procédure spécifique de participation. Il s'agit alors de procéder cumulativement à la mise en évidence du caractère participatif du recours (§ 1), et de la particularité de son caractère négatif (§ 2).

²¹³⁷ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. *op. cit.*, pp. 193-216 et pp. 237-253 ; Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, pp. 185-257.

§ 1. Le caractère participatif du recours

348. L'assimilation du recours à une technique de participation appelle à prendre connaissance du contexte politique dans lequel cette affirmation prend son sens, pour ensuite l'isoler afin de la décrire en tant que phénomène juridique particulier. Sur le plan politique, la symbolique du juge, palliatif aux insuffisances du régime représentatif traditionnel, est imprégnée d'un environnement discursif visant à véhiculer l'idée d'un rapprochement entre la société civile et le pouvoir politique par la promotion du modèle du tiers impartial. La remise en question permanente des décisions émanant des organes politiques, par le biais de la justice, s'incarne alors comme un nouveau modèle démocratique, reprenant les préceptes libéraux traditionnels relatifs à une surveillance constante du pouvoir. Phénomène politique et discours, ce mouvement peut néanmoins être analysé selon un autre point de vue pour être décrit au regard du droit. Traduit en termes juridiques, il s'autonomise en incarnant un processus de « *procéduralisation* »²¹³⁸ que connaît la démocratie constitutionnelle moderne, présupposant une diversité croissante de procédures permettant aux destinataires de normes de susciter l'examen, la modification ou la suppression de ces mêmes normes, par le biais de tiers impartiaux habilités à cet effet. Figure dominante en la matière, le recours juridictionnel peut témoigner de sa compatibilité avec la définition stipulative de la participation précédemment énoncée. C'est, par ailleurs dans cette logique, que le standard de justiciabilité témoigne de son implication. La démarche consiste alors à dégager un concept pour en apprécier l'opportunité. Il convient, à ce propos, de détailler quels éléments définitionnels conditionnent la réunion des deux termes sous le concept de participation négative (A). L'utilité d'un tel concept est par la suite dévoilée en ce qu'il vient préciser le concept d'autonomie normative (B).

A. Éléments de définition

349. L'adjectivation du concept de participation dans son versant négatif consiste à donner à celui-ci un usage compatible avec les caractères spécifiques du recours juridictionnel. Il conditionne en même temps l'implication démocratique du standard de justiciabilité. À l'origine, la participation s'incarne comme la figure de proue du régime démocratique ; elle est un principe cardinal de prise de décision pour la communauté. Cependant, elle n'est pas

²¹³⁸ LENOBLE (J.), « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », *op. cit.*, p. 87.

exclusive aux procédures de referendum ou de désignation des représentants²¹³⁹. Comme le rappelle le professeur DAUGERON, « l'impérialisme du point de vue politiste a pour effet de fondre l'élection dans la question indifférenciée du "vote", envisagé tant comme "outil d'expression" et de participation politique », comme mode « d'expression démocratique ». Ainsi, la « participation politique » est un mécanisme particulier du politique, mais elle n'en a pas l'exclusivité. De manière abstraite, la participation contribue à conférer un caractère démocratique à une décision ; son principe est avant tout procédural. Elle présuppose, dans tout cas de figure, une implication des destinataires de la future décision à sa formation. Afin de stipuler un concept de participation, dont le champ opérationnel puisse inclure le recours juridictionnel, il convient, dans un premier temps, d'en préciser les contours (1) pour, dans un second temps, dévoiler les indices formalisant sa « face négative » (2).

1. Les contours du concept de participation

350. *Participer n'est pas forcément décider.* Premièrement, la règle générale est que ceux qui participent ne sont pas forcément ceux qui prennent la décision. La question est importante. Elle met l'accent sur la charge idéologique pouvant être supportée par l'assimilation entre la participation et la décision, sachant que la participation est appréhendée comme une nécessité vitale pour la démocratie²¹⁴⁰. Elle a notamment fait l'objet de réflexions récentes et renouvelées sous les initiatives de la doctrine en droit de l'environnement au sujet du champ d'application du principe de participation du public prévu à l'article 7 de la Charte de 2005²¹⁴¹, lesquelles ont abouti à l'associer à *l'élaboration de la décision* plutôt qu'à la *prise de décision* à proprement parler. Tels sont couramment les limites pointées concernant la « démocratie

²¹³⁹ TOURNON (J.), « Représenter ou gouverner, il faut choisir », in ARCY (F. d') (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, p. 107.

²¹⁴⁰ Pour une approche générale voir, CARTIER (E.), « Généalogie des techniques de participation du public », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Actes de la journée d'études du 4 décembre 2009, Sénat, Paris, organisée par l'Association française de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp. 71-76.

²¹⁴¹ Nous nous permettons de renvoyer, de manière non exhaustive, à quelques propositions doctrinales allant dans ce sens. Voir par exemple, REVEL (M.), BLATRIX (C.), BLONDIAUX (L.), FOURNEAU (J.-M.), HERIARD DUBREUIL (B.), LEFEBVRE (R.) (dir.), *Le débat public : une expérience française de démocratie participative*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2007, 416 p. ; IDOUX (P.), « Les eaux troubles de la participation du public », *Environnement*, n° 7, 2005, étude 26 ; PEYLET (R.), « Quelques enseignements d'un débat public », *AJDA*, 2006, n° 42, p. 2328 ; HELIN (J.-C.), « La participation du public : du flou et du mou », *AJDA*, 2010, n° 37, p. 2281 ; MOLINER-DUBOST (M.), « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA*, 2011, n° 5, p. 259 ; FORT (F.-X.), « Le renouvellement des procédures de participation en droit de l'environnement », *Environnement*, n° 1, janvier 2013, étude 1 ; MOLINER-DUBOST (M.), « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, n° 12, p. 646.

participative »²¹⁴². De manière plus traditionnelle, la question se retrouve dans la participation politique par l'élection comme fondement de la démocratie. Prescrivant que le peuple décide pour lui-même, l'énoncé de l'article 2 de la Constitution de 1958 montre par exemple que c'est cette participation du peuple qui légitime la décision. Excepté l'option d'une participation directe par la voie de referendum, la participation implique le plus souvent la présence d'un intermédiaire dont le rôle est de rationaliser les volontés des participants, de sorte à laisser à ce dernier un libre choix de décision. Telle est la logique du système représentatif, d'autant plus renforcée dès lors que l'ordre juridique prévoit l'interdiction d'un mandat impératif, comme en dispose l'article 27 de la Constitution. Ici encore, cet exemple montre que la participation n'induit pas forcément, tout du moins directement, la prise de décision. Elle est un impératif procédural garantissant la teneur démocratique d'une décision en lui conférant une légitimité légale²¹⁴³.

351. La participation comme forme procédurale. En effet, la participation s'incarne comme une condition procédurale à cette décision. Dans son principe, elle peut être réduite à l'implication préalable d'éventuels destinataires à la formation d'une décision future, laquelle n'est donc valide, ou tout simplement possible, qu'à la condition de respecter cet impératif. Elle exige, de plus, une identification des sujets de droit habilités à prendre part à la procédure. Ainsi, pas de mandat représentatif sans procédure de suffrage exercée par un citoyen, ou encore, pas de décision juridictionnelle sans requête préalablement présentée par un justiciable. Pour revenir par ailleurs à l'illustration fournie par la participation en matière environnementale, les articles L. 120-1 et suivants du Code de l'environnement exige, par exemple, l'organisation d'un débat par la Commission nationale du débat public (CNDP) entre le public et les maîtres d'ouvrage de certains grands projets ayant une incidence sur l'environnement, afin de permettre leur validation²¹⁴⁴. Enfin, en fonction de la procédure

²¹⁴² « L'idée de démocratie participative est soit floue, soit nocive. Il me semble donc très risqué de tout miser sur elle pour espérer régénérer la confiance démocratique. Ce raisonnement est pourtant très largement contre-intuitif, puisqu'il y a une sorte d'évidence participative de la démocratie. Participer, c'est prendre part et pas seulement faire partie ». TAVOILLOT (P.-H.), « Contre la démocratie participative », *Pouvoir*, 2020, n° 175, p. 43. Voir aussi, LEYRIT (Ch.), « Remettre le citoyen au cœur de la décision publique », *Pouvoir*, 2020, n° 175, pp. 101-112.

²¹⁴³ Voir à ce propos, BOBBIO (N.), « Sur le principe de légitimité », *op. cit.*, pp. 47-56.

²¹⁴⁴ Ce dernier dispose notamment que « le projet de décision ne peut être définitivement adopté avant l'expiration d'un délai permettant la prise en considération des observations déposées par le public et la rédaction d'une synthèse de ces observations. Sauf en cas d'absence d'observations, ce délai ne peut être inférieur à quatre jours à compter de la date de la clôture de la consultation ». (Art. L. 120-1, II, al. 6).

concernée, l'influence de la participation sur la décision est variable en fonction l'obligation plus ou moins contraignante de prendre en considération l'avis des personnes ayant participé.

2. Stipulation d'un concept de participation négative par le recours

352. Éléments de définition. Au regard de ces différents aspects, comprendre la participation de manière négative n'entache pas le concept initial, mais suit une démarche se concentrant essentiellement sur ses effets. La participation négative recoupe, en réalité, un pan particulier du concept général de participation, dont l'utilité se justifie en dévoilant une facette du recours juridictionnel comme technique spécifique de participation. Elle sert, plus précisément, à en décrire principalement les répercussions en tant que procédure visant à influencer sur le droit postérieurement à son édicton²¹⁴⁵. Le propos s'éclaire en répondant à trois questions. La première consiste à identifier « *qui participe ?* ». Il s'agit en l'occurrence, du justiciable, en tant que titulaire de droit habilité à saisir un juge. La deuxième appelle à s'interroger « *par le biais de qui participer ?* ». Il apparaît ici la présence systématique d'un intermédiaire, incarné par le juge, en tant que « tiers impartial et désintéressé »²¹⁴⁶. La troisième propose de déterminer « *pourquoi participer ?* ». L'intérêt juridiquement avancé par le justiciable est ici celui d'une lésion dans ses droits due, notamment, à l'absence ou à l'application d'un droit non conforme aux prescriptions de l'ordre juridique. En somme, il s'agit du rétablissement d'une situation juridique faisant grief à l'intéressé. L'application des critères constitutifs de la participation précédemment énoncés permet de révéler, tout d'abord, l'aspect participatif du recours. Selon un principe d'ordre logique, il apparaît clairement que l'individu étant en justice participe à la procédure en ce qu'il est en le déclencheur. Ensuite, la compétence de prendre la décision, autrement dit, de trancher le litige et d'en déterminer les conséquences revient au juge. C'est en outre la requête et les moyens avancés qui, par exemple, porteront sur la demande de suppression d'une norme ou un grief subit issu de l'absence d'une norme, qui déterminent de manière plus ou moins restrictive les pouvoirs du juge quant aux effets de la décision²¹⁴⁷. Les pouvoirs du juge permettent alors la modification, l'interprétation, la création, ou la suppression

²¹⁴⁵ Nous renvoyons ici à la distinction proposée par le professeur DEROSIER au sujet de la requête comme technique de participation. Deux moments sont présentés : la requête avant l'édiction de la norme (correspondant, par exemple, au droit de pétition ou au referendum) et la requête postérieure à l'élaboration de la norme, sous l'image de la plainte, incarnée notamment par le recours juridictionnel. Voir, DEROSIER (J.-Ph.), « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », *op. cit.*, p. 114.

²¹⁴⁶ KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 588.

²¹⁴⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

d'une norme. Sur le plan juridique, la légitimité de la décision prise par l'autorité juridictionnelle est assurée par le fait, d'une part, que le juge est un interprète authentique habilité par l'ordre juridique à trancher des litiges et, d'autre part, que son intervention est dépendante d'une requête par un justiciable. Les moyens soulevés par le requérant sont, en outre, contraignants en ce qu'ils conditionnent le contrôle qu'exerce le juge, sans lier ce dernier dans son verdict. Si le juge peut, par ailleurs, soulever des moyens d'office, ceux-ci sont dépendants également de la requête qui lui est présentée²¹⁴⁸. Sa position de tiers impartial et indépendant lui garantit, enfin, une autonomie quant à la solution finale du litige, laquelle dispose d'une autorité de chose jugée absolue ou relative en fonction du recours concerné.

353. Implications. La participation négative révèle l'aspect correctif du recours juridictionnel en tant que technique de participation. Elle est au nombre des garanties juridiques les plus importantes, autant quantitativement que qualitativement, visant à « *la protection du droit tout entier* »²¹⁴⁹. Par cet aspect, elle assure la cohérence de l'ordre juridique et contribue, par ses effets, à compléter le principe d'autonomie que Kelsen évoquait déjà par le biais de la justice constitutionnelle. L'apparition du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*²¹⁵⁰ (déjà évoqué dans les mots du penseur autrichien avec son *actio popularis*²¹⁵¹) est une illustration éloquente des potentialités de cette participation. Les occasions de susciter le contrôle sont ici démultipliées étant donné qu'une QPC peut être renvoyée au Conseil constitutionnel à l'occasion de toute instance en cours. De plus, étant un recours touchant directement à la norme constitutionnelle et à la loi, les conséquences des décisions ne se limitent pas aux situations subjectives des requérants, mais ont des incidences sur l'ordre juridique dans son ensemble. Il est donc un exemple opportun du phénomène d'évolution du droit influencé par la contestation juridictionnelle. La remise en question du droit au moyen du droit, par le biais du juge, met en scène l'interaction entre des normes concrètes et des normes plus générales et abstraites, et

²¹⁴⁸ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2, sect. 1, §1, B., 2.

²¹⁴⁹ C'est un des effets majeurs que Georg Jellinek octroie aux garanties juridiques de droit public dont disposent les sujets de droit vis-à-vis de l'État. « *L'observation du droit* » et « *le respect du droit individuel* » sont garantis par le droit lui-même via *les contrôles* (contrôles administratifs hiérarchiques, contrôles financiers relatifs à l'usage des deniers publics ou encore contrôle parlementaire), *les responsabilités individuelles* (responsabilité politique et pénale des représentants politiques), *les moyens juridiques* en tant que droits dont dispose l'individu pour la protection de ses droits (droit à la protection juridique, droit de réclamation devant l'administration ou encore droit de pétition), et enfin *le recours juridictionnel* dont l'intérêt majeur repose, selon l'auteur et au regard de son époque, sur la multiplication des recours de droit public (notamment avec l'essor de la justice administrative) à disposition des sujets de droit leur procurant des garanties de protection de leurs droits subjectifs. Voir, Jellinek (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), *op. cit.*, spéc. pp. 571-575.

²¹⁵⁰ Art. 61-1, Const. 1958.

²¹⁵¹ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 245.

participe à faire de la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux un élément démonstratif de l'autonomie démocratique.

B. L'assimilation au concept général d'autonomie normative

354. Le concept de « démocratie des droits de l'homme » porte en lui l'idée que l'autonomie politique demeure insuffisante pour satisfaire les exigences du régime. En prescrivant la justiciabilité des droits, et donc l'indispensabilité du recours au juge, il fait intervenir un facteur d'évolution du droit autre que celui de la participation politique, en prenant la forme de la participation négative. Ainsi, l'exigence d'une combinaison entre la participation politique et la garantie des droits participe à la logique de cette démocratie qui, concrétisée en droit positif, met en avant deux types distincts de procédures de participation (1), lesquels se complètent néanmoins quant à leurs effets (2).

1. Une distinction procédurale entre participation politique et participation négative

355. L'assimilation entre autolimitation de l'État et autogouvernement du peuple. Considérer la participation négative par le recours juridictionnel, comme garantie du principe d'autonomie, exige préalablement de rappeler sur quels présupposés idéologiques cette assimilation se fonde. Elle découle, tout d'abord, d'un principe d'indissociabilité entre la démocratie et les droits de l'homme. De cette manière, il est postulé l'indispensabilité d'une justiciabilité des droits fondamentaux pour assurer la stabilité du régime et dont le peuple constituant a posé les conditions²¹⁵². La conséquence est que « l'autonomie du tout n'est que la résultante de l'autonomie de chacun de ses membres »²¹⁵³. Cette condition d'un lien entre l'État de droit et la démocratie est parachevée, ensuite, par le prérequis libéral selon lequel l'État de droit ne peut être pertinemment assuré sans la présence du juge²¹⁵⁴. Ce dernier s'assure ainsi que les organes politiques se plient également au droit, qu'il défend au nom du droit. Cette idéologie « garantiste »²¹⁵⁵, notamment initiée par la philosophie politique de Benjamin

²¹⁵² De là découle le principe cardinal d'autogouvernement tel que posé par la Constitution en son article 2 prescrivant le « *gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple* ».

²¹⁵³ HEUSCHLING (L.), « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », *op. cit.*, p. 47.

²¹⁵⁴ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, chap. 1.

²¹⁵⁵ JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 84. L'auteur énonce à ce propos, que « la problématique de type "garantiste" met l'accent non pas sur l'amont du processus politique (la représentation

CONSTANT, s'incarne aujourd'hui en paradigme dominant. Proclamée, par exemple, en droit positif par le juge constitutionnel dans sa décision du 23 août 1985²¹⁵⁶, ou encore par la CEDH par le principe de « prééminence du droit »²¹⁵⁷, elle figure comme l'axiome essentiel à la validité de l'hypothèse de la pertinence du principe de participation négative. Pour appuyer cette affirmation, la rencontre des principes d'autolimitation de l'État et d'autogouvernement du peuple permet de mettre en évidence la nécessité d'une non-confusion entre participation politique et participation négative, pour pouvoir appréhender ensuite l'ampleur de sa contribution au principe d'autonomie.

356. Une distinction de procédure. La distinction entre ces deux types de participations est simplement le reflet du paradoxe *a priori* inhérent à la démocratie libérale. Elle prend en effet racine au niveau de l'articulation entre deux visions complémentaires de la liberté dans l'État libéral : la *liberté-autonomie* et la *liberté participation*²¹⁵⁸. Il est alors traditionnellement considéré que seule la liberté-participation (entendue au sens de liberté politique) permet de garantir la liberté-autonomie. Telle que mise en lumière par CONSTANT, elle met en exergue une conception de la démocratie répondant au principe cardinal du consentement du peuple décidant pour lui-même, et un principe d'opposition, ou tout du moins de séparation des sphères publiques et privées, se matérialisant par un droit d'exigence envers la puissance publique au nom des libertés individuelles²¹⁵⁹. Ainsi, la liberté-autonomie est appréciée comme une fin ; la liberté politique comme un moyen. Si l'idéologie libérale postule, au sens large, la complémentarité du vote et du jugement, ces derniers découlent néanmoins de deux logiques distinctes : la première se fonde sur un contrat de confiance, la seconde se donne comme

comme participation médiatisée au pouvoir), mais sur son aval : le contrôle de la loi et de son application par rapport aux finalités de la loi, s'exerçant elles-mêmes dans le respect du texte constitutionnel et des droits individuels». Voir également, CONSTANT (B.), *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, spéc. p. 210 et p. 612.

²¹⁵⁶ Cons. const., n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

²¹⁵⁷ Le principe a été développé par l'arrêt *Golder* en précisant que « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » (CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, série A, n° 18, §34). Pour une analyse dudit principe, nous renvoyons à la thèse de Xavier SOUVIGNET. Voir, SOUVIGNET (X.), *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. pp. 24-25, p. 84 et p. 399.

²¹⁵⁸ BURDEAU (G.), *Traité de science politique. L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Paris, LGDJ, 1987, t. VI, pp. 16-18. L'auteur finit, par ailleurs, par définir l'État libéral comme « le régime politique qui s'efforce d'assurer la coexistence de la liberté-autonomie et de la liberté participation ».

²¹⁵⁹ Voir, CONSTANT (B.), « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes », in *Écrits politiques*, op. cit., pp. 589-619. Voir également les conditions posées par Norberto BOBBIO concernant sa thèse de compatibilité entre libéralisme et démocratie. BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris, Cerf, 1996, spéc. pp. 50-54.

dynamique de générer le doute²¹⁶⁰. En outre, sur le plan juridique, il s'agit plus prosaïquement de deux procédures distinctes. La participation politique est, en effet, une procédure dite « élective » où, par l'octroi d'un pouvoir de suffrage, un sujet de droit dispose de la possibilité d'accorder un avis par le choix d'un représentant, la réponse à une question posée, le droit de poser une question ou d'être lui-même éligible²¹⁶¹. La participation négative, quant à elle, est une procédure de type juridictionnel, se concevant pour un titulaire de droits (justiciable) comme le moyen de revendiquer un droit et dont l'issue aura pour éventuelle conséquence la correction d'irrégularités au sein de l'ordre juridique selon une logique de validité et de conformité²¹⁶². En bref, la participation politique prend l'autonomie pour objet, alors que la participation négative la dévoile comme une de ses conséquences.

2. Une complémentarité sur le plan des effets

357. La proposition d'une théorie de la « démocratie continue ». La distinction entre ces deux procédures pose essentiellement, pour la théorie de la démocratie, une question d'ordre méthodologique. Les réflexions doctrinales relatives à la relation entre justice constitutionnelle et démocratie ont été, tout d'abord, l'occasion de présenter une thèse légitimiste. À l'instar, notamment du professeur ROUSSEAU, la justice constitutionnelle est vue comme « un régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale »²¹⁶³. Elle parachève, en ce sens, l'idée d'assimilation entre gouvernants et gouvernés par une démocratie *continue*, en se présentant comme une solution à l'essoufflement du système représentatif²¹⁶⁴. Par ces effets, elle ferait même partie du « code génétique de la démocratie »²¹⁶⁵. Cette assimilation procède

²¹⁶⁰ SEVE (R.), « Doubter c'est décider : nature et caractère constructif du doute », in TERRE (F.) (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 123.

²¹⁶¹ Art. 3, al. 4 Const. 1958. Pour une analyse des procédés de participation politique, voir : MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, *op. cit.*, spéc. p. 39 et pp. 161-170.

²¹⁶² Nous rejoignons ici la thèse de la différenciation proposée par Hans Kelsen. Voir à ce propos, PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », *op. cit.*, p. 162.

²¹⁶³ ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », *op. cit.*, p. 22.

²¹⁶⁴ L'idée d'une « démocratie par la constitution » considère en effet le contrôle de constitutionnaliste comme une valeur ajoutée à la démocratie. S'accordant avec un constitutionnalisme idéologique, cette thèse prescrit une vision de la démocratie pour en conditionner une nouvelle définition. Nous renvoyons à ce propos à la controverse doctrinale entre les professeurs Dominique ROUSSEAU et Pierre BRUNET relative aux perspectives épistémologiques propres à l'analyse des relations entre justice constitutionnelle et démocratie. ROUSSEAU (D.), « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2009, <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html> ; BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008, <http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html>.

²¹⁶⁵ DEROSIER (J.-Ph.), « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », *op. cit.*, p. 115. Cette « essentialisation » de la démocratie, rejoint encore une fois, une vision prescriptive de la démocratie,

cependant d'une démarche prescriptive induisant une autre définition de la démocratie, se voulant « plus démocratique »²¹⁶⁶.

358. Proposition d'une thèse de la complémentarité. Plusieurs éléments permettent de mettre en évidence une thèse de la complémentarité se voulant plus objective et plus descriptive. En effet, si l'autonomie démocratique suppose l'identité commune entre les destinataires et les producteurs des normes, une démarche finaliste permet de considérer l'implication de la participation négative. Le degré d'autonomie est ici mesuré selon un étalon de possibilité d'influer sur le droit par des procédures. Dans cette optique, l'individu dispose, d'un côté, de la possibilité de participer au pouvoir en choisissant des mandataires chargés d'exprimer sa volonté (participation politique) et, d'un autre côté, de s'y opposer devant un juge s'il s'estime lésé par une norme issue de ce pouvoir au nom de droits garantis par l'ordre juridique (participation négative)²¹⁶⁷. Néanmoins, la conjonction entre ces deux types de participation n'est seulement et valablement appréciable que par le référentiel de l'autonomie normative²¹⁶⁸, en ce qu'elle vise abstraitement tous les destinataires de normes, sous l'égide de l'objectivité inhérente au statut de justiciable²¹⁶⁹. C'est selon cette condition qu'il est ensuite possible de constater une contribution générale à l'évolution du droit. La participation politique, à elle seule, circonscrit le cadre d'analyse à une autonomie dite « politique » en raison du fait qu'elle concerne des sujets titulaires de droits politiques, majoritairement reconnus comme citoyens par l'ordre juridique²¹⁷⁰. La participation négative, quant à elle, vise tout titulaire justiciable. Là où la première correspond à une autonomie essentiellement collective, en raison de son caractère politique, la seconde implique une autonomie centrée sur la contestation individuelle²¹⁷¹, ce qui n'empêche pas que, par assimilation, la suppression d'une norme ou l'interprétation renouvelée d'un droit fondamental puisse bénéficier à la collectivité. En somme,

servant à arguer un renforcement de « l'identité » entre gouvernants et gouvernés (*Ibid.*, p. 110). Le résultat est cependant anticipé, car postuler l'identité entre gouvernants et gouvernés, c'est déjà idéaliser la démocratie.

²¹⁶⁶ BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *op. cit.*

²¹⁶⁷ Cette double liberté est en effet caractéristique des démocraties libérales modernes. Voir, BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 189.

²¹⁶⁸ Elle sous-entend, rappelons-le, la possibilité pour un destinataire de normes de contribuer à sa création, sa modification ou sa suppression.

²¹⁶⁹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1.

²¹⁷⁰ La nuance relative au fait que les sujets politiques sont majoritairement des citoyens vient ici de l'exception faite à l'article 88-3 de la Constitution permettant aux ressortissants de l'Union européenne de disposer de droits politiques au niveau municipal.

²¹⁷¹ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, spéc. pp. 286-287.

ces deux perspectives ne sont dès lors pas conciliables, non au regard de leurs moyens, mais selon leurs effets sur l'ordre juridique : création, modification ou suppression du droit.

§ 2. La spécificité du caractère négatif

359. Le caractère négatif du recours en tant que forme de participation se retrouve comme phénomène déduit du droit, par le conflit qu'il identifie, crée et réglemente. La contribution de la participation négative à l'évolution du droit au regard du principe d'autonomie normative se justifie par l'aspect procédural du recours en donnant à cette dernière sa légitimité juridique. Le paradigme de la procéduralisation du droit²¹⁷², mobilisé dans les réflexions contemporaines de la démocratie, soutient, tout d'abord, l'apport significatif de la participation négative par le recours comme mode spécifique de production et de correction du droit, se concentrant donc principalement sur ses effets. La reconnaissance par l'ordre juridique de procédures juridictionnelles autorisant la confrontation entre l'individu et l'État et la propriété corrective des droits fondamentaux sont deux éléments essentiels à la construction du concept de participation négative. En effet, le caractère négatif de la participation par le recours s'explique au regard de deux propriétés cumulatives et spécifiques. La première est inhérente au caractère du recours, comme procédure visant à résoudre, devant un tiers, un conflit de normes. Cette reconnaissance par l'ordre juridique de la possibilité de contestation du droit au moyen de droits présente la singularité de s'incarner — là est sa justification démocratique — en un « conflit autorisé » (A). La seconde tient aux propriétés correctives des droits fondamentaux, en tant que norme d'encadrement des organes de l'État et permission d'agir pour des individus titulaires de revendiquer des droits. Cette singularité se construit ainsi, dès lors qu'est mobilisée une vision fonctionnelle des droits fondamentaux (B).

A. Le « conflit autorisé »

360. D'un point de vue historique, l'institutionnalisation de la justice privée en justice étatique a transformé le conflit en un fait juridiquement appréciable²¹⁷³. En tant que compétence exclusivement régalienne, la monopolisation du conflit par la justice étatique instaure un

²¹⁷² Nous rappelons ici la définition retenue : « *La procéduralisation du droit consiste en substance à rapprocher les autorités administratives des destinataires des normes, voire à assurer la participation de ces derniers à la détermination des normes auxquelles il est soumis* ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Journée d'études du 24 novembre 2006 organisée par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Presses universitaires de Paris X, 2008, p. 21. Voir dans le même sens, LENOBLE (J.), « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », *op. cit.*, p. 88.

²¹⁷³ TERRE (F.), « Au cœur du droit, le conflit », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, *op. cit.*, p. 100.

« conflit autorisé »²¹⁷⁴ par le droit et selon le droit. Cette rationalisation résiste pour autant à une consistance symbolique fortement dépendante des représentations propres au droit et à la justice. Analysé comme phénomène juridique, le conflit se place sur différents niveaux de méthodes, se partageant principalement entre le jusnaturalisme, la sociologie du droit, et le positivisme juridique. Le rapport entre conflit et droit doit alors être éclairci et précisé sur le plan idéologique pour dégager une analyse de la procédure juridictionnelle en tant que « conflit autorisé » au service du principe d'autonomie normative. Autrement dit, en partant des prémisses relatives à une symbolique du droit (1), il est possible de rationaliser l'idée du conflit juridique en la réduisant à un phénomène procédural (2).

1. Les prémices relatives à une symbolique du droit

361. La symbolique du conflit dans les doctrines allemandes de SIMMEL et de JHERING. L'image du conflit résiste au droit. Il est en effet possible de repérer la récurrence d'une assimilation essentialiste entre droit et conflit. L'appréciation du droit en tant que phénomène se retrouve notamment au sein de théories jusnaturalistes et sociologiques du droit, mettant en avant cette symbolique du conflit inhérent au droit²¹⁷⁵. Sur le plan sociologique, l'analyse initiée par Georg SIMMEL montre parfaitement l'intégration sociale du droit par le phénomène conflictuel. Le sociologue allemand voit dans le conflit un des facteurs premiers de socialisation par l'instauration d'une dynamique au sein de la société qui contribue *in fine* à l'union et à la continuité de l'ordre social. La théorie de SIMMEL part effectivement d'une analyse sociologique à laquelle est introduite l'implication du droit. Elle s'inscrit, de manière générale, dans une démarche positiviste, partant du principe selon lequel une société gouvernée par un principe d'harmonie est une société idéalisée. L'omission du conflit dans l'analyse de la constitution et de la pérennisation de la société est perçue comme un obstacle épistémologique majeur chez l'auteur. Ce dernier postule, en effet, qu'harmonie et dissonances sont deux composantes inhérentes à l'ordre social. Si l'interaction entre les individus est le premier facteur de socialisation, le conflit doit y être intégré non exclusivement comme forme de nuisance

²¹⁷⁴ Nous empruntons ici l'expression à Niklas LUHMANN. LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, p. 95. De manière plus large, cette idée renvoie également à la symbolique de la justice telle que présentée par Paul RICEUR. Ainsi déclare-t-il qu'« une fonction majeure du droit est le traitement des conflits et la substitution du Discours à la Violence ; tout l'ordre judiciaire peut être placé sous l'égide de cette substitution. La coupure avec la violence s'exprime par l'institution du procès comme cadre d'une répétition symbolique, dans la dimension de la parole, de la scène effective de la violence ». RICEUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2005, p. 29.

²¹⁷⁵ Il s'agit ici d'exposer, de manière non exhaustive, certaines théories des plus représentatives dans ce champ d'études.

sociale, mais aussi comme phénomène producteur d'unité. Il est en quelque sorte synonyme de confrontation et, en ce sens, générateur de consensus. Autrement dit, le conflit est ciblé à des domaines précis, et dès lors qu'il ne se généralise pas à l'ensemble de l'ordre social, il est autant un indicateur de la diversité sociale qu'un générateur de cohésion sociale. Cette vision dynamique de la société permet d'en faire également un facteur d'évolution de la société par son caractère conjoncturel. Les contestations individuelles ou groupées participent, par rétroaction négative, à l'évolution de la société dans son ensemble²¹⁷⁶. Il s'inscrit donc dans une continuelle répétition, force motrice, garantissant la pérennisation de la société²¹⁷⁷. Il acquiert donc, selon cette logique, un caractère politique de participation à la formation du vivre-ensemble. Le conflit est présenté comme inhérent à la société, pour être mobilisé et rationalisé par le droit. Mais cette propension à susciter l'unité n'est seulement possible qu'en présence d'un corps de règles communes, dont le droit manifeste le plus fort taux d'intégration et de contraintes. La matérialisation du conflit social en conflit juridique est ainsi, selon l'auteur, un des exemples les plus pertinents de cette image du conflit unificateur. « Le conflit juridique est le combat par excellence dans la mesure où il n'y entre rien qui n'aurait aussi sa place dans le conflit en tant que tel et qui ne servirait pas ses fins »²¹⁷⁸. Le droit représente des « règles du jeu » prédéfinies et objectives, par lesquelles la justice assure une cohésion entre la collision des intérêts subjectifs et l'imprégnation des règles juridiques objectives qui, par la décision du juge, tranche et transforme inéluctablement le conflit en consensus²¹⁷⁹. La perspective méthodologique de SIMMEL est représentative de l'émergence d'une nouvelle vision du droit²¹⁸⁰ à tendance jusnaturaliste dont se retrouvent, toujours en Allemagne, des esquisses chez Rudolf von JHERING, développant l'idée du conflit social comme lutte et comme « essence même du droit »²¹⁸¹.

²¹⁷⁶ Voir, Introduction, p. 47.

²¹⁷⁷ SIMMEL (G.), *Le conflit*, Trad. S. Muller, Circé, Poche, 2015, spéc. pp. 19-23.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 47.

²¹⁷⁹ « Tout cela fait que le conflit juridique repose sur une large base d'unité et de consensus entre les adversaires ». *Ibid.*, p. 49.

²¹⁸⁰ La méthode « simmélienne » a connu une certaine postérité chez des sociologues comme Max WEBER et Vilfredo PARETO. Plus récemment, on retrouve par exemple ce cadre épistémologique, relatif à l'étude du conflit, chez Julien FREUND, ou encore Mark HUNYADI, reprenant cette vertu créatrice, organisatrice et unificatrice du conflit. Pour une généalogie de ce courant de pensée voir, FREUND (J.), *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, coll. Politique éclatée, 1983, 384 p. ; HUNYADI (M.), *La vertu du conflit*, Paris, Ed. du Cerf, 1995, spéc. pp. 16-30.

²¹⁸¹ JHERING (R. von), *La lutte pour le droit* (1872), présentation d'O. Jouanjan, Paris, réed. Dalloz, 2006, p. 5. L'auteur introduit et résume sa vision du droit de la manière suivante. « La vie du droit est une lutte : lutte des peuples, de l'État, des classes, des individus » (*Ibid.*, p. 1). Cette conception axiologique du droit présuppose que ce dernier est porteur d'un certain idéal, en proie à un inachèvement constant. Ce caractère moral du droit, visant la préservation de soi (*Ibid.*, p. 23), est une lutte concrète se répercutant sur les intérêts collectifs de la société. La lutte pour le droit est ainsi celle d'un sempiternel combat au service des individus, tel qu'ils évoluent dans l'histoire au sein de la société (voir à ce propos la préface du Professeur JOUANJAN dans ledit ouvrage).

362. La réception par la doctrine processualiste privatiste française. En France, ce syncrétisme méthodologique a notamment été brillamment mobilisé au sein d'analyse essentialiste du droit. La doctrine processualiste privatiste, notamment sous la plume d'Henri MOTULSKY, s'est proposée d'émettre à ce propos une théorie de la justiciabilité ontologique du droit²¹⁸². Le Doyen CARBONNIER, selon une méthode relativement similaire, en évoque ainsi deux aspects. Sont identifiés comme caractères intrinsèques au droit, une « transgressibilité » casuelle (ou factuelle) d'une part, couplée, d'autre part, d'une « contestabilité » ou d'une « révisabilité » inhérente au droit²¹⁸³. Ce caractère « conflictuel » se singularise par sa dimension heuristique²¹⁸⁴. L'association du positivisme sociologique à des considérations prescrivant une certaine vision du droit est un choix méthodologique spécifique²¹⁸⁵. C'est l'imprégnation sociale du droit qui conduit finalement à embrasser dans l'analyse du droit le phénomène originellement social qu'est le conflit, se manifestant en droit, par la justice. En isolant l'objet droit, c'est par extension ce qui conduira également Michel VILLEY à conclure que le conflit est dans la nature du droit. « C'est parce que le droit participe du conflit, qu'il en est l'objet, que la solution juridique est possible, viable et durable. On ne peut tout simplement pas régler ce qui est en dehors de toute règle. Droit et conflit sont corrélatifs l'un de l'autre »²¹⁸⁶.

2. Une symbolique de la procédure en tant que conflit

363. L'initiative méthodologique de Niklas LUHMANN. Affiner l'analyse en ciblant le conflit au sein de la procédure juridique, et plus particulièrement juridictionnelle²¹⁸⁷, permet de voir que le conflit est un phénomène décrit par le droit lui-même. Autrement dit, naissant d'une requête, elle met en avant un conflit entre normes, originellement suscité par une contradiction d'intérêts (matérialisé, par exemple, par un intérêt à agir en justice). La procédure symbolise ici une contestation influençant l'évolution du droit en rendant le conflit acceptable

²¹⁸² Voir notamment, MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, n° 9, p. 215.

²¹⁸³ OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016, pp. 459-460. Voir aussi, CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 1992, 7^e éd., spéc. p. 21 et pp. 320-321 ; « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits*, 1990, n° 11, pp. 5-9.

²¹⁸⁴ HUNYADI (M.), *La vertu du conflit*, *op. cit.*, p. 25.

²¹⁸⁵ Voir, *supra*, Partie 1, Titre 2, chap. 1, sect. 1, §2, B., 2., a.

²¹⁸⁶ VILLEY (M.), « Droit, Nature, Histoire », in Michel Villey, *philosophe du droit*, IV^e colloque de l'Association française de philosophie du droit, 1984, Travaux du centre de philosophie du droit, PUAM, 1985, p. 185.

²¹⁸⁷ La procédure juridictionnelle est ici la plus illustrative du conflit par le droit dont son implication sur la production de normes. Au nombre des procédures associées à la démocratie, on peut citer, par ailleurs, la procédure électorale et la procédure délibérative ; cette dernière ayant été par exemple mobilisée par HABERMAS pour fonder sa théorie de l'agir communicationnel. Pour une analyse critique de cette dernière, voir : VIALA (A.) « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie », *op. cit.*, spéc. pp. 149-152.

et légitime. La question qui se pose est, ensuite, celle de la légitimité d'un tel procédé. Ce problème peut être réglé assez aisément en prenant en considération le principe d'autoréférentialité du droit. Cette ébauche fondamentale est notamment mise en évidence dans la théorie des systèmes de Niklas LUHMANN. Système social à part entière, le système juridique à ceci de spécifique qu'il se décrit lui-même comme système, et pour se maintenir, s'auto-observe et donc s'autolégitime. En effet, par le biais d'une méthode constructiviste, la théorie LUHMANN utilise les systèmes comme cadres de connaissance en supposant qu'un ensemble de données observables et descriptibles. Le système juridique s'insère dans un système social plus général, mais avec des caractéristiques qui lui sont propres. C'est selon cette perspective que l'analyse de l'auteur de l'ordre juridique est opportune. Le caractère singulier du droit fait que le système juridique obéit aux postulats du devoir-être et de la validité. Ces prémisses aboutissent à une logique autopoïétique, selon laquelle il n'y a de droit que ce qui est décrit par le droit lui-même. Cette autodétermination du droit par le droit positif lui-même fait qu'est rejetée toute ingérence d'une légitimation extrajuridique²¹⁸⁸. Partant de là, deux conclusions se dessinent alors. D'une part, il est constaté l'identification de caractères propres à la procédure en tant que « système particulier d'action au moyen de normes organisationnelles et procédurales »²¹⁸⁹. D'autre part, la procédure est considérée comme un moyen de légitimation du droit en ce qu'elle contribue à « rendre acceptable » le caractère contraignant des normes : elle délimite un cadre prédéfini applicable à toute décision. Concernant la procédure judiciaire, l'auteur énonce également la légitimité sociale dont celle-ci dispose au regard de certains caractères la rendant « acceptable » en tant que mécanisme institutionnalisé de conflit. Celui-ci remarque, par exemple, que c'est de cette manière que le conflit généré par le principe majoritaire est légitimé²¹⁹⁰. Ainsi, selon lui, « dans la mesure où pour en arriver à un résultat des participants adverses se soumettent à des règles déterminées de comportement et ajustent le leur au système procédural qui est en cours de développement, ils se reconnaissent mutuellement dans leur rôle en tant que parties. Cela est possible du fait qu'au préalable rien n'a été décidé en ce qui concerne la décision à prendre ». S'ajoute, enfin, l'importance de la publicité de la procédure en termes d'informations des individus non impliquée dans une procédure et la possibilité d'accès à la procédure²¹⁹¹. Le « conflit autorisé » est forcément

²¹⁸⁸ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, 300 p.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 116.

²¹⁹⁰ L'auteur énonce, par exemple, que c'est de cette manière que le conflit généré par le principe majoritaire est légitimé. *Ibid.*, p. 98.

²¹⁹¹ LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, *op. cit.*, pp. 119-120.

procédural, car c'est la procédure qui rend le rend possible et le solutionne. Encore une fois, cette acceptation est précisément due au fait que la procédure est elle-même légitimée par le droit, qu'elle est institutionnalisée et qu'elle est autonome²¹⁹².

364. Les spécificités de la procédure juridictionnelle. Au sein de cette circularité, la procédure juridictionnelle s'incarne, dès lors, comme une solution prévue par l'ordre juridique pour résoudre un différend issu d'un conflit de normes. « Si l'on ne peut pas s'entendre au préalable sur les solutions précises à apporter aux problèmes, du moins peut-on s'entendre sur les procédures au moyen desquelles une décision pourra être élaborée face aux problèmes qui surgissent »²¹⁹³. Accessibilité, incertitude préalable quant à la solution et impartialité sont trois éléments confirmant sa singularité. Ainsi, le fait qu'elle obéisse à des règles prédéfinies d'accessibilité (critère de recevabilité du recours), de principes spécifiques dans sa mise en œuvre (notamment, égalité entre les parties, droits de la défense, impartialité du juge) et quant à son issue (infaillibilité, autorité des décisions) en sont les éléments légitimant sur le plan juridique²¹⁹⁴. C'est ici que se retrouvent précisément les garanties inhérentes au standard juridique de justiciabilité. Ajouté à cela, le caractère conflictuel est naturellement inscrit dans le caractère contradictoire du procès. En effet, « la contradiction n'est donc pas uniquement la forme instrumentale de l'instance ; elle correspond à la nature même du procès qui exige un conflit d'intérêts entre parties »²¹⁹⁵. Emblème du conflit « autorisé », elle est un élément intrinsèque à la justice, autant sur le plan symbolique que normatif²¹⁹⁶. Sur le plan instrumental, par ailleurs, elle protège le plaideur contre l'adversaire et la négligence des juges. Enfin, cette légitimité est rendue d'autant plus démocratique que la justice est rendue, et donc autorisée, « au nom du peuple français »²¹⁹⁷. La participation négative trouve ainsi une justification

²¹⁹² *Ibid.*, p. 109.

²¹⁹³ *Ibid.*, p. 144.

²¹⁹⁴ GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, p. 89. Il est en revanche écarté ici toute logique relative à une éthique de la procédure judiciaire visant à lui octroyer une vertu d'amélioration du droit ou, autrement dit, permettant d'aboutir une « bonne » décision. Concernant cette thèse, voir : FRISON-ROCHE (M.), « 2 + 1 = la procédure », *op. cit.*, spéc. pp. 197-201.

²¹⁹⁵ SANTOLINI (T.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2010, p. 257.

²¹⁹⁶ Il est effectivement un principe constitutionnel associé au respect des droits de la défense sous fondement de la combinaison entre les articles 6 et 16 de la DDHC de 1789. Voir, Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 43 ; Cons. const., n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autres [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*, cons. 6 à 8.

²¹⁹⁷ Voir par exemple, Art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire ; Art. L. 2 du Code de justice administrative.

juridique et démocratique : si les décisions de justice sont prises au nom du peuple, alors celles-ci sont par extension les décisions de ce dernier²¹⁹⁸.

365. En résumé, la procédure juridictionnelle incarne le « conflit autorisé » en étant un moyen de contestation du droit par le droit. En intervenant principalement en aval de la décision, elle est une modalité procédurale associant les destinataires à la norme elle-même et telle qu'elle est appliquée²¹⁹⁹. Il est alors possible de s'écarter d'une pure symbolique du droit et du conflit, notamment dans ses formes prescriptives, pour apprécier ce dernier en tant qu'agencement de normes juridiques et organisées en tant que système. L'autorisation juridique du conflit par la procédure juridictionnelle est circonscrite par les prescriptions de l'ordre juridique. C'est précisément et seulement de cette manière que le conflit peut être associé au principe d'autonomie normative.

B. L'élément correctif propre à une vision fonctionnelle des droits fondamentaux

366. La mise en œuvre de la participation négative met en avant les droits fondamentaux, en tant que droits justiciables, comme éléments centraux de motivation et de revendication du « conflit autorisé ». Ils sont, autrement dit, la justification juridique du recours contre l'État. Selon une logique fonctionnelle, ces derniers regroupent quatre types de normes : les normes qui encadrant la production du droit, celles habilitant les titulaires des droits, celles fixant le contenu des droits et les comportements autorisés, et enfin celles qui régulent les garanties du droit en prévoyant des sanctions²²⁰⁰. Ces quatre composantes permettent de mettre en évidence la propriété dite « corrective » de ces droits. Partant de là, cette logique fonctionnelle opère sur deux plans. D'un côté, les droits fondamentaux sont appréhendés subjectivement comme des droits à la disposition des justiciables permettant de faire valoir la correction d'une irrégularité (1). D'un autre côté, objectivement, cette singularité se double d'une fonction d'encadrement, faisant de ces derniers des normes de régulation de la production du droit (2). Ces dimensions *subjective* et *objective* sont donc symétriquement liées à leur double fonction de

²¹⁹⁸ DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 154.

²¹⁹⁹ Voir, BOBBIO (N.), « Sur le principe de légitimité », *op. cit.*, pp. 47-56.

²²⁰⁰ Concernant cette typologie, voir : PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 334.

revendication et d'*encadrement*, et mettent ainsi en lumière l'opérationnalité du concept de participation négative. Par régression, elles sont l'illustration des conditions que pose l'hypothèse d'une repolitisation de la démocratie.

1. Une fonction subjective : l'aspect revendicatif relatif à une permission d'agir

367. Une fonction tirée du principe d'État de droit. L'idée d'une fonction revendicative des droits fondamentaux découle premièrement de la juridicisation d'une idéologie des droits de l'homme associant ces derniers à des instruments d'organisation des relations entre l'individu et l'État. Cette vision jusnaturaliste (et subjectiviste), professée entre autres par John LOCKE, s'incarne comme présupposé philosophique du libéralisme. Elle prône, en effet, l'inhérence fictive de principes moraux propres à l'homme, presumant une faculté d'opposition au pouvoir de l'État²²⁰¹. Il est dès lors considéré que le pouvoir souverain n'est pas absolu ; ce qui se matérialise ensuite par l'idée d'État de droit et sa possible compatibilité avec la démocratie. L'idée exprimée est ici celle d'une compatibilité entre la démocratie en tant que concept formel, organisant un certain mode de production du droit, et l'État de droit comme concept matériel, présupposant, dans un même temps, le respect de certains principes notamment incarnés dans les droits fondamentaux²²⁰². Ainsi, « par "État de droit", on entend généralement un État où les pouvoirs publics sont régulés par des normes générales (les lois fondamentales ou constitutionnelles) et doivent être exercés dans le cadre des lois qui les réglementent, excepté le droit du citoyen de recourir à un juge indépendant pour faire reconnaître et repousser l'abus ou l'excès de pouvoir »²²⁰³. Dès lors, les droits fondamentaux « sont destinés à sauvegarder certains domaines importants des libertés de l'individu et de la société contre cette menace de la puissance de l'État à laquelle, l'expérience historique le prouve, ils sont particulièrement exposés »²²⁰⁴.

368. Une permission de correction du droit. C'est en outre selon cette logique libérale, exigeante envers le pouvoir de l'État, qu'est proposée la distinction entre liberté négative et

²²⁰¹ BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, pp. 15-17. Voir également, TINLAND (F.), « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau », *APD*, 1989, n° 34, pp. 51-66.

²²⁰² HEUSCHLING (L.), « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », *op. cit.*, pp. 37-38.

²²⁰³ BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, pp. 23-24.

²²⁰⁴ Ils s'apparentent donc, sous ce prisme, comme des normes de répartition de compétences. Voir, BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 256.

liberté positive. Ces deux facettes incarnent, de manière synthétique, la portée revendicative des droits fondamentaux qui s'oriente soit autour d'un refus d'ingérence, soit par la prétention à une prestation. La concrétisation juridique de ces principes laisse ensuite place à la science du droit pour analyser cette propriété. Elle permet d'en faire ressortir une analyse plus neutre et systématique. En effet, l'idée de permissivité induite par les droits fondamentaux s'assimile au pouvoir juridique de provoquer la correction du droit. Cette permission d'agir se matérialise par l'identification des titulaires et l'habilitation pour ces derniers à saisir une procédure visant à soutenir l'irrégularité d'une norme²²⁰⁵. Il s'agit, autrement dit, d'une « fonction d'attribution de droits subjectifs, de libertés, de pouvoirs, d'immunités aux sujets de Droit, personnes physiques et juridiques dans certains cas »²²⁰⁶. En résumé, la fonction subjective des droits fondamentaux se rassemble autour de trois traits principaux. Elle se traduit, premièrement, par un principe de libre choix de participation à la volonté générale, réservé à une certaine catégorie de titulaires²²⁰⁷. De manière plus générale, elle se traduit, deuxièmement, par l'idée de garantie (ou de protection), entendue comme garantie d'une non-ingérence dans un espace privé de liberté. C'est, par ailleurs, ce qui conduira la théorie allemande des droits fondamentaux à parler de la « fonction défensive » des droits subjectifs ou, selon les termes de la Cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt *Liith*, de droits « défensifs du citoyen contre l'État »²²⁰⁸. Elle est, troisièmement, complétée par une habilitation à la revendication, traduisant l'idée d'un « droit au droit », en somme de la justiciabilité des droits, ou, plus concrètement, le droit d'accéder à un organe de contrôle. À titre d'illustration, il s'agit principalement de ce qui se dégage des dispositions de l'article 16 de la DDHC et de l'évolution jurisprudentielle dont

²²⁰⁵ Voir, Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 148-149. Selon Kelsen, « étant donné que l'acte par lequel une norme est annulée a signification de norme, la liberté-droit consiste alors dans le pouvoir juridique de concourir à la création de ces normes annulatoires » (*Ibid.*, p. 148). Sur le plan constitutionnel, cela est rendu possible à la condition d'instaurer un mécanisme d'*actio popularis*. Cette possibilité de concours à la création du droit par l'habilitation à susciter sa correction s'opère ainsi, dès lors qu'un individu est habilité à saisir directement le juge. Il est néanmoins regrettable que le penseur viennois ne développe pas suffisamment cette fonction subjective des droits fondamentaux et leurs implications sur la création du droit. Ce dernier se contente d'en soumettre l'idée, sans en exploiter toutes les potentialités. À ce propos, voir : GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 65.

²²⁰⁶ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 325.

²²⁰⁷ Il s'agit ici des citoyens et des étrangers ressortissants de l'Union européenne. Voir, Art. 6 DDHC ; art. 88-3, Const. 1958.

²²⁰⁸ BVerfGE, 15 janvier 1958, *Liith*, Rec. n° 7/198-204. Voir également, FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, coll. des thèses de l'IFR, 2014, pp. 179-191 ; JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 44.

elles sont assorties ; particulièrement au sujet de droit à un recours juridictionnel²²⁰⁹. C'est ainsi que cette fonction subjective organise l'exercice des droits pour le titulaire-justiciable²²¹⁰.

2. Une fonction objective de régulation de la production du droit

369. La fonction d'encadrement. La fonction d'*encadrement* des droits fondamentaux ne peut également pas être omise, en raison de sa nature structurante au sein de l'ordre juridique. Même si elle s'oriente sous un prisme plus objectif, cette dernière est, d'une part, au fondement de la fonction subjective et, d'autre part, prescrit son aboutissement. Plus exactement, elle procure à la fois un ensemble d'habilitations à agir à des individus titulaires déterminés — c'est en cela qu'elle fonde — et les obligations qu'elle reflète²²¹¹. La fonction générale des droits fondamentaux se comprend ainsi, dès lors que l'on se pose trois questions : « qui ordonne ? », « qu'est-il ordonné », « comment est-il ordonné ? »²²¹². C'est précisément là que la fonction d'encadrement s'illustre plus concrètement en prescrivant, dans le prolongement de la Constitution, les critères formels et matériels de concrétisation des normes constitutionnelles, ainsi que leur interprétation²²¹³. En imposant une *direction*, elle suppose une fonction de répartition des compétences associant, pour les organes de l'État — qui sont également titulaires de droits —, des obligations d'action ou de non d'action, et pour les individus titulaires, la permission d'agir pour revendiquer ou limiter les actions desdits organes. S'érige alors, « un ordre public de direction capable de modifier les structures juridiques et politiques du rapport entre l'individu et l'État »²²¹⁴. Cette fonction objective a donc cela de décisif qu'elle circonscrit l'étendue des droits dont disposent les individus et les garanties qui y sont associées, ainsi que les conséquences ou les effets que la revendication des droits fondamentaux est susceptible de générer sur les limites des compétences des organes constitués.

²²⁰⁹ P. 1, t. 2, chap. 2, Sect. 1, §2, B.

²²¹⁰ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 337-338.

²²¹¹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 175. Pour des développements théoriques et critiques sur le concept de norme d'habilitation, nous renvoyons à la thèse du Professeur TUSSEAU. Voir, TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, p. 125 et svt.

²²¹² PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 324.

²²¹³ Pour une synthèse relative à ces questions, voir : GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. par V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2010, spéc. 163-233.

²²¹⁴ GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, op. cit., p. 68.

370. Implications. L'élément correctif inhérent aux droits fondamentaux réside, sous cet angle, dans le fait que les permissions d'agir dont disposent les individus sont prédéterminées par l'ordre juridique. Mais elles contribuent, en donnant la possibilité pour ces titulaires de revendiquer des droits — et ainsi limiter ou susciter l'action des organes étatiques — à réguler la production du droit et (ou) son interprétation. Cet aspect correctif, organisé autour des fonctions subjective et objective des droits fondamentaux, est l'élément dynamique du principe de participation négative. Il démontre, en ce sens, sa contribution au phénomène d'évolution du droit, et plus généralement à une forme de repolitisation de la démocratie.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

371. La symbolique du conflit donne à la contestation juridictionnelle l'image d'un moyen de conquête des droits, non seulement pour l'individu contestataire, mais aussi, par répercussion, pour la collectivité dans son ensemble. Cette thèse, d'abord d'essence politique, prône une vision dynamique de la démocratie en prenant fondement sur l'apparition et l'émancipation historique des procédures de contestation ou de revendication des droits publics subjectifs, et présuppose que ces dernières ont généré une augmentation quantitative du nombre de droits fondamentaux. Il s'agit donc de « droits qui ne sont pas fixés une fois pour toutes, mais conquis par des combats, non pas contre l'institution en tant que telle, mais contre la pétrification de l'institution »²²¹⁵. À la fois par sa logique, en tant que phénomène procédural, il présente sa singularité et se distingue des procédures d'élections des représentants politiques fondant traditionnellement le principe d'autonomie démocratique. La participation négative s'apparente, pour ainsi dire, à « une autre voix », répondant à des caractéristiques propres. L'ordre juridique prévoit et encadre un certain nombre de procédures autorisant et légitimant ce conflit. À cet effet, la participation négative rassemble trois éléments fondamentaux qui recoupent les composantes du concept de justiciabilité : un *sujet* titulaire de droits, des *droits* fondamentaux entendus comme permissions d'agir pour fonder la contestation, et un *tiers* intermédiaire, impartial et indépendant, habilité à trancher le litige et dont l'*autorité* des décisions a pour conséquence la suppression ou la modification des droits produits par les autres organes producteurs de normes, voire la création de certains droits à l'issue de l'interprétation qui en est faite. L'implication de cette participation au principe d'autonomie démocratique s'identifie ensuite par ses moyens et ses effets. Ces moyens ressortent à la fois des fonctions de revendication et régulation des droits fondamentaux, lesquels demeurent l'élément conditionnel au déclenchement de la procédure, et de l'autorité des décisions du juge qui s'imposent aux pouvoirs publics. Les effets de cette participation s'illustrent, quant à eux, dans le fait que les contestations subjectives et concrètes d'une norme litigieuse bénéficient, à l'issue de la procédure, à l'ordre juridique dans son ensemble. La participation négative produit un effet de rétroaction négative sur l'ensemble du système²²¹⁶. Ainsi, après avoir détaillé les composantes de cette participation négative, et rendu compte de son implication dans le

²²¹⁵ COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*, p. 237.

²²¹⁶ Voir, Introduction, p. 47.

processus démocratique, il convient d'en apprécier les conséquences au sein d'une vision systémique de l'autonomie, afin de montrer en quoi elle se manifeste comme un facteur de repolitisation de la démocratie.

CHAPITRE 2. UN PRINCIPE D'AUTONOMIE REEVALUE : UNE CONTRIBUTION A L'EVOLUTION DU DROIT

« Politique et droits de l'homme, politique démocratique, deux manières donc de répondre à la même exigence : exploiter les ressources de liberté et de créativité auxquelles puise une expérience qui accueille les effets de la division ; résister à la tentation d'échanger le présent contre l'avenir ; faire l'effort au contraire de lire dans le présent les lignes de chance qui s'indiquent avec la défense des droits acquis et la revendication des droits nouveaux, en apprenant à les distinguer de ce qui n'est que satisfaction de l'intérêt »²²¹⁷.

372. Le principe de participation négative, par le biais des droits fondamentaux, fait de l'autonomie plus qu'un principe de production de droit, mais plus largement un principe de régulation de celui-ci, inséré dans une temporalité propre au sein du système juridique. Elle appelle à prendre le problème de l'autonomie d'un point de vue systémique, c'est-à-dire comme une méthode d'analyse visant à appréhender un système, à la fois en tant qu'ensemble uniforme et dans la relation entre les éléments qui composent ce système. Dans cette optique, elle contribue à combler deux grands problèmes attachés au principe démocratique : le contrôle plus ou moins fréquent de la concordance des volontés entre les producteurs et les destinataires des normes, et la conservation d'une identité entre les individus pris isolément et la communauté. À cet effet, la contestation juridictionnelle a vocation à assurer deux exigences principales : un degré de *récurrence* dans sa mise en œuvre en raison de conditions de délais relativement courts et un principe de *répercussion* par le fait qu'elle confronte des normes concrètes à des normes plus générales et abstraites, de sorte que l'une est susceptible de provoquer la modification de l'autre. Tel est le mécanisme que le standard de justiciabilité est censé garantir pour repolitiser la démocratie. Si, en effet, le principe d'autonomie suppose une unité du système de production du droit, il est également nécessaire de prendre en compte le conflit mis en œuvre entre des intérêts individuels (formalisés en droits subjectifs) et des intérêts collectifs (appréhendés comme droits objectifs) mis en scène par le recours. Les justiciables sont ici des ordres juridiques partiels qui, par leurs actions, contribuent à l'évolution de l'ordre juridique global, en confrontant en permanence les droits subjectifs au droit objectif. Cet angle

²²¹⁷ LEFORT (CL.), « Droits de l'homme et politique », in *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1994, p. 83.

d'approche permet de revenir sur un des problèmes les plus emblématiques de la philosophie politique relative à la démocratie orientée vers la conciliation entre le « je » et le « nous », afin de garantir la liberté du tout et (éventuellement) des parties²²¹⁸. La solution fictive du contrat peut être réinterrogée au regard du problème strictement juridique de l'autonomie. Le principe de participation négative en donne à son tour une facette en y incluant la question de la contestation juridictionnelle pour appréhender l'actualisation constante du droit par les procédures. Le problème de cette conciliation entre le « je » et le « nous » est ainsi réglé en postulant une définition de l'État comme « unité organisée d'action »²²¹⁹, où les procédures prévues par l'ordre juridique concourent à concilier les conflits entre normes et à actualiser les droits afin de garantir l'unité de cet ordre. Autrement dit, l'individuel et le collectif sont donc appréhendés comme deux entités distinctes, mais également complémentaires, de sorte à garantir l'unité et l'actualisation constante du système. Ainsi, cette perspective conduit, tout d'abord, à ce que l'autonomie par la correction du droit implique de manière significative une récurrence de l'évaluation du droit dans le temps (Section 1), qui amène, par la même occasion, à une réinterprétation du conflit entre l'individuel et le collectif (Section 2), non plus comme simple facteur de déliaison, mais également comme élément de recomposition du collectif.

²²¹⁸ JAUME (L.), « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 5-16.

²²¹⁹ C'est le point de vue abordé par BÖCKENFÖRDE. « *En tant qu'unité organisée d'action, l'État apparaît et se maintient par cela que l'action singulière des individus s'y trouve rassemblée, unifiée, dirigée et actualisée par des organes dirigeants* ». BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Réunis, traduits et présentés par O. Jouanjan, Paris, LGDJ, Bruylant-Bruxelles, coll. La pensée juridique, 2000, p. 184. Voir, Introduction, p. 48.

SECTION 1. LA RECURRENCE DE L'ÉVALUATION DU DROIT DANS LE TEMPS

« *Le temps est hors de ses gonds* »²²²⁰.

373. L'association entre l'idée de récurrence et d'évaluation du droit est un des traits caractéristiques de la démocratie moderne dès lors que celle-ci s'est vue intégrer comme condition de légitimité (voire d'existence) la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, sous couvert de la condition de justiciabilité du droit. Les principes de rétroaction²²²¹ et de participation négative induisent, en ce sens, une récurrence des « moments » démocratiques, non exclusivement cantonnés à la périodicité de ces élections, mais également par les possibilités offertes aux justiciables de susciter, par la voie juridictionnelle, le contrôle du droit. Présupposer alors un mouvement d'évolution du droit appelle à faire un détour vers les rapports qu'entretiennent le droit et le temps. Si ces derniers ont fait l'objet de quelques études doctrinales contemporaines²²²², même parmi les constitutionnalistes²²²³, leur appréhension demeure éminemment liée au choix d'une conception du temps et d'une théorie du droit, tout en retraçant également des grands débats juridiques et philosophico-politiques attrayants à la démocratie. La question du temps et de sa définition est néanmoins abyssale²²²⁴.

²²²⁰ SHAKESPEARE (W.), *Hamlet*, Acte I, scène 5, vers 196. Dans sa version originale : « *The time is out of joint* ».

²²²¹ Voir, supra, Introduction, p. 47.

²²²² Concernant la doctrine juridique, et parmi les études se voulant les plus systématiques, voir : OST (F.), « Temporalité juridique », in ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, pp. 607-609 ; GRIDEL (J.-P.), « Essai sur le temps et le droit », in *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1994, pp. 761-771 ; PFERSMANN (O.), « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, 1994, vol. XIX, pp. 221-243 ; OST (F.), VAN HOECKE (M.) (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 472 p. ; BOUDREAULT (F.), « Temps, démocratie et constitution : la dialectique de la stabilité et du changement », *REIJ*, 1999, n° 43, pp. 23-71 ; OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, 376 p. ; GUTMANN (D.), « Temps », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 1469-1474. Nous renvoyons également au numéro de la revue *Droits* consacré à cette question : « Temps, interprétation et droit », *Droits*, 2000, n° 30, 200 p. Pour une approche transdisciplinaire, voir notamment : *Le temps et le droit, Hommage au Professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 702 p.

²²²³ Voir, par exemple : PIERRE-CAPS (S.), « Les révisions de la Constitution : temps, conflits et stratégies », *RDP*, 1998, n° 2, pp. 409-430 ; LAVROFF (D. G.), « La Constitution et le temps », in *Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 207-227 ; BARANGER (D.), « Temps et constitution », *Droits*, 2000, n° 30, pp. 45-70 ; ARDANT (Ph.), « Le temps dans les constitutions écrites », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, coll. Mélanges, 2001, pp. 503-515 ; VIALA (A.) (dir.), *La Constitution et le temps*, Actes du V^{ème} séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002, Lyon, L'Hermès, coll. Bibliothèque de droit, 2003, 223 p. Sur ce même thème, voir également : HUMMEL (J.), « Histoire et temporalités constitutionnelles », *Jus politicum*, 2012, n° 7 ; HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, éd. Michel Houdiard, coll. Essais, 2010, 171 p. ; KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019, spéc. pp. 650-694.

²²²⁴ L'immensité des travaux philosophiques ou de physique théorique sur la question en témoigne, de même que les nombreux usages sociaux qui en sont faits. Pour une synthèse, voir : LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. Quadrige, rééd. 2013, pp. 1110-1114. De manière très succincte, SAINT

Elle est ici réduite à deux acceptions. La première correspond *lato sensu* au sens commun du temps en tant que durée mesurée ou mesurable d'un « ordre de succession unique » et irréversible des choses, se décomposant chronologiquement entre passé, présent et futur²²²⁵. À ce temps-là, le droit y est soumis en tant qu'il suit le cours irrévocable de l'histoire, tout en l'utilisant comme repère et en le manipulant²²²⁶. La seconde se base sur une approche relativiste présumant que chaque système de référence dispose d'un « temps propre ». Héritée des sciences dures²²²⁷, cette vision pluraliste du temps se retrouve sous un autre aspect en sciences sociales²²²⁸, postulant une vision constructiviste selon laquelle le temps est une institution sociale²²²⁹, de sorte que, comme l'a montré Georges GURVITCH²²³⁰, chaque système social construit son propre temps. Cette conception pluraliste amène donc à parler en termes de « temporalités ». À cette occasion, le système juridique n'échappe pas à la règle. Une démarche positiviste permet, en effet, de stipuler que le droit, par son caractère autoréférentiel, construit son temps²²³¹ ; un temps *normé*, prescrit, selon des normes de *devoir-être*, avec des conditions de

AUGUSTIN rappelait, par exemple, la difficulté métaphysique de définir le temps. « *Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; mais si on me le demande et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus* » (*Les confessions*, Livre XI, chap. XI). PASCAL, à son tour, ne manquera pas d'éluder le problème en attestant de l'impossibilité de définir ce « *mot primitif* » au regard de son essence. Le subjectivisme du sujet connaissant nuirait, en effet, à toute tentative d'une définition objective. Ainsi apparaît l'importance d'un choix définitionnel préalable. « *Ce qui suffit pour faire que ce terme n'ait pas besoin d'être défini, quoiqu'ensuite, en examinant ce que c'est que le temps, on vienne à différer de sentiment après s'être mis à penser [...] car les définitions ne sont faites que pour désigner les choses que l'on nomme, et non pas pour en montrer la nature* » (PASCAL, *De l'esprit géométrique*, Paris, Flammarion, 1985, p. 72). Suivant ce relativisme, la définition retenue du temps est ici précise et circonscrite à l'objet droit. Il est ainsi écarté toute analyse visant à s'interroger sur ce qu'est le temps, ce dernier étant ici réduit à un instrument d'analyse du phénomène juridique.

²²²⁵ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, p. 1111. Selon l'auteur, l'origine étymologique du mot « temps » viendrait de *tempus*, évoquant précisément l'idée de division, de rythme et de mesure.

²²²⁶ Il s'agit ici de la proposition théorique présentée par le Professeur GRIDEL, selon laquelle le droit suit, premièrement, la flèche du temps en œuvrant du passé au futur ; qu'il l'utilise, deuxièmement, comme outil ou repère en prescrivant, par exemple, des délais de jugement ou de prescription ; qu'il le manipule, troisièmement, en défiant le principe de causalité par le recours à des fictions comme la rétroactivité. Voir, GRIDEL (J.-P.), « Essai sur le temps et le droit », *op. cit.*, pp. 761-771.

²²²⁷ C'est notamment une conception qui a émergé et qui est aujourd'hui dominante dans le domaine de la physique. Voir, LANGEVIN (P.), « Le Temps, l'Espace et la Causalité », *Bulletin de la société française de philosophie*, janvier 1912, p. 3.

²²²⁸ Parmi les études philosophiques et sociologiques consacrées au sujet, nous citerons par exemple : CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1975, spéc. pp. 273-326 ; ÉLIAS (N.), *Du temps*, Paris, Fayard, 2018, 224 p.

²²²⁹ On retrouve chez Cornelius CASTORIADIS cette idée d'inhérence entre temps et création. « *Le temps n'est rien, ou il est création. Le temps, rigoureusement parlant, est impensable sans la création* ». Il en ressort par-là la question même de l'évolution de la société, qui se remarque autant dans l'insertion de celle-ci dans le temps, que dans son devenir, car le temps s'incarne précisément en perspective unique de devenir. Voir, CASTORIADIS (C.), *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1999, p. 272.

²²³⁰ GURVITCH (G.), « La multiplicité des temps sociaux », in *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, PUF, 1963, t. 2, pp. 366-371.

²²³¹ « *Le temps du positivisme est un temps qui sert à construire* ». GUTMANN (D.), « Temps », *op. cit.*, pp. 1469-1474. Voir également, SEGUR (Ph.), *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, Thèse dactyl., Université Toulouse I Capitole, 1993, p. 115.

validité fixes et donc hors du temps commun de l'être²²³². Le temps *normé* est essentiellement tributaire de cadres procéduraux prédéterminés. Par ce caractère, il présente une structure synchrone. « Le droit a son temps, le droit a son rythme »²²³³ ; il pose, autrement dit, les conditions de son propre temps et de sa propre continuité²²³⁴. En outre, une temporalité juridique s'incarne en tant que « forme(s) particulière(s) que prend le temps en rapport avec les divers phénomènes juridiques (branches du droit, sources du droit, systèmes juridiques) »²²³⁵. Partant de là, le principe d'autonomie dévoile la facette particulière d'une démocratie qui vit le temps au pluriel²²³⁶. L'évolution du droit en son sein s'insère entre *temps expérimentés*²²³⁷ (temporalités sociales) et *temps normés* (temporalités juridiques), en se coïncidant et se confrontant. D'une part, le temps du droit impose des schémas procéduraux lui permettant d'évoluer dans *son* temps (sa création, sa modification, sa suppression). D'autre part, il reste en relations avec les temps sociaux, ceux des sujets et de la coordination des intérêts individuels

²²³² CAMY (O.), « Présence irréaliste du droit (à propos de la temporalisation du temps) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1998, n° 41, p. 16. En adoptant une démarche positiviste normativiste, l'auteur démontre, en effet, que le droit échappe à l'irréversibilité du temps commun. Ces conditions d'existences sont toujours prédéfinies par le système qui le construit, de sorte qu'il se trouve en marge du temps physique ou des temps sociaux ; « voilà pourquoi le temps du droit positif est un présent éternel ». On retrouve ici la conception dynamique de l'ordre juridique selon l'approche formelle telle qu'exposée par Hans KELSEN. (Voir, KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2^e éd., 1999, pp. 77-97). Chez HART, par ailleurs, la singularité du temps propre à l'ordre juridique est assurée par ce que l'auteur appelle les « normes secondaires », lesquelles regroupent des normes générales et abstraites fixant les différentes procédures prescrivant la création, la modification ou la suppression des normes au sein de l'ordre juridique. On retrouve ici le mécanisme d'autocréation du droit rendant le temps l'ordre juridique autonome, continue, et donc, en quelque sorte, a-temporel. Voir, HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, coll. Collection générale, 2005, pp. 155-188.

²²³³ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 31. « Ce qui ainsi s'accrédite, c'est un processus permanent et autolégitimé de création — abrogation des normes juridiques, une mutabilité sans frein de la réglementation, un principe de réversibilité absolu des textes. Comme si, à chaque changement législatif, on pouvait en revenir à quelque "point zéro" de la juridicité : "on efface tout et on recommence" ». (*Ibid.*, p. 189).

²²³⁴ « La continuité, cependant, se trouve assurée par l'ordre juridique considéré dans son ensemble. Elle provient de ce que les modifications du droit se font conformément au droit ». VILLEY (M.), *La pensée juridique* (1960), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, p. 189. Cette continuité de principe peut, néanmoins, connaître des ruptures provoquées par des événements de faits qui pénètrent le temps normé. Sans s'assimiler au temps normé, le temps social peut, en effet, être un facteur de troubles. Le cas échéant, on parlera alors de révolution. Voir, *Ibid.*, pp. 191-198.

²²³⁵ OST (F.), « Temporalité juridique », *op. cit.*, p. 607.

²²³⁶ La diversité inhérente à l'ordre social, qui est justement le point de distinction le plus fondamental avec l'unité de l'ordre juridique, peut permettre d'identifier plusieurs temps : le temps psychologique de chaque individu ou groupe, le temps politique des citoyens et de la communauté ou encore le temps social des mœurs et des opinions.

²²³⁷ Cette conception du temps expérimenté renvoie à celle proposée par Cornelius CASTORIADIS. Il s'agit là du temps « ontologique » de la société, « le temps comme condition de l'expérience pour un sujet — ou comme dimension, élément, horizon, ou comme on voudra dire, de l'être ». Il aboutit à l'institution d'un temps social-historique, lequel assimile les diverses expériences subjectives au sein d'une même communauté, de sorte à l'insérer dans un schéma d'identification et de reconnaissance mutuelle d'un temps partagé au sein de cette même institution. « Le social historique est flux perpétuel d'autoaltération — et ne peut être qu'en se donnant des figures "stables" par où il se rend visible, et visible à et pour lui-même, dans sa réflexivité impersonnelle qui est aussi une dimension de son mode d'être ; la figure "stable" primordiale est ici l'institution ». CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, *op. cit.*, pp. 301-305.

et collectifs, laissant apparaître comment il évolue dans le temps. Dès lors, ces deux référentiels peuvent être analysés selon deux méthodes. Premièrement, il s'agit d'opter pour une démarche synchronique, utile à mettre en évidence la conception relativiste du temps démocratique, pour évoquer la translation du temps du droit aux temporalités juridiques qui le composent (§ 1). L'utilité d'une telle démarche réside notamment dans l'entreprise d'identifier la place de la temporalité correspondant aux procédures juridictionnelles pour mobiliser, secondement, une démarche diachronique, visant à mettre en lumière l'influence de la coordination des temporalités sociales et juridiques sur l'actualisation du droit au cours du temps. Selon cette configuration, autrement dit, il s'agit d'étudier le passage du temps du droit au droit dans le temps (§ 2).

§ 1. Du temps du droit aux temporalités du droit

374. La démocratie gouverne son temps, et si la science politique s'est emparée de cette question, c'est principalement à dessein d'analyser ses crises et ses évolutions²²³⁸. Temps, durées, intervalles, récurrences sont en effet autant d'indicateurs conditionnant d'un côté, sa réalisation et sa prospérité et, d'un autre côté, l'évaluation de ses maux, sa complexité et ses contradictions. Une conception relativiste du temps, raisonnant en termes de temporalités, procure un cadre épistémologique spécifique permettant d'isoler le temps propre au système juridique, dont les repères sont principalement procéduraux. Ce temps procédural comme représentation du temps *normé* est primordial, car il rythme, d'un côté, chaque échéance électorale, déterminant ainsi les *moments* d'expressions de la démocratie et, d'un autre côté, délimite les revendications circonstanciées, les contestations, les requêtes des sujets de droits justiciables²²³⁹. Il contribue ainsi à déterminer les garanties d'autonomie et d'autocréation du système. Sous cet aspect, le relativisme s'explique par le fait que l'ordre juridique prescrit des référentiels pluriels, où chaque type de procédure implique à son tour une *temporalité* particulière²²⁴⁰. Ces dernières, se matérialisant par des intervalles, des échéances ou des délais prédéterminés, peuvent intervenir simultanément, mais demeurent toujours juridiquement distinctes. Cette forme de synchronie amène plus précisément à se concentrer sur la procédure juridictionnelle, sous le modèle de la requête, par sa participation au principe de rétroaction négative. Ainsi, la pluralité des temporalités propres à la démocratie peut s'identifier selon deux catégories générales. Il se distingue, sur le plan objectif, une *temporalité institutionnelle*, correspondant aux procédures traditionnelles de représentation politique et, sur le plan subjectif, une *temporalité du sujet*, assimilée au cadre procédural garantissant à tout titulaire la contestation de ces droits par la voie juridictionnelle (A). Or cette distinction procédurale pointe, ensuite, un autre problème : celui de la synchronisation de ces deux temps (B).

²²³⁸ Pour une vision globale sur la question, voir : CHOLLET (A.), *Les temps de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses Science politique, 2011, 493 p. On notera, également, la thèse de droit public soutenue par le Professeur SEGUR développant l'implication du politique dans la formation du temps social. Voir, SEGUR (Ph.), *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, op. cit., p. 387.

²²³⁹ RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, p. 30.

²²⁴⁰ Voir, PFERSMANN (O.), « Temporalité et conditionnalité des systèmes juridiques », *RRJ*, 1994, vol. XIX, pp. 221-243.

A. Temporalité institutionnelle et temporalités du sujet

375. « Si le suffrage reste dans tous les cas politiquement le “pouvoir de dernier mot”, l’activité démocratique ordinaire mêle en permanence décision politique et décision judiciaire »²²⁴¹. Ces deux mécanismes, concourant au phénomène d’autonomie, correspondent respectivement à deux temps procéduraux distincts : celui de la participation négative, à côté de celui de la participation politique. La temporalité institutionnelle, propre à la participation politique, est à l’image de ce que symbolise l’institution. Elle est rythmée et ponctuée par des procédures présentant rigidité, périodicité (donc prévisibilité) et permanence, de sorte à garantir les aspirations du constitutionnalisme moderne : actualiser et assimiler les volontés entre les gouvernants et des gouvernés, pour parvenir à la liberté politique²²⁴². La participation négative, quant à elle, fait intervenir la forme juridictionnelle ; elle n’obéit donc pas aux mêmes principes procéduraux. Contrairement au cadre imposé par la temporalité institutionnelle, celle-ci est plus souple, imprévisible, aléatoire et spontanée. En tant que permettant une possibilité d’agir, ce temps est à la disposition du sujet²²⁴³, sans la contrainte de la forme ritualisée du rendez-vous aux urnes. Elle vise, au contraire, à répondre à l’opportunité, à la contingence, à la réaction ou à l’interrogation. Ces traits généraux et caractéristiques doivent être présentés et opposés, autant quant à ce qu’elles représentent qu’au regard de leur concrétisation en droit positif. Seront ainsi présentées successivement la temporalité institutionnelle de la participation politique (1) et la temporalité du sujet propre au recours juridictionnel (2).

1. La temporalité institutionnelle de la participation politique

376. La temporalité dite « institutionnelle » rassemble les procédures de suffrage. Procédé traditionnel de légitimité et de pérennité du régime représentatif, le choix des représentants politiques est prescrit par des procédures sur une régularité et une prévisibilité prédéfinie. « Ce faisant, nos lois fondamentales ne font qu’accommoder le temps “ordinaire” dans un souci de bonne administration de la chose politique [...] L’institution crée le temps, en même temps que le temps lui est nécessaire »²²⁴⁴. D’un point de vue politique, autrement dit, l’institutionnalisation du temps est un moyen essentiel et crucial dans l’exercice pouvoir. En tant qu’instrument de

²²⁴¹ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, Paris, Seuil, coll. Points, 2006, p. 245.

²²⁴² Voir, BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 45.

²²⁴³ GUTMANN (D.), « Temps », *op. cit.*, p. 1474.

²²⁴⁴ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, pp. 45-46.

cohésion sociale, elle produit des repaires assurant sa pérennité²²⁴⁵. Elle fait de l'ordre politique un « garant de prévisibilité »²²⁴⁶ et est elle-même une condition du politique ; « pas d'élection sans politique, ni de politique sans élection »²²⁴⁷.

377. Périodicité et prévisibilité de l'élection. L'objet de la procédure, qu'il s'agisse d'un suffrage direct ou indirect, est basé dans son principe sur une démarche volontariste, où le citoyen électeur est amené à choisir un représentant. Dès lors, l'échéancier de l'intervention de la procédure se place dans une durée relativement longue. Cette dernière intervient selon l'élection concernée en fonction de la durée des mandats prévue par le droit. La théorie du mandat politique implique, en effet, une durée de la mission de l'élu, ainsi qu'une recherche de l'intervalle le plus pertinent pour permettre à la fois à la volonté générale mandatée de s'exprimer et de s'actualiser²²⁴⁸. Elle pose une question de légitimité du pouvoir et d'organisation institutionnelle de celui-ci. La rigidité de la temporalité institutionnelle concernant le mandat a souvent préoccupé la philosophie et de la science politique²²⁴⁹, car en tant que moyen d'atteindre la liberté politique, elle est le socle architectural de la démocratie représentative. La rigidité de son cadre procédural se présente donc comme une nécessité, une garantie d'infailibilité et de continuité. Déjà, chez Jean-Jacques ROUSSEAU, est postulée l'idée de mandats « fixes et périodiques que rien ne puisse abolir ni proroger »²²⁵⁰. Cette posture se retrouve, par ailleurs, chez Maurice DUVERGER, pour qui le mandat s'insère dans une dynamique cyclique, où « les élections générales ont pour conséquence de faire de l'État dans son ensemble, à intervalles fixes et déterminés, l'enjeu de la bataille [...] Les luttes politiques se déroulent ainsi suivant un rythme régulier »²²⁵¹. Ce caractère obligatoirement temporaire apparaît enfin dans les réflexions proposées par Maurice HAURIOU, pour lequel cette garantie demeure « la seule forme d'occupation des fonctions publiques qui laisse intacte la souveraineté de la nation »²²⁵².

²²⁴⁵ Sur ce point, voir : SEGUR (Ph.), *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, op. cit., p. 10.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 369.

²²⁴⁷ DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 10.

²²⁴⁸ L'exemple le plus illustratif sur ce point est, par exemple, l'initiative de révision de la Constitution par referendum intentée par le Président Chirac, le 24 septembre 2000. Voir, loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000 relative à la durée du mandat du Président de la République, JORF du 3 octobre 2000. Sur ce sujet, voir : DUHAMEL (O.), *Le quinquennat*, Paris, Presses de Science Po, coll. Bibliothèque du citoyen, 2008, 144 p. ; CHEVALIER (J.-J.), CARCASSONNE (G.), DUHAMEL (O.), BENETTI (J.), *Histoire de la Vème République. 1958-2015*, Paris, Dalloz, 15^e éd., 2015, pp. 466-476.

²²⁴⁹ Pour une vision d'ensemble sur la question, voir : MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. Champs/essais, 2014, pp. 223-224.

²²⁵⁰ ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Livre III, chap. XIII.

²²⁵¹ DUVERGER (M.), *Introduction à la politique*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1964, p. 256.

²²⁵² HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^e éd., présentation par J. Hummel, rééd. Dalloz,

L'exigence de rigidité et de régularité est donc ici présentée comme indispensable. Le placement temporel et la métrique particulière de cette temporalité sont, autrement dit, en adéquation avec l'objectif qui lui est alloué. Encore une fois, si elle est une garantie de stabilité, elle ne saurait, dans l'absolu, suffire à clore le problème de la légitimité démocratique²²⁵³ ; telle est la grande hésitation de la démocratie contemporaine²²⁵⁴. Essentielle, mais non suffisante, elle fait néanmoins l'objet d'une protection juridique relativement complète en termes de normes de références.

378. Concrétisations juridiques. D'une rigueur semblable à celle de l'horloge, la temporalité institutionnelle impose des intervalles temporels réguliers, déterminés par les calendriers électoraux. « La temporalité qu'organise le système représentatif est à la fois intermittente, courte et introvertie »²²⁵⁵. Cette rigidité implique une prévisibilité quant à la tenue de chaque échéance et donc une certitude quant au moment. Cette périodicité est conçue comme une justification politique de légitimité et une garantie d'autogouvernement du peuple. Son objectif consiste à assurer régulièrement une adéquation entre les intérêts de la société et ceux représentés par le personnel politique élu. En tant que fondement démocratique essentiel, elle jouit d'un arsenal juridique conséquent et varié. Tout d'abord, elle est une exigence conventionnelle. L'article 21 de la DUDH exige, par exemple, que des élections « doivent avoir lieu périodiquement ». Le Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, dans son article 25, stipule lui aussi l'instauration « d'élections périodiques ». Dans la même logique, la Convention EDH, à l'article 3 du Protocole 1, prescrit l'instauration desdites élections « à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression du Peuple sur les choix législatifs ». Au niveau constitutionnel, le Conseil constitutionnel a joint, sous fondement de l'article 3 de la Constitution, le principe de

2015, p. 186. Pour une synthèse sur la question, nous renvoyons à l'étude proposée par Daniel STRICHER dans sa thèse. Voir, STRICHER (D.), *La durée des mandats politiques : approches institutionnelle et comparée*, Thèse dactyl., Université de Lorraine, 2015, pp. 183-225.

²²⁵³ Voir, sur ce point : DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, pp. 420-421.

²²⁵⁴ Voir, Introduction, p. 17.

²²⁵⁵ CHESNEAUX (J.), *Habiter le temps*, Paris, Bayard, coll. Société, 1996, p. 257. L'auteur analyse, en ce sens, les relations qu'entretiennent le temps et la démocratie. L'analyse politique qui en est faite montre que la temporalité institutionnelle de la démocratie peut être appréhendée comme un problème, car l'acte de reconnaissance du peuple envers le pouvoir reste strictement encadré temporellement. Brève dans son intervention, au regard du procédé électif, et strictement encadrée par les intervalles des mandats, l'intervention du peuple dans sa démarche concrète d'autogouvernement souffre ainsi de « vides participatifs » ; symptôme des limites de la démocratie.

périodicité au droit de suffrage²²⁵⁶. En fonction de l'élection concernée, au niveau européen²²⁵⁷, national²²⁵⁸, local²²⁵⁹, varie la durée des mandats, allant globalement de quatre à six ans. Enfin, exception faite de la procédure de referendum qui, d'un point de vue quantitatif, ne peut être considérée comme une procédure de participation efficace en faits²²⁶⁰, cette rigidité a pu être dénoncée, selon un argument politique, comme un des maux de la démocratie contemporaine par son incapacité à s'actualiser au rythme de la société. Il s'agit, par exemple, d'un des arguments prônés par la thèse de la « démocratie continue »²²⁶¹. De manière plus objective, il s'agit de constater que la participation politique, par l'élection de représentants, permet d'habiliter juridiquement des personnes à exercer une certaine compétence concourant à la production du droit. Or, une fois encore, face à la pluralité des procédures électorales, de l'entrecroisement des calendriers électoraux, la question de la légitimité électorale se heurte, de surcroît, à un conflit de légitimité entre les différents organes élus. À ce titre, « une fois admise l'idée que c'est l'élection qui donne légitimité et qu'elles sont hiérarchisées entre elles, on doit convenir qu'il se trouvera toujours une élection nouvelle pour venir remettre en cause la légitimité des autorités fraîchement élues quand bien même elles n'auraient aucun rapport entre elles, tout organe étant constamment menacé de trouver plus "légitime" que lui, c'est-à-dire en l'espèce plus récent que lui »²²⁶². Fatalement, il s'agit là d'un autre exemple du caractère

²²⁵⁶ Voir, Cons. const., n° 90-280 DC, 6 décembre 1990, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, cons. 8.

²²⁵⁷ La durée du mandat des députés européens est de 5 ans (Loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 *relative à l'élection des représentants au Parlement européen*).

²²⁵⁸ On retrouve un mandat d'une durée de 5 ans pour le Président de la République (Art. 6, Const. 1958), de 5 ans également pour les députés (loi organique n° 2001-419 du 15 mai 2001 *modifiant la date d'expiration des pouvoirs de l'Assemblée nationale*) et de 6 ans pour les sénateurs (Loi organique n° 2003-696 du 30 juillet 2003 *portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat*).

²²⁵⁹ La durée du mandat est de 6 ans pour les conseillers régionaux les conseillers départementaux, et les conseillers municipaux (Loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 *relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*).

²²⁶⁰ L'exception caractérisée par la pratique référendaire découle du constat selon lequel l'intervention du référendum, sous la V^{ème} république a été limitée à seulement dix cas. Voir, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/referendum-sous-la-ve-republique/tableau-recapitulatif-des-referendums-de-la-ve-me-republique>. Pour une synthèse, voir également : TAILLON (P.), « Le référendum, angle mort du républicanisme à la française », *Pouvoirs*, 2020, n° 175, pp. 57-68.

²²⁶¹ La théorie de la « démocratie continue » proposée par le Professeur ROUSSEAU met par exemple en avant la distance paradoxale entre le principe démocratique et l'organisation institutionnelle servant à la régir. L'argument se pose ici sur un plan majoritairement symbolique et essentialiste. L'auteur présuppose ainsi que la démocratie évoque l'idée de liberté, de mouvement, de changement, voire de désordre ; alors que l'institution, quant à elle, reflète la rigidité, la durée et une organisation pérenne. Sur ce point, voir : ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, 2014, pp. 19-21.

²²⁶² DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, op. cit., p. 1038.

aporétique de l'élection. Ce phénomène, aussi essentiel soit-il au principe démocratique, et notamment au regard de sa rigidité, laisse subsister des zones grises. C'est ici que les manifestations de la participation négative témoignent de leur contribution à l'évolution du droit, au sein d'une temporalité spécifique, en permettant de prendre en compte, sous un angle distinct, d'autres manifestations du mécanisme de représentation des intérêts au sein du processus d'autonomie.

2. La temporalité du sujet propre aux recours juridictionnels

379. Un principe d'imprévisibilité. La temporalité du sujet, entendu comme sujet titulaire de droits, correspond au « temps juridictionnel » de traitement des requêtes et de prise des décisions de justice. Par cette nature, il répond à des caractéristiques différentes de celles précédemment énoncées. Contrairement au temps institutionnel qui est plus objectif, au sens où il appelle à la formation des intérêts collectifs de la communauté, le temps du sujet se meut au rythme de revendications portées sur des intérêts subjectifs²²⁶³. Juridiquement, il obéit à un ensemble de règles procédurales propres au domaine juridictionnel. Il implique, tout d'abord, une certaine *imprévisibilité* en cela que le déclenchement de la procédure est aléatoirement tributaire du dépôt d'une requête visant à la contestation d'un droit. Étant à disposition des justiciables, cette procédure se caractérise par un formalisme relativement souple. Il impose principalement des obligations relatives au respect de certains délais de recours, d'un intérêt à agir ou de l'objet de la requête²²⁶⁴. Il demeure ainsi une relative incertitude quant au moment du déclenchement de la procédure qui n'est ici pas programmé ou soumis à une quelconque contrainte de périodicité à proprement parler.

380. Un principe de spontanéité. L'imprévisibilité s'accorde, en effet, avec un principe de *spontanéité*, en raison du fait que le recours peut être déclenché à tout moment pendant l'écoulement du délai d'ouverture du contentieux. Elle s'organise autour de différents cadres procéduraux, propres à chaque recours, et dont les manifestations dépendent des démarches subjectives de chaque justiciable. En termes plus généraux, la temporalité du sujet traduit l'instrumentalisation spontanée par le sujet de droit d'une procédure prédéterminée au sein du

²²⁶³ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2.

²²⁶⁴ Cette question renvoie, en somme, aux conditions de recevabilité des requêtes inhérentes à chaque contentieux. Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, chap. 2

temps normé. Le processus s'inscrit alors formellement dans l'instant. L'appropriation spontanée du temps juridictionnel par le sujet au moment du déclenchement de la procédure a pour particularité qu'elle fait de celui-ci un initiateur ou, autrement dit, un déclencheur. À titre d'exemple, de même que la circonscription à un délai de deux mois et un intérêt à agir suffisent pour ouvrir un recours pour excès de pouvoir, le cas de la question prioritaire de constitutionnalité montre aussi bien la possibilité pour tout justiciable de contester un droit constitutionnellement garanti à tout moment d'un procès en cours, dès que la requête respecte les conditions de recevabilité établies par la loi organique²²⁶⁵. La requête demeure en soi l'exercice d'une permission d'agir prédéfinie par l'ordre juridique. Ce n'est qu'une fois formalisée, à l'issue d'une démarche subjective du sujet, que celle-ci prend son sens. À ce moment précis, la maîtrise du temps revient, en quelque sorte, au justiciable, avant qu'il n'en soit dépossédé dès lors que le juge exerce son office. Il en découle, enfin, qu'à l'échelle de l'ordre juridique, la temporalité juridictionnelle prend l'aspect d'une multitude de manifestations procédurales isolées, et spontanées, sans être préalablement programmées, et suivent un mouvement à la fois hétérogène et constant.

B. L'impossibilité de synchronisation

381. De la même manière que GURVITCH identifiait une « multiplicité des temps sociaux »²²⁶⁶, la diversité des temporalités au sein du temps normé, génère une forme particulière de polyrythmie. En effet, comme cela a été vu précédemment, les temporalités respectives de la participation politique et de la participation négative témoignent de points d'incompatibilités évidents sur le plan procédural, mais aussi symbolique et pratique. Il s'agit, en quelque sorte, du prix à payer pour concevoir une conception relativiste du temps démocratique. « La représentation politique s'essaie à écrire le roman d'une société en même temps que les individus rédigent leur journal intime »²²⁶⁷. Ce tempérament est ce qui fait sa singularité en tant que forme d'organisation du pouvoir, mais c'est aussi là l'ambition, voire l'idéalisme, de ce projet. Car sous cet aspect, c'est de cette diversité de temporalités que surgit l'ambition d'une repolitisation de la démocratie. C'est par la même occasion, d'ailleurs, et par ce même constat,

²²⁶⁵ Voir, loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, JORF n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

²²⁶⁶ GURVITCH (G.), « La multiplicité des temps sociaux », *op. cit.*, pp. 366-371.

²²⁶⁷ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, Folio/Histoire, 2010, p. 467.

que se sont développées les critiques relatives à un subjectivisme exacerbé accompagnant le développement de la démocratie des droits de l'homme²²⁶⁸. C'est précisément sur cette impossibilité de synchronisation des temporalités propres aux procédures de participations que se fondent, expressément ou non, certaines thèses consacrées aux crises de la démocratie²²⁶⁹. Il se retrouve ici une approche similaire au relativisme proposé par LANGEVIN : le temps « correspond à la succession d'une série très particulière d'événements, ceux qui s'enchaînent dans une même portion de matière ou dans une même conscience, et se confondent, au point de vue de la mesure, avec ce que nous appelons le "temps propre" de cette portion de matière ; nous aurons à nous poser la question de comparer les temps propres des diverses portions de matière en mouvement les unes par rapport aux autres »²²⁷⁰. Le prisme temporel sert donc à une mise en comparaison afin de constater le décalage inévitable entre les temporalités présentées (1), auxquelles il s'agit, pour en comprendre les implications concrètes, d'en comprendre les causes et les effets (2). L'importance d'une telle analyse réside dans le fait qu'elle permet d'évaluer les conditions premières de l'ambition de repolitiser la démocratie, laquelle s'articule précisément sur cette volonté de synchronisation, de sorte à intégrer la contestation juridictionnelle des droits au sein du processus d'actualisation du droit au regard des aspirations de la société en complément, voire parfois en remplacement, des procédures traditionnelles de suffrage.

1. Le constat du décalage

382. Positions du problème. « Face à la rigidité temporelle inhérente à tout mécanisme institutionnel, il importe de trouver des contrepoids capables d'affirmer la nécessaire flexibilité du temps public »²²⁷¹. Deux problèmes majeurs apparaissent dès lors qu'il est présupposé que la synchronisation des temps procéduraux participe à parachever l'exigence d'autonomie démocratique. Le premier concerne la concordance entre le temps institutionnel et le temps du sujet. Au regard des caractéristiques précédemment énoncées, il est évident que leurs caractéristiques respectives empêchent toute assimilation sur le plan procédural. Cette distinction de temporalités, sur le plan formel, rend fatalement impossible leur synchronie. Le

²²⁶⁸ Voir notamment, GOYARD-FABRE (S.), *Qu'est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1998, pp. 178-194 ; DESMONS (É.), « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 26.

²²⁶⁹ Voir, également, Introduction, p. 17.

²²⁷⁰ LANGEVIN (P.), « Le Temps, l'Espace et la Causalité », *op. cit.*, p. 2.

²²⁷¹ CHESNEAUX (J.), *Habiter le temps*, *op. cit.*, p. 258.

second problème se dévoile en recherchant une cohérence au sein des temporalités du sujet justiciable ; et ce problème découle du caractère spontané de cette forme de temporalité. Pour reprendre une expression d'HEIDEGGER, pour le sujet, « ce qui est explicite en disant *maintenant*, nous l'appelons *le temps* »²²⁷². La diversité des contestations, et des procédures qui y sont associées, témoigne d'une profusion de mouvements procéduraux juridictionnels. Par ailleurs, son imprévisibilité en fait un temps syncopé, aléatoire, mais continu, contrairement au temps institutionnel qui opère à des échéances espacées, programmées à l'avance et est donc, sous cet aspect, discontinu²²⁷³. D'un côté, ce relativisme rend complexe une description exhaustive du phénomène, car il peut générer une perte de repères²²⁷⁴. Mais, d'un autre côté, il montre par ces mêmes aspects l'importance de sa contribution au phénomène de rétroaction négative.

383. La dyssynchronie. « Tantôt en retard, tantôt en avance sur l'autre, chacun vit son propre temps »²²⁷⁵. Cette remarque du Doyen VEDEL, il y a plus de deux décennies déjà, évoque, autant par sa concision et sa consistance, la singularité du rapport qu'entretient la démocratie avec le temps. La condition d'autogouvernement de la démocratie s'incarne effectivement en un projet de conciliation entre des intérêts particuliers et collectifs²²⁷⁶, entre les droits produits par les pouvoirs constitués et ceux revendiqués par les individus. L'objectif à atteindre — ou plus justement l'idéal²²⁷⁷ — est la synchronisation parfaite entre ces deux, de sorte que chacun vive le même temps, en même temps. Ces deux temporalités peuvent, en effet, être jugées

²²⁷² HEIDEGGER (M.), *Être et Temps*, Paris, Gallimard, 1986, p. 474.

²²⁷³ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 164.

²²⁷⁴ De manière illustrative, cette relativité et cette pluralité inhérente au temps, n'étant pas intuitive de prime abord, contribue à en construire une symbolique : celle d'un temps irrévocable et insaisissable. Comme l'a exposé Émile CIORAN, l'ambiguïté du temps s'impose par le fait que celui-ci est à la fois repères et perte de repères. « *J'ai beau m'agripper aux instants, les instants se dérobent : il n'en est aucun qui ne me soit hostile, qui ne me récuse, et ne me signifie son refus de se commettre avec moi. Tous inabordables, ils proclament l'un après l'autre mon isolement et ma défaite [...]. Démunis, sans assise nulle part, nous affrontons alors un malheur inusité : celui de n'avoir pas droit au temps* ». CIORAN (É.), *La chute dans le temps*, Paris, Gallimard, coll. Les essais, 1964, p. 183.

²²⁷⁵ VEDEL (G.), « Préface », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1995, VII.

²²⁷⁶ Voir à ce propos, OST (F.), « Pour une temporalité citoyenne », in OST (F.), AGACINSKI (S.), KLEIN (É.), SCHWARTZ (Y.), LAÏDI (Z.), ENGELHARD (Ph.), HENAFF (M.) (dir.), *Figures du temps*, Parenthèses, coll. Savoirs à l'œuvre, 2003, p. 142.

²²⁷⁷ La diversité des intérêts revendiqués sous fondement juridique des droits fondamentaux est en effet considérée comme une nouvelle composante de la démocratie. D'une part, le principe majoritaire fait que le principe d'autonomie n'est qu'un idéal et, d'autre part, l'élection perd son monopole de procédure exclusivement essentielle à la démocratie. Pour résumer, « *la multiplication des droits bouscule l'idéal démocratique fondé sur le principe politique de l'élection* ». BONNET (J.), PHILIP-GAY (M.), « Démocratie et multiplication des droits », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Actes de la journée d'études du 4 décembre 2009 au Sénat, organisée par l'Association française de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 16.

complémentaires sur le plan politique — en ce sens que la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux, considérée comme moyen d'expression du peuple, vient combler les « vides » démocratiques entre chaque échéance électorale²²⁷⁸ — comme tend à le montrer la théorie de la « démocratie continue ». Comme l'évoque le professeur ROUSSEAU, « le législateur rédige la règle à la vitesse des événements ; les juges en reprennent l'écriture au rythme plus lent de la réflexion et au contact d'affaires chaque fois particulières »²²⁷⁹. Autrement dit, il est exposé une singularité temporelle due à la prise en compte circonstanciée des intérêts de la société²²⁸⁰, où le juge constitutionnel est placé au milieu du tourment, dans la rencontre entre l'expression de la volonté du Parlement et celle des revendications de la société par le contentieux constitutionnel²²⁸¹. Cette confrontation des temporalités de la démocratie illustre la diversité des procédés de réflexivité œuvrant en son sein²²⁸², et même si ces derniers concourent conjointement à l'autonomie globale du système, il leur est impossible de se synchroniser.

2. Causes et effets du décalage

384. En se concentrant sur les temporalités du sujet, correspondant à la mise en œuvre des procédures juridictionnelles par les justiciables, il est possible de voir que le phénomène de rétroaction négative procure une vision dynamique des procédures participant au principe d'autonomie, par la mise en évidence des interactions continues que la contestation des droits fondamentaux génère au sein de l'ordre juridique. Le développement croissant des procédures juridictionnelles dans tous les domaines du droit fait que la spontanéité et la récurrence d'intervention des temporalités du sujet peuvent s'expliquer par deux causes générales.

385. Le principe de pluralisme. Elle est générée, tout d'abord, par un principe cardinal

²²⁷⁸ Voir notamment dans ce sens, TROPER (M.), « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 126 : « L'institution du juge constitutionnel est elle-même comprise dans le concept de démocratie la proposition initiale signifie que, grâce à la justice constitutionnelle, la démocratie est un phénomène continu : elle ne s'exerce pas seulement au moment des élections, mais constamment. La justice constitutionnelle est la démocratie même, mais c'est une forme nouvelle de démocratie. »

²²⁷⁹ ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », *op. cit.*, p. 24.

²²⁸⁰ Voir par exemple en ce sens, ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, pp. 428-442 ; ROUSSEAU (D.), « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1517-1533.

²²⁸¹ GODIVEAU (G.), « La réécriture de la loi au carrefour des temps juridictionnel et parlementaire », *RDP*, 2012, n° 4, spéc. pp. 987-998.

²²⁸² ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. Les livres du nouveau monde, 2008, pp. 222-223.

qu'est le pluralisme. La prescription juridique d'une pluralité d'intérêts comme condition de la démocratie est une obligation prescrite par le droit positif²²⁸³. Le pluralisme est entendu ici dans son acception large comme l'obligation de garantir une liberté d'opinion et d'expression autant sur le plan économique, social, culturel, religieux ou politique. Comme cela l'a été confirmé par le Conseil constitutionnel, il s'agit bel et bien d'une obligation constitutionnelle, principalement basée sur l'article 11 de la DDHC de 1789²²⁸⁴. En outre, le pluralisme des courants de pensée et d'opinion a été élevé par le Conseil d'État au rang de liberté fondamentale²²⁸⁵. Sur le plan conventionnel, enfin, la Cour EDH a présenté un raisonnement similaire, sous fondement de la l'article 10 de la Convention, dans son arrêt *Handyside*²²⁸⁶. Par sa portée, le pluralisme revient à produire une pluralité de temporalités subjectives qui agissent et se confrontent incessamment entre elles et dans le raisonnement conciliateur du juge. L'autre cause, ensuite, concrétisant la première, est celle de la présence de procédures juridictionnelles variées permettant la contestation des droits fondamentaux. Plus qu'une fatalité, ce relativisme propre à la démocratie en est une condition fondamentale. Car, le pluralisme garantit l'existence d'une multiplicité d'intérêts revendiqués, en même temps que le droit positif prescrit, sous couvert du standard de justiciabilité, l'existence et l'effectivité d'une certaine variété de procédures juridictionnelles²²⁸⁷. Or, en parallèle, la démocratie doit protéger ses fondements, car ces derniers portent en eux des promesses de libération et d'égalisation demeurant précaires ; leur avenir est toujours incertain. C'est pour cette raison que certaines normes prévoient, par exemple, des garanties de non-régression, comme celles présentées à l'article 17 de la Convention EDH²²⁸⁸.

386. La multiplication des lieux de participations. La diffusion des divers intérêts et contestations fait de ce relativisme temporel le fond principal du phénomène de multiplication des lieux de participations²²⁸⁹. Tel que le constate Norberto BOBBIO, « le pouvoir est d'autant

²²⁸³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 2.

²²⁸⁴ Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

²²⁸⁵ CE ord., 4 avril 2019, *M. A. et Génération.s*, n° 429370/429373/429374. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, chap. 1, sect. 2, §2, B., 2.

²²⁸⁶ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, Série A, n° 24, §49.

²²⁸⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, chap. 2, sect. 1.

²²⁸⁸ Art. 17 ConvEDH : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

²²⁸⁹ À ce propos, voir : MACPHERSON (C. B.), *Principes et limites de la démocratie libérale*, trad. A. D'Allemagne, Paris, La découverte, Armillaire, 1985, spéc. pp. 129-133.

plus diffus que le gouvernement de la société est à tous les niveaux régulé par des procédures qui mettent la participation, le dissensus, et donc la prolifération des lieux où se prennent les décisions collectives »²²⁹⁰. Cette affirmation corrobore les enjeux de notre démocratie constitutionnelle contemporaine, car cette diversité doit s'accompagner d'une certaine cohérence. Les questions relatives à cette multiplication des lieux de participation se retrouvent également dans la diversité et le nombre progressivement élevé des voies de recours offertes aux justiciables. Le phénomène pourrait être réduit en ce sens à une multiplicité de questions, à laquelle correspond une multiplicité de réponses. « Émiettée, mais adaptée, la fonction juridictionnelle perd en unité ce qu'elle gagne en proximité »²²⁹¹. Enfin, la pluralité des requêtes exige, de la part de ceux qui les intentent, des réponses rapides (brièveté du délai de réponse), que les organes de l'État peinent à satisfaire, en ce qu'ils n'obéissent ni aux mêmes procédures, ni au même temps²²⁹². Cette organisation diffuse des procédures de participation est propre à la démocratie, et c'est en raison de ce chevauchement de temporalités qu'elle présente toujours une approximation de son idéal. Il en résulte un « phénomène de surcharge » provoqué, d'une part, par la diversité et la rapidité des procédures prévues pour la revendication des intérêts divers de la société et, d'autre part, au regard de la difficulté des politiques publiques à réagir à ces demandes²²⁹³. Ainsi, la démocratie doit s'accommoder d'un relativisme qui fait à la fois son originalité, sa force, mais aussi sa faiblesse. « D'innombrables échelles temporelles se superposent, qui n'ont pas nécessairement les mêmes principes d'enchaînement. En fait de temps, il n'est question, en nous et autour de nous, que de rythmes spécifiques, de durées particulières, de cycles singuliers, de vitesses différenciées »²²⁹⁴.

387. Ici réapparaissent les paroles du Doyen VEDEL. Si effectivement, « chacun vit son propre temps », et donc sa propre procédure, la synchronisation des temps démocratiques est impossible et condamne le principe d'autonomie à l'approximation. Les procédures juridictionnelles, et notamment au regard de l'office du juge, permettent néanmoins d'aboutir

²²⁹⁰ BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris, Cerf, 1996, p. 113.

²²⁹¹ BONNET (J.), « Le droit au juge : la “contre-démocratie” par le droit », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, op. cit., p. 57.

²²⁹² Il s'agit là, encore une fois, d'une critique récurrente faite à la démocratie. Voir en ce sens, GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Justice et Démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, spéc. pp. 189-206 ; KRIEGER (B.), *Propos sur la démocratie. Essai sur un idéal politique*, Paris, Descartes & Cie, 1994, t. 3, spéc. pp. 63-70.

²²⁹³ BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, op. cit., p. 111.

²²⁹⁴ OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 30.

un phénomène singulier d'actualisation du droit au sein de l'« unité organisée d'actions »²²⁹⁵ qu'est l'État. Pour ce faire, il est possible de déplacer l'analyse, en prenant un certain recul, pour appréhender cette fois-ci l'actualisation du droit au regard de la place qu'occupe le temps du droit dans le temps.

²²⁹⁵ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 184-185.

§ 2. Du temps du droit au droit dans le temps

388. Appréhender le phénomène d'actualisation du droit par le prisme des temporalités de la démocratie amène à présent à ouvrir l'approche synchronique du temps *normé* en y adjoignant une perspective diachronique. En effet, si la singularité du système juridique produit en son sein des temporalités autonomes, celles-ci opèrent parallèlement à un temps social-historique²²⁹⁶. Cet élargissement du référentiel d'analyse permet de replacer l'autonomie démocratique comme projet en proie à un achèvement constant ; partant du passé, passant par l'instant présent, et ouvert vers l'avenir. Le temps social-historique et le temps normé sont ontologiquement distincts : le premier relève de la *praxis*, c'est-à-dire qu'il représente la vie sociale et politique, hétérogène, fluctuante, plurielle, interactive et imprévisible, quand l'autre relève de la *poïesis*, ou, autrement dit, du domaine de la fabrication des choses, des rythmes programmés, homogènes et continus²²⁹⁷. Dans ces conditions l'ambition de repolitisation doit passer par une « retemporalisation »²²⁹⁸. Ce prisme d'analyse est également le point d'ancrage, pour le constitutionnaliste, d'une analyse relative aux rapports entre la Constitution et le politique, dont les principaux développements ont été proposés par la doctrine de droit politique²²⁹⁹. L'approche diachronique permet alors de constater que les deux s'influencent

²²⁹⁶ Comme l'énonce Cornélius CASTORIADIS, le temps social-historique part d'un temps identitaire, assimilé au temps physique, il est celui de la métrique et des repères calendaires pour la société. Il sert alors de base à l'institution d'un temps imaginaire qui va mobiliser le temps identitaire pour devenir le temps propre à la société. Il vient en cela créer et rythmer les « rites » fondamentaux de la société comme le travail, les fêtes, ou encore les échéances de participations politiques nécessaires à l'instauration et à l'évolution du système de gouvernement déterminé par la communauté. En d'autres termes, il est la manifestation d'une « socialisation » du temps ordinaire. Ainsi, « *les bornes du temps illustrent la nécessité logique de l'institution du temps comme imaginaire* ». CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, op. cit., p. 313. C'est ensuite cette autonomisation qui va donner au temps-historique son identité en tant que temporalité à part entière. « *Le social se fait comme temporalité ; et il se fait à chaque fois comme mode spécifique de temporalité effective, il s'institue implicitement comme qualité singulière de temporalité* » (Ibid., p. 319).

²²⁹⁷ Sur ce point, voir : OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 28.

²²⁹⁸ Ibid., p. 33. C'est notamment en partant de l'association entre *praxis* et *poesis* que l'auteur plaide, dans son ouvrage, pour une « retemporalisation » de la démocratie (ou autrement une réconciliation des différentes temporalités qui agissent en son sein. Cette « retemporalisation » recherche, par-là même, à expliquer la précarité du régime, inhérente à son relativisme, laquelle peut être surmontée, selon l'auteur, par un retour à une méthode insérant le temps du droit dans le temps social historique. Ainsi, symboliquement, la démocratie doit composer avec son droit et son histoire, lesquels symbolisent successivement la mémoire, le pardon, les promesses et les remises en question. Il en découle qu'elle n'obéit à aucune vérité posée *a priori* car elle est ouverte à la révision, à la faillibilité, et à une constante effectuation. Partant de là, « *l'interrogation frappe le droit de plein fouet : c'est sa capacité d'instituer le lien qui est mise en cause, plus encore que son aptitude à assurer la sécurité juridique* » (Ibid., p. 257).

²²⁹⁹ L'idée est précisément de montrer que la spécificité du droit constitutionnel est sa position intermédiaire entre droit et politique ; précisément sous le prisme du rapport au temps. Comme l'évoque le professeur AVRIL, celui-ci « *se situe à l'articulation des deux mouvements et tout le problème est de déterminer les caractères et le mécanisme de cette articulation* ». AVRIL (P.), « Penser le droit politique », *Jus politicum*, 2018, n° 20, p. 1. Pour ce faire, l'approche *juspolitiste* adopte sous une démarche institutionnaliste, présentée comme une alternative à la vision une normative de la Constitution.

mutuellement, non par simultanéité²³⁰⁰, mais par une « coordination des processus, des multiples changements, du flux du devenir »²³⁰¹, pour s'inscrire ensemble dans un « continuum évolutif »²³⁰². Contrairement à la vision « instantanéiste » du positivisme normativiste, cette approche vise à mettre en perspective l'évolution du droit selon un processus d'intégration rapprochant l'observation du temps du droit avec celle du droit dans le temps. Elle fait ainsi état de la transformation (ou plus précisément la juridicisation) continue des normes sociales en normes juridiques²³⁰³, de sorte à permettre l'évolution du droit selon un processus continu d'autoaltération et d'autocréation²³⁰⁴. De cette façon, peut être tracée une « histoire par les normes »²³⁰⁵, rappelant par-là même que le droit dispose de son temps, autant que le temps lui est nécessaire. Il rompt et dure à la fois ; la forme perdure, la matière change. Cet angle d'analyse permet de comprendre le lien et les problèmes inhérents à l'autonomie normative, notamment par les droits fondamentaux au sein de la Constitution. Prescrire dès lors une justiciabilité des droits, c'est aussi multiplier les occasions de redéfinition, de suppression ou de création de ces droits. Est donc réfutée l'idée d'une objectivité du contenu de la Constitution, considérant que ce sont les acteurs juridiques eux-mêmes qui en déterminent (subjectivement) le sens²³⁰⁶. Dans cette perspective, la récurrence dans le temps de l'évaluation des droits peut être démontrée

²³⁰⁰ Il est entendu, par simultanéité, la « possibilité pour deux ou plusieurs événements d'entrer dans une perspective unique et instantanée ». BERGSON (H.), *Durée et simultanéité* (1922), Paris, PUF, Quadrige, 2009, p. 43. Il est utilisé la définition objective du terme telle que proposée par l'auteur. Sa thèse sur le temps, en revanche, basée sur une conception universaliste, n'est pas mobilisée ici. Par ailleurs, l'approche diachronique renvoie à une forme d'existentialisme appliqué au droit, comme Bernard CHENOT l'a par exemple présenté. Selon ses mots, « l'analyse existentielle montre aisément que dans le cadre juridique les principes les plus sacrés, les notions les plus respectées ne sont que les produits changeant de l'esprit humain et de l'histoire ». CHENOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, 1953, n° 1, p. 68.

²³⁰¹ CHOLLET (A.), *Les temps de la démocratie*, *op. cit.*, p. 21.

²³⁰² ÉLIAS (N.), *Du temps*, *op. cit.*, p. 53. L'Étude proposée par ÉLIAS, rejoignant ici CASTORIADIS, est une tentative de synthèse visant à inclure le temps dans la relation qu'a l'homme avec lui-même, le groupe, l'histoire et la nature. Il cherche, de cette manière, à déconstruire la mystification progressive dont le temps fut l'objet dans la pensée philosophique depuis la Grèce antique. Cette approche inclusive le conduit à définir le temps comme la relation symbolique « qu'un groupe humain, ou tout groupe d'êtres vivants doué d'une capacité biologique de mémoire et de synthèse, établit entre deux ou plusieurs processus, dont l'un est normalisé pour servir aux autres cadres de références et d'étalon de mesure ». D'imprégnation immanquablement sociologique, le temps, entendu en ce sens, permet de considérer le droit comme une forme de « continuum évolutif socialement reconnu et normalisé » (*Ibid.*, p. 55). De cette manière, il participe à la synthèse particulière de différents comportements intégrés à l'ordre social, passant notamment par un système normatif autonome et autoréférentiel. En somme, c'est en cela qu'il est la représentation d'un temps *normé*, identifié selon un « continuum évolutif » singulier, socialement intégré, et donnant un cadre de référence spécifique à la relation entre passé, présent et futur.

²³⁰³ QUINTANE (G.), « Le droit et la crise de l'espace-temps », in *Contributions en l'honneur du professeur Jacques Bouveresse*, Paris, L'Épilogue-Lextenso, Collection Académique, 2015, pp. 323-337.

²³⁰⁴ La singularité du temps normé est donc ici conservée, car c'est l'ordre juridique lui-même qui va poser les conditions de cette insertion, et donc de son propre changement.

²³⁰⁵ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 69.

²³⁰⁶ VIALA (A.), « L'esprit des constitutions par-delà les changements », in VIALA (dir.), *La Constitution et le temps*, *op. cit.*, p. 34.

par le principe d'historicité des droits fondamentaux (A). En prenant pour point de référence l'intervention du juge comme acteur, la juridicisation progressive des droits fondamentaux est l'illustration opportune du rôle d'actualisation de la jurisprudence (B).

A. L'historicité des droits fondamentaux

389. « L'idée de droit est éternellement le devenir »²³⁰⁷. Adhérer à cette affirmation appelle à supposer que le contenu du droit évolue en accompagnant le cours du temps. Ce qui évolue touche, par ailleurs, ce qui est ou ce qui a été, de même qu'il s'agit d'expliquer en rapport à quelles conjonctures l'évolution du droit trouve ses impulsions. Aussi vaste que soient les démarches possibles pour appréhender la mouvance du droit dans le temps, c'est par son insertion et la dépendance sociale que ce dernier est immanquablement impliqué à la fois, dans le « passé recomposé »²³⁰⁸ et dans un « flot ininterrompu du devenir »²³⁰⁹. L'instant présent est transition spontanée et furtive entre le passé et l'avenir. Autrement dit, le rapport entre le temps normé et le temps social-historique ramène l'analyse à l'aune du temps passé, présent, futur. Une des illustrations les plus claires de ce phénomène est celle de l'historicité des droits fondamentaux. Pour mener à bien cette logique, ces droits sont étudiés dans leur position de droits « réflexifs », comme un « rappel des réalités » ou une « entreprise de lucidité »²³¹⁰, entre les contingences de l'ordre social et le droit positif tel qu'il peut être décrit à un moment donné. Les théories générationnelles des droits de l'homme, ou plus largement celle prônant une construction du droit par strates²³¹¹, montrent effectivement leur rapport à la fois diachronique et synchronique au temps. Comme le rappelle Norberto BOBBIO, ces derniers, « nés

²³⁰⁷ JHERING (R. von), *La lutte pour le droit*, présentation d'O. Jouanjan Paris, Dalloz, 2006, p. 10.

²³⁰⁸ « [...] donc le rajeunissement du droit est riche des promesses que réclament le présent et l'avenir, il trouve ses racines et ses semences dans le passé qu'il entend dépasser. La vie du droit obéit à une dialectique du pouvoir instituant et des forces instituées de la pensée. Elle situe l'innovation au carrefour de la raison et de la permanence ». GOYARD-FABRE (S.), « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale*, 2014, n° 83, p. 317.

²³⁰⁹ ÉLIAS (N.), *Du temps*, *op. cit.*, p. 15.

²³¹⁰ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 227.

²³¹¹ Cette démarche est par exemple présentée par le professeur GUTMANN dans son étude sur le temps. En effet, selon lui, le droit se construit par strates, « et comme toute œuvre construite par strates, elle est à la fois sage, complexe et imparfaite ». Ces trois caractères montrent, en effet, que cette construction progressive est à la fois discontinue et hétérogène. Elle est premièrement « sage », en ce que certaines règles résistent à l'épreuve du temps. Elles forment les fondations de l'ordre juridique inscrites dans le texte constitutionnel en posant les principes fondamentaux de l'organisation du pouvoir. Elle est deuxièmement « complexe », car cette stratification implique une accumulation progressive posant un problème de cohérence entre les normes, lesquelles doivent être rendues à chaque fois compatibles les unes envers les autres. Troisièmement, elle est « imparfaite » par son imprévisibilité, « en ce sens que le présent du droit est toujours un futur à construire dans l'incertitude ». Voir, GUTMANN (D.), « Temps », *op. cit.*, p. 1470. Concernant, plus précisément, les déclarations de droits, voir : FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 2011, pp. 365-370.

graduellement au gré de circonstances marquées par des luttes pour la défense de nouvelles libertés contre de vieux pouvoirs [...] ne sont pas nés tous à la fois, ni une fois pour toutes »²³¹². Là est leur propriété heuristique. Faisant honneur, à leur tour, à la maxime d'HERACLITE, ils prouvent « [qu'] on ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve »²³¹³. Pour préciser cette proposition, trois niveaux d'analyses peuvent être présentés. Premièrement, selon une méthode externe, le droit est associé à la société qu'il identifie et régie par les normes ; aussi est-il considéré que, dans les deux sens, l'un est susceptible d'influencer l'autre²³¹⁴. De cette manière est mise en lumière la fonction d'intégration sociale du droit (1). Deuxièmement, le droit se présente, et plus particulièrement les droits fondamentaux, comme le résultat d'un processus de « positivation » de valeurs sociales conjoncturelles, d'une époque donnée, ou, autrement dit, d'une éthique circonstanciée (2). Troisièmement, en reprenant un débat contemporain, l'évolution comme production historique des droits fondamentaux pose la question de son assimilation à un phénomène de multiplication des droits (3).

1. La fonction d'intégration sociale du droit

390. Adopter un point de vue externe pour analyser les droits de l'homme comme « droits historiques »²³¹⁵ place intuitivement la réflexion sur le droit dans une posture flottante entre les acquis du passé, les questionnements du présent et les projets pour l'avenir. Par ce relativisme, ils sont l'exemple le plus significatif de cette intégration sociale du droit, ou plus précisément d'une intégration qui précède le droit pour le fonder. La généalogie des déclarations de droits en atteste. « La transmission, dans le temps et dans l'espace, des textes déclaratifs emprunte au rituel sa standardisation répétitive, mais il n'y eut jamais copie, toujours réinterprétation à la lumière d'un nouveau contexte [...] Cette sédimentation historique a assuré à la pensée des droits de l'homme, jusqu'à nos jours tout au moins, sa polyvalence sociale et sa viabilité »²³¹⁶. D'un point juridique, une telle affirmation est tout d'abord envisageable, sur le plan de la théorie du droit, en stipulant d'une thèse de l'adaptation. Par suite, cette proposition amène à s'interroger, dans le champ plus réduit de la théorie constitutionnelle, sur la place de la Constitution.

²³¹² BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardiet J.-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007, p. 26.

²³¹³ Originellement formulée « *Panta rhei* », cette maxime signifie littéralement : « *tout s'écoule* ».

²³¹⁴ Voir par exemple : GENARD (J.-L.), « *La juridicisation de la société et ses effets sur le droit* », *Regards sur l'actualité*, 2001, n° 271, pp. 37-52.

²³¹⁵ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 26.

²³¹⁶ FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, *op. cit.*, pp. 367-368.

391. La thèse de l'adaptation. L'adoption d'une thèse de l'adaptation²³¹⁷ revient à constater que le sens et le contenu donnés au droit se meuvent au cours de l'histoire, en interaction avec les contingences sociales. Ce cadre épistémologique présuppose, tout d'abord, la confrontation entre les systèmes sociaux et l'identité singulière du système juridique. C'est par exemple ce qui permet à Jürgen HABERMAS de reconnaître au droit une fonction inédite de médiation intersystémique génératrice d'intégration sociale. Aussi celui-ci argue-t-il que le droit « remplit des fonctions d'intégration sociale ; en effet, associé au système politique dont la structure est celle de l'État de droit, le droit garantit par défaut les opérations d'intégration sociale qui ont échoué à d'autres niveaux »²³¹⁸. Le temps, pour le droit, s'apparente alors à un instrument d'intégration utilisé comme repère historique et système métrique. Soit dit en passant, c'est aussi autour de cette perspective que se sont orientées les études autour de la coutume en droit²³¹⁹. Toujours est-il que le principe est ainsi posé : « c'est avec le déroulement du temps que le contenu du droit s'établit... et se périmé »²³²⁰. La relation est complexe, car autant le changement social conditionne l'existence²³²¹ ou le sens du droit²³²², autant le droit est également, à sa manière, générateur de mutations sociales²³²³. « La concrétisation des changements sociaux peut ainsi se percevoir dans l'évolution du droit ; de même, l'évolution du droit peut se percevoir dans les comportements sociaux »²³²⁴. Cette dernière proposition se retrouve notamment chez Norberto BOBBIO. En s'extirpant de la définition kelsénienne du

²³¹⁷ Nous reprenons ici les éclaircissements théoriques proposés par le Professeur PFERSMANN sur la question du changement de sens du droit dans le temps. Sont ainsi distinguées, outre la thèse de l'adaptation présentement évoquée, la thèse de l'actualisme strict cantonnant strictement la signification du droit à chaque moment présent sans considération de l'avenir ou de cas futurs, et la thèse de l'identité sémantique, soumettant le changement aux seuls changements de système ou de modification d'une norme selon une procédure prévue par ce système. PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, Sirey, 2003, pp. 358-360.

²³¹⁸ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. Essais, 1997, p. 478. Pour un commentaire détaillé sur la question, voir notamment : OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016, spéc. pp. 381-383.

²³¹⁹ Nous renvoyons ici à des réflexions bien connues. Un des critères de reconnaissance de la coutume est, en effet, celui de la répétition dans le temps, lequel se cumule avec un indice psychologique matérialisé chez les sujets de droit comme un sentiment progressif de soumission à une obligation juridique. Cette question est principalement utilisée à titre illustratif, et ne prend pas en considération les nombreux débats relatifs à sa juridicité. Pour une synthèse, voir : CHEVALIER (J.), « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, n° 5, pp. 1375-1416 ; SEGUR (Ph.), *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, *op. cit.*, pp. 116-120.

²³²⁰ GRIDEL (J.-P.), « Essai sur le temps et le droit », *op. cit.*, p. 764.

²³²¹ Le degré d'industrialisation d'une société est susceptible de provoquer, par exemple, le développement d'un droit économique, ou du droit du travail. De même que les préoccupations environnementales ont pu susciter l'adoption de la Charte en 2004. Voir, BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 42.

²³²² Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, sect. 1, §2, B.

²³²³ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, traduite et présentée David Soldini, Paris, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012, p. 125.

²³²⁴ PICHONNAZ (P.), « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *RIEJ*, 2013, n° 70, p. 131.

droit, réduit essentiellement à un ordre de contrainte, le théoricien italien propose de dévoiler une fonction promotionnelle, qui vise à favoriser un certain nombre de comportements. Selon ses mots, « la vieille affirmation, répétée encore récemment, selon laquelle le droit punit l'inobservance de ses normes et ne récompense pas leur observance, ne reflète pas la réalité factuelle »²³²⁵.

392. La place de la constitution. Il s'agit maintenant de s'orienter vers l'exemple plus particulier de la place de la constitution, pour mettre en avant les traits spécifiques d'une temporalité constitutionnelle autonome. En tant que norme fondamentale de l'ordre juridique, elle entretient, en raison de sa spécificité en tant que norme, une relation particulière vis-à-vis du temps²³²⁶. Elle représente, d'un côté, l'acte de fondation du temps normé²³²⁷ ; là réside sa propension à l'intemporalité. Mais elle est aussi, d'un autre côté, liée au temps historique en posant les principes élémentaires de la forme de gouvernement qu'elle prescrit, et ce, pour s'inscrire dans une certaine durée²³²⁸. « Le temps est une des formes, la principale peut-être, de la contingence contre laquelle la constitution doit se préserver »²³²⁹. En portant en elle la volonté du pouvoir constituant originaire, elle incarne les fondations d'un projet à réaliser, tel que l'identification d'un souverain, sa liberté politique ou la garantie de pouvoir jouir d'un certain nombre de droits de l'homme. C'est notamment sous la plume de la doctrine du droit politique que cette relation a été le plus exploitée, en se démarquant de la thèse de l'autonomie pure de la norme constitutionnelle dégagée par le positivisme normativiste, en raison de son approche institutionnaliste²³³⁰ et de sa vision de la Constitution centrée sur son indissociabilité avec le

²³²⁵ *Ibid.*, p. 131.

²³²⁶ Voir, par exemple, TROPER (M.), « La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, 2002, n° 35, pp. 63-70.

²³²⁷ « [...] l'aménagement du temps est l'une des ressources privilégiées de l'ingénierie constitutionnelle. Lorsqu'il met en place les mécanismes du pouvoir, le constituant joue avec les dates, les délais, les rythmes et les périodes, comme autant d'instruments au service de ses objectifs ». ARDANT (Ph.), « Le temps dans les constitutions écrites », *op. cit.*, p. 503. Dans une perspective similaire, voir : BOUDREAULT (F.), « Temps, démocratie et constitution : la dialectique de la stabilité et du changement », *REIJ*, 1999, n° 43, pp. 23-71.

²³²⁸ Cette idée a notamment été développée par la doctrine du droit public et de science politique. Pour une synthèse sur la question, voir : BASTID (P.), *L'idée de Constitution*, Economica, coll. Classiques, 1985, spéc. pp. 21-29.

²³²⁹ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 52.

²³³⁰ Voir, à ce propos, : BEAUD (O.), « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, pp. 257-266. Comme le résume, à ce propos, Marie KOHLAUER, « l'argument de cette spécificité repose bien sûr sur le caractère politique du droit de la Constitution. La mixité irréductible du droit constitutionnel se manifeste toutefois elle-même sur le plan de sa temporalité, écartelée entre deux tendances extrêmes que sont la stabilisation formelle et la mobilité politique. L'institutionnalisme apparaît ici comme le moyen de mettre en valeur cette temporalité propre et, partant, d'identifier ce qui relève de la matière constitutionnelle ». KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, *op. cit.*, p. 652.

politique²³³¹. Comme l'explique le professeur BARANGER, « si l'ordre constitutionnel est bien cela, la dissociation entre droit constitutionnel et politique n'a absolument aucun sens, puisque le devenir de la Constitution est politique, tandis que le cheminement politique de la société n'est désigné que dans la constitution »²³³². Cette approche fait donc d'elle une norme charnière entre ces deux « mondes »²³³³. Son ambition à durer et à suivre le cours du temps social historique s'explique selon deux points principaux. Premièrement, l'institution d'un temps propre, lui procurant une position hors du temps historique, lui permet de durer en faisant la liaison entre les fondations du passé, les contingences du présent et les projets à réaliser pour l'avenir²³³⁴. Elle rappelle le pacte passé par la communauté et ce vers quoi il tend, de manière à symboliser à la fois un temps des fondations et un temps dit « prométhéen »²³³⁵. « Réceptacle de toutes les promesses que le corps social sut se faire à lui-même, la Constitution est, par excellence, l'instrument juridique de la liaison du futur »²³³⁶. La spécificité de son autonomie provient donc du fait qu'elle impose un rythme qui lui est propre²³³⁷. Secondement, cette vocation à la durée est permise par la possibilité d'actualiser la volonté du souverain, et ce, en suivant le temps historique. « Dans toute constitution, quelle qu'elle soit, il y a des parties mortes et des parties vivantes »²³³⁸. N'ayant pas de fin programmée, la Constitution ne peut donc se satisfaire d'une position exclusivement « hors du temps ». Car, c'est précisément en

²³³¹ La Constitution est en effet envisagée au-delà de son aspect purement formel, comme un « cadre de la politique ». AVRIL (P.), « Le cadre et le tableau », RFDC, 2000, n° 43, pp. 501-504. « Elle revêt des lors toujours une dimension juridique, sauf que les fondements et les manifestations de sa juridicité la distinguent de celle des autres branches du droit. Cadre de la politique, elle est en effet également un cadre politique, dans la mesure où la contrainte qu'elle fait peser à l'encontre des pouvoirs constitués repose in fine sur leur active complicité. Le droit de la Constitution n'est donc pas contenu dans un texte, mais résulte de la puissance coercitive des institutions politiques elles-mêmes ». KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, op. cit., p. 62. Voir, Introduction, p. 64.

²³³² BARANGER (D.), « Temps et constitution », op. cit., p. 64.

²³³³ « Si la constitution est le fondement sur lequel on fait ensuite vivre des institutions, ou sur lequel on s'appuie pour établir ensuite des normes, cela veut dire qu'elle se trouve à la frontière de ce qui est et de ce qui n'est pas institutionnel, du moment où il n'y a pas de normes et du moment où elles peuvent être créées ». Ibid.

²³³⁴ Voir, AVRIL (P.), « Le statut des normes constitutionnelles non écrites », in AVRIL (P.), VERPEAUX (M.) (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, p. 83 ; HUMMEL (J.), « Histoire et temporalités constitutionnelles », op. cit. ;

²³³⁵ Il s'agit là d'une distinction proposée par le professeur OST. Le temps des fondations est le « temps originel, fabuleux, sacré et mythique, renvoyant soit à quelqu'événement fondateur d'où le groupe tire sa naissance ». En cela, il est celui de la constitution, en proclamant une certaine forme de gouvernement ou encore en posant un certain nombre de droits de l'homme. Mais pour rester en adéquation avec la réalité sociale et politique, ces fondements doivent coïncider au cours du temps social-politique pour durer. C'est alors qu'intervient le temps prométhéen, « temps conscient, volontaire même, maîtrisé par la raison en vue de la réalisation d'objectifs déterminés ». Il intervient dans le but d'une réalisation future du projet constitutionnel fondateur, « dont il réalise une actualisation constante dans le présent ». Voir, OST (F.), « Temporalité juridique », op. cit., p. 608.

²³³⁶ OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 21.

²³³⁷ « [...] la loi fondamentale, éloignée des contingences et des alternances partisans, participe d'une lenteur qui dépasse le temps accéléré du politique ». HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 113.

²³³⁸ BASTID (P.), *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1985, p. 21.

suivant le cours du temps, et en prévoyant des moments de contacts avec la réalité sociale et politique, que celle-ci peut satisfaire son projet d'être et d'avoir été en même temps, pour ainsi construire un possible devenir²³³⁹. En tension perpétuelle avec le politique, elle incarne symboliquement, mais aussi en pratique, ce pont entre la mémoire, les promesses et les remises en question. L'acte constituant, les révisions, ou la constitutionnalisation par la voie juridictionnelle sont la traduction de l'intégration de normes sociales et d'une volonté politique en droit. Plus encore, « grâce au processus de distanciation qu'elle autorise et encourage à l'égard de la réalité politique quotidienne, la constitution permet de reconnaître une économie générale et des fidélités historiques à partir desquelles elle peut déployer toute sa force normative »²³⁴⁰. Cette relation rappelle l'enracinement politique du processus de modification de la Constitution²³⁴¹. En témoigne plus concrètement l'exemple bien connu de l'imprégnation générationnelle des droits, où les droits proclamés en 1789, dans le préambule de 1946 ou enfin dans la Charte de l'environnement de 2005 révèlent finalement le contexte qui suscita leurs apparitions²³⁴². La Charte de l'environnement fait d'ailleurs office de parangon du modèle d'un droit tourné vers l'avenir (et dont le principe de précaution en est une expression significative²³⁴³). En outre, la « révolution » initiée par la décision de 1971 du Conseil constitutionnel, ou encore l'adoption de l'article 61-1 de la révision constitutionnelle de 2008, n'ont pas non plus jailli instantanément du droit positif, mais ont été le fruit d'un long processus juridico-politique en amont de leur proclamation²³⁴⁴. Il demeure un autre cas plus topique, pour finir, où le droit peut aussi manifester une volonté de prescrire une intemporalité au sein du

²³³⁹ « Si la temporalité constitutionnelle peut bien être considérée comme autonome, c'est uniquement parce que la Constitution entretient des rapports à l'histoire et dans l'histoire qui sont irréductibles à d'autres objet ». KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, op. cit., p. 651.

²³⁴⁰ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 113.

²³⁴¹ LAVROFF (D. G.), « La Constitution et le temps », op. cit., p. 225.

²³⁴² Maintes études ont été consacrées à la question. Pour une synthèse, voir notamment : VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 11-23.

²³⁴³ Cette orientation vers l'avenir doit néanmoins s'accommoder d'un principe d'incertitude. Selon le Professeur PRIEUR, « le principe de précaution fait partie des grands mythes : mystérieux, inquiétant, expression de l'utopie de la domination des risques, symbole de la volonté des hommes de maîtriser les aléas de la nature. Il est devenu le cheval de bataille de ceux qui, de bonne ou de mauvaise foi, sont hostiles à la prise en compte de l'environnement craignant que ce dernier ne devienne un obstacle aux progrès illimités et aussi aux profits sans limites ». PRIEUR (M.), « Le principe de précaution », p. 1. Disponible à l'adresse : <https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf>. Voir également, LAQUIEZE (A.), « L'introduction du principe de précaution dans la Constitution : sens ou non-sens ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 2012, n° 76, pp. 549-562 ; SOHNLE (J.) (dir.), *Le constitutionnalisme environnemental, quels impacts sur les ordres juridiques nationaux ?*, Bruxelles, éd. Peter Lang, coll. Droit, Économie et Management, 2019, 244 p. ; COHENDET (M.-A.), L'impact des enjeux environnementaux sur le constitutionnalisme du juge », in MAGNON (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *QSQ 8 : Le juge dans la constitutionnalisme moderne*, Paris, Lextenso, Varenne, 2020, à paraître.

²³⁴⁴ DENQUIN (J.-M.), « La QPC améliore-t-elle la démocratie ? », in BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.) (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?*, Paris, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques & essai, 2016, p. 121.

temps social-historique. Il s'agit de l'exemple des « clauses d'éternité »²³⁴⁵. Renvoyant au temps des promesses, elles portent en elles des principes dont la fundamentalité justifie une résistance au cours du temps²³⁴⁶, une intangibilité incarnée dans des principes jugés indispensables à la réalisation et à la pérennité du régime, et liant axiologiquement le contenu de la constitution. Si cette éternité n'est cependant pas absolument irréductible d'un point de vue formel²³⁴⁷, elle marque une forme d'intemporalité symbolique précisément justifiée par une volonté d'encadrer l'évolution de l'ordre juridique à travers le passé, le présent et l'avenir.

393. Le cadre théorique mettant en évidence l'adaptation du droit dans le temps est, en résumé, un point de départ pour préciser ensuite le rôle décisif que jouent les droits fondamentaux dans l'évolution du droit. Leur fonction de réflexivité dans la relation entre l'ordre social et l'ordre juridique en font un exemple opportun, car ils font du conflit et de la remise en question un élément dynamique et récurrent du phénomène d'actualisation, qui se retrouve aujourd'hui par la possibilité de contester des droits en justice²³⁴⁸. « Les nouvelles menaces suscitent des demandes de limitation du pouvoir. Les nouveaux remèdes suscitent des demandes, à ce même pouvoir, d'interventions protectrices »²³⁴⁹.

²³⁴⁵ Ce type de clause figure, dans son exemple le plus connu, dans la Loi fondamentale pour la république fédérale d'Allemagne, laquelle dispose dans son article 79 al. 3 que « toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Limitant le pouvoir de révision constitutionnelle, ces clauses ont une fonction préventive visant à prescrire des limites matérielles à une révision légale de la Loi fondamentale. Voir à ce propos, FROMONT (M.), « La révision de la Constitution et les règles constitutionnelles intangibles en droit allemand », *RDP*, 2007, n° 1, pp. 2-32. Par ailleurs, l'article 89 al. 3 de la Constitution française dispose, dans une logique un peu similaire, que « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Cette question a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux autour du thème de la « supra-constitutionnalité ». Pour un aperçu, voir notamment : RIALS (S.), « Supra-constitutionnalité et systématisme du droit », *APD*, 1986, n° 31, pp. 57-76 ; FAVOREU (L.), « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 71-77 ; VEDEL (G.), « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-97 ; BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 357 ; JOUANJAN (O.), « La forme républicaine du gouvernement, norme supra-constitutionnelle ? », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *La République en droit français*, Paris, Économica, 1996, pp. 267-287. Pour une synthèse sur cette question, voir également : GAILLET (A.) et alii, *Droits constitutionnels français et allemand. Perspective comparée*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 1^{re} éd., 2019, pp. 87-94. Pour finir, la question est également revenue, plus récemment, avec la reconnaissance par la jurisprudence constitutionnelle des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », inaugurés dans deux décisions : Cons. const., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins*, cons. 19 ; Cons. const., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 6. Voir, en ce sens : DUBOUT (É.), « “Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France” : une supra-constitutionnalité ? », *RFDC*, 2010, n° 83, pp. 451-482.

²³⁴⁶ GUTMANN (D.), « Temps », *op. cit.*, p. 1472.

²³⁴⁷ Sur le plan formel, en effet, rien n'empêche concrètement un changement de constitution par la voie révolutionnaire, sans respecter les modalités de révision prévues par la constitution abrogée *contra legem*. Sur ce point, voir : Voir, PFERSMANN (O.), « La constitution comme norme », in FAVOREU (L.) et alii., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2015, 17^e éd., pp. 89-113.

²³⁴⁸ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, *op. cit.*, p. 245.

²³⁴⁹ BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, *op. cit.*, p. 27.

2. La positivisation d'une éthique circonstanciée

394. Le domaine du *Kairos*. La transformation de normes sociales en droit fait appel à un processus de positivisation ayant pour conséquence de garantir un certain degré de coïncidence entre « l'auto-transformation incessante »²³⁵⁰ de la société et l'actualisation des normes au sein de l'ordre juridique. L'opération de positivisation se place, en quelque sorte, au sein d'un jeu de miroirs qui se pose en arrière-plan du phénomène d'actualisation du droit. La progression de l'ordre juridique, au cours du temps, suit un processus alternant entre autoaltération et autocréation, désuétude et renouvellement : les lois sont édictées, modifiées, abrogées, la jurisprudence évolue par analogies, adjonctions et revirements. À l'image du mythe de Sisyphe, il se perpétue en s'incarnant comme un système sans cesse recommencé²³⁵¹, lui permettant de suivre une progression parallèle au temps social-historique, dans lequel les normes juridiques trouvent leurs destinataires. Les transformations subies dans chaque système se lient ainsi de manière continue, et ce, par l'opération de positivisation. Néanmoins, en étant liée à la contingence inhérente au temps social-historique, l'évolution du droit suit, sous cet angle, une progression aléatoire et imprévisible. En cette qualité, d'une part, elle est continue tout en opérant autant par à-coups, révolutions furtives, que par le fruit de réformes réfléchies et délibérées²³⁵². D'autre part, il demeure toujours un certain décalage, car le processus de positivisation appelle au respect des formes juridiques prescrivant la transformation d'une volonté en normes juridiques, qu'il s'agisse, par exemple, de la résolution d'un litige par le juge, ou encore de la procédure parlementaire dédiée à la fabrication de la loi. Qu'elle agisse en prévention ou en réaction, la positivisation fait en quelque sorte du droit l'image en négatif du social ou du politique à un moment donné. À noter, par ailleurs, que cette positivisation pose elle-même la question de l'interprétation des valeurs qui sont juridicisées²³⁵³. Il s'agit finalement d'une autre façon pour le droit de s'inscrire dans la durée, en dehors de son temps propre du

²³⁵⁰ « Non pas : chaque société a sa manière à elle de vivre le temps, mais : chaque société est aussi une manière de faire le temps et de le faire être, ce qui veut dire : une manière de se faire être comme société ». CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, op. cit., p. 307.

²³⁵¹ Nous reprenons l'analogie proposée par le professeur GUTMANN, selon laquelle « le juriste doit se concevoir lui-même comme un Sisyphe (heureux...). Construisant sans relâche l'édifice de son droit, et reconstruisant avec la même énergie ce qui sans cesse tombe en ruine. Dans cette tâche, le temps est un auxiliaire pervers. Il est celui qui aide le juriste à construire, mais aussi celui qui détruit l'œuvre fragile du droit ». GUTMANN (D.), « Temps », op. cit., p. 1470.

²³⁵² Voir, SAVATIER (R.), « Le droit et l'accélération de l'histoire », *Recueil Dalloz*, 1951, chron., p. 30.

²³⁵³ Nous renvoyons ici à un thème qui a été, par exemple, brillamment traité par Michel VILLEY, pour qui le droit « le droit est une technique, c'est une technique de mise en œuvre de valeurs sociales en vue de les faire passer dans la réalité historique ». Ainsi, pour ce faire, ce dernier « confère aux valeurs une objectivité nouvelle et par là, en définit le sens et en délimite les contours, de telle sorte qu'elles ne peuvent plus être comprises avec exactitude indépendamment des normes et des institutions où elles s'incarnent ». VILLEY (M.), *La pensée juridique* (1960), op. cit., pp. 35-36.

sollen, par son contact avec le *sein* de la société. Sous cet aspect, l'actualisation du droit par positivisation représente, le domaine du *Kairos*, c'est-à-dire celui du temps propice, de l'occasion décision, « comme possibilité de l'apparition de l'irrégulier, de l'accident, de l'événement, de la rupture, de la récurrence »²³⁵⁴. Comme l'ajoute le professeur OST, « contre la durée continuiste frappée d'entropie, se font entendre la discontinuité de l'imprévu, la rupture de l'instant, la brisure de l'accident, l'aléa de la contingence, la survenance de l'événement. Contre *Kronos*, toujours en passe de détruire ses œuvres, c'est *Kairos*, l'occasion propice, qui fait valoir ses droits, libérant parfois une énergie historique véritablement inaugurale : le temps mort de la répétition fait place alors au temps fort de l'instauration »²³⁵⁵. De manière imagée, sans *kairos*, la lecture de la progression de l'ordre juridique par rapport au temps social-historique serait comme celle d'une phrase sans ponctuations, dénouée de sens précis, et condamnée à la désuétude. Là réside l'intérêt de la méthode à la fois synchronique et diachronique : elle permet de renouer le contact entre droit et société, et de montrer par là même que si l'identité du système juridique perdure en sa forme, c'est parce que sa matière s'actualise pour perpétrer son entreprise performative sur la réalité sociale.

395. Une traduction de la doctrine publiciste : la positivisation par incorporation.

Dans la concrétisation de ce mouvement, la transformation de valeurs sociales dans l'ordre juridique appelle à une opération de positivisation. L'idée d'incorporation se retrouve, ou au moins son principe, dans un certain nombre de propositions doctrinales. Elle est, par exemple, un des fondements de la théorie institutionnaliste de Maurice HAURIOU²³⁵⁶, qui voit en elle le principal moteur de « l'évolution créatrice »²³⁵⁷, permettant précisément l'inscription nécessaire de l'institution dans la durée²³⁵⁸. Pour le doyen toulousain, sans le temps, l'édifice s'effondre. En accord avec sa théorie institutionnaliste, « si le droit n'utilisait pas le temps, s'il se réduisait à des actes instantanés, il ne serait rien »²³⁵⁹. Aussi originale et instructive soit-elle, cette théorie reste trop prescriptive et singulière dans sa méthode²³⁶⁰ pour venir s'adjoindre aux propositions

²³⁵⁴ CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, op. cit., p. 316.

²³⁵⁵ OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 179.

²³⁵⁶ À ce propos, voir : HAURIOU (M.), « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, 1925, pp. 1-5 ; HAURIOU (M.), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Toulouse, Centre de philosophie politique et juridique, rééd. 1986, spéc. pp. 89-126.

²³⁵⁷ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} éd., 1910, p. 19.

²³⁵⁸ « L'État n'est pas seulement l'ordre dans l'espace, c'est aussi l'ordre dans le temps ». *Ibid.*, p. 76.

²³⁵⁹ HAURIOU (M.), *Aux sources du droit ; Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Toulouse, Centre de philosophie politique et juridique, rééd. 1986, p. 189.

²³⁶⁰ Sur ce point, voir : MILLARD (É.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, pp. 381-412.

précédemment énoncées. Une certaine tranche du positivisme germanique procure, en revanche, des éléments de réflexion plus adéquats. Il s'agit, par exemple, de revenir sur la méthode hellerienne dédiée à la relation entre droit, pouvoir et valeurs. Tout d'abord, le point de départ est que droit et pouvoir s'influencent réciproquement ; « le pouvoir faisant le Droit et le droit faisant le pouvoir »²³⁶¹. Voulant contourner le problème de la théorie kelsénienne d'un droit considéré comme détaché du réel, HELLER — et à sa suite, BÖCKENFÖRDE — considère le droit comme la signification d'une norme et le pouvoir comme l'expression d'une volonté fondée sur des valeurs qui initient le droit ou tendent à être juridicisées pour être reconnues et unifiées par le droit. Le penseur allemand présuppose, en ce sens, l'absence de hiérarchie entre le pouvoir et le droit, leur lien corrélatif leur permettant de s'équilibrer ; contournant par la même occasion Carl SCHMITT par l'interdiction pour le pouvoir de s'exonérer du droit pour des raisons impérieuses jugées légitimes. C'est alors la transformation de valeurs en droit positif qui conduit le pouvoir à s'autolimiter²³⁶². Le pouvoir (démocratique) est ici le point de transformation entre les valeurs sociales (égalité, solidarité, etc.) et le droit positif ; plus particulièrement dans les droits fondamentaux. Ces derniers sont donc le reflet juridique d'une éthique circonstanciée, condamnés à une sorte de fatalité du changement. Ensuite, cette *incorporation*, qui se retrouve également chez HAYEK²³⁶³, exercée par le pouvoir constituant ou le juge, rend justice à l'État de droit — sous l'égide du principe d'autolimitation — en faisant simultanément de chaque valeur positivée une permission d'agir pour les titulaires de droits et une limite d'action de la puissance publique²³⁶⁴. Finalement, comme le propose le professeur PECES-BARBA²³⁶⁵, l'incorporation s'oriente autour de trois axiomes. Premièrement, les droits fondamentaux forment un sous-système ouvert et influencé par environnement social et culturel dans le lequel il s'insère. Deuxièmement, cette propension à la positivation, aussi nommée *incorporation* directe, dépend du degré de formalisation de l'ordre juridique et de

²³⁶¹ HELLER (H.), *La crise de l'État*, présentation d'O. Jouanjan, Paris, Dalloz, coll. Tiré à part, 2012, pp. 56-58.

²³⁶² Voir en ce sens les critiques formulées par le professeur PECES-BARBA. PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p. 300.

²³⁶³ HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, coll. Libre échange, 1980, vol. 1, pp. 37-74. En se fondant sur ce qu'il appelle un « *rationalisme constructiviste* » et un « *rationalisme évolutionniste* » (*Ibid.*, pp. 6-7 et p. 25), HAYEK considère le système juridique comme un ordre artificiel traduisant un ordre de conduite implicite et préexistant. Dans l'univers du *nomos*, les commandements du législateur ne doivent se cantonner qu'à des règles générales de manière à ne pas porter atteinte aux libertés individuelles (*Ibid.*, pp. 113-127). Les comportements spontanés des individus, mis en œuvre par des conduites universelles, assurent une sphère privée de jouissance. C'est alors au juge qu'il reviendra de confronter ces comportements spontanés et individuels aux règles générales et abstraites de manière à actualiser des standards de comportement. La pratique et la morale des comportements inter-individuels a ainsi une fonction importante d'initiation du droit (*Ibid.*, pp. 134-147).

²³⁶⁴ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, spéc. pp. 314-315.

²³⁶⁵ *Ibid.*, p. 349.

centralisation des organes de production (par exemple, le législateur) et de concrétisation du droit (par exemple, le juge)²³⁶⁶. Troisièmement, cette incorporation peut, enfin, s'exercer de manière plus diffuse par la doctrine, ou plus largement selon les paradigmes dominants de la pensée juridique à moment donné²³⁶⁷. L'exemple des droits fondamentaux est ici parfaitement éloquent, car cette incorporation est d'autant plus liée à leur double fonction. D'un côté, leur fonction subjective de permission d'agir ouvre des possibilités multiples de revendications de droit pour les sujets et, d'un autre côté, leur fonction objective de régulation de l'ordre juridique permet de généraliser les droits consacrés à l'ensemble de l'ordre juridique²³⁶⁸. Néanmoins, il reste désormais à se poser la question de savoir si cette positivation progressive ne contribue pas à une accumulation contre-productive des droits.

3. Le phénomène de multiplication des droits

396. Des nouveaux repères du vivre-ensemble. L'idée d'une historicité des droits fondamentaux supposerait d'affirmer intuitivement une augmentation progressive, sur le plan quantitatif et qualitatif, du catalogue des droits au sein du système juridique. S'accumuleraient diverses strates de droits, autant par la succession de différentes générations que par l'action jurisprudentielle du juge. « Les déclarations des droits furent souvent différentes, découvrant les partages et les déchirements d'une société à un moment donné, comme si, parfois, il n'existait que des variantes, en l'absence d'un modèle initial »²³⁶⁹. Ce phénomène doit néanmoins être abordé avec prudence. Il s'agit d'en déterminer les causes, puis d'en constater les effets. Premièrement, à côté de la multiplication des textes, en réaction à différentes crises politiques et sociétales, la prolifération des droits s'est traduite par une subjectivisation du droit²³⁷⁰ ; où l'homme devient le référentiel premier (la finalité du droit) que sa personne soit asservie, qu'il travaille, qu'il vive en famille, etc. Cette référence constante à l'homme, ou ce que Max WEBER appelait par exemple la « médiatisation » des droits des particuliers, est l'élément

²³⁶⁶ Voir plus spécifiquement sur ce point, PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *op. cit.*, spéc. pp. 364-368.

²³⁶⁷ L'idée se rapproche de l'étude du « droit en contexte », qui se retrouve étudiée de manière plus significative en sociologie du droit. Voir, notamment, PAPAUX (A.), *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, Paris, Genève, LGDJ, Schulthess, coll. Quid Iuris, 2006, 240 p. ; PICHONNAZ (P.), « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *op. cit.*, pp. 130-138 ; POPELIER (P.), « Le droit constitutionnel en contexte », *RIEJ*, 2013, n° 70, pp. 149-156.

²³⁶⁸ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2, B.

²³⁶⁹ FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, *op. cit.*, p. 367.

²³⁷⁰ GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, *op. cit.*, pp. 83-92.

moteur de l'évolution moderne des droits fondamentaux. Dans son chapitre dédié à la « création des droits subjectifs » de sa *sociologie du droit*, le penseur allemand énonce que la reconnaissance par le système juridique des droits subjectifs conditionne les comportements des individus entre eux et envers la communauté. La relation ainsi créée par le biais des droits subjectifs présente en ces termes un aspect politique particulier de régulation du vivre-ensemble. Selon cette conception, la multiplication des droits subjectifs produit une multiplication des sphères d'autonomie pour l'individu, mais elle est en même temps génératrice de nouvelles contraintes dans les relations intersubjectives et envers la communauté. Autrement dit, la multiplication des libertés est aussi une régulation des libertés²³⁷¹. Le postulat ainsi présenté est le suivant : si l'homme change, le droit doit se mouvoir avec lui²³⁷².

397. Les limites : la confusion des repères. Néanmoins, aussi commode et séduisant que puisse paraître ce schéma, et en écartant la critique politique de la surenchère nuisible des droits²³⁷³, deux éléments doivent être considérés. En effet, la multiplication des droits peut être relativisée en prenant en compte l'adaptation de ceux-ci. L'évolution de la signification donnée à un droit, par la jurisprudence par exemple, ne conduit pas forcément à une multiplication de sens, mais au passage d'une signification révolue à une signification opératoire, jusqu'à réinterprétation de celle-ci. D'autre part se manifeste un « effet d'affichage publicitaire »²³⁷⁴, où il est considéré que cette multiplication, et par la même occasion celle des moments démocratiques, conduisent *a contrario* à une perte d'uniformité²³⁷⁵. Le discours institutionnel informe, à ce titre, sur un problème qui est aujourd'hui généralisé. Comme le montrent à plusieurs reprises les études annuelles présentées par le Conseil d'État, « on légifère sans vue

²³⁷¹ WEBER, *sociologie du droit*, trad. J. Grosclaude, Paris, PUF, Quadrige, 2^e éd., 2013, spéc. pp. 53-146. Sur ce point voir, COLLIOT-THELENE (C.), « La fin du monopole de la violence légitime ? », in COUTU (M.), ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université de Laval, 2005, p. 40.

²³⁷² « Mais l'ouverture de l'histoire des droit, la possibilité même de droits nouveaux, et non seulement de la réaffirmation de l'intangibilité de droits établis, est directement liée à leur individuation, c'est-à-dire aussi à l'indétermination des "droits de l'homme", où certains ont vu leur faiblesse, mais qui offre l'avantage, par rapport aux libertés statutaires, qu'ils sont une forme vide, accessible par là même à une détermination évolutive qui donne prise à l'action sociale ». COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, p. 249. Le thème de la subjectivisation du droit a fait l'objet de maintes études, nous nous contenteront donc de l'évoquer ici en tant que prémisse de raisonnement. Voir, également, *supra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 2, §2, A.

²³⁷³ Nous renvoyons notamment à la thèse défendue par Marcel GAUCHET. Voir, sur cette question, GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2017, pp. 487-632.

²³⁷⁴ BONNET (J.), PHILIP-GAY (M.), « Démocratie et multiplication des droits », *op. cit.*, p. 22.

²³⁷⁵ Voir en ce sens, LOCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, pp. 35-47.

d'ensemble, sans philosophie, sans perspective », de sorte à mettre à mal le principe de sécurité juridique²³⁷⁶ ; ce dernier étant par ailleurs un fondement essentiel de l'État de droit. En 2006, à ce propos, la Haute institution énonce clairement que cette menace est directement engendrée par « une multiplication des sources du droit », ainsi que par « l'apparition de nouveaux domaines d'activité humaine »²³⁷⁷, laquelle a aussi rappelé, en 2016, la persistance du problème et d'un bilan toujours « décevant »²³⁷⁸. Les deux facteurs d'engendrement présentés par le Conseil d'État ne sont d'ailleurs pas sans rappeler les difficultés que pose la coexistence du temps normé et du temps social-historique. Néanmoins, il est ici pointé le revers de la médaille, ou encore les errements liés à l'évolution et à l'actualisation du droit, témoignant d'un effet contre-productif, par une perte paradoxale de repères alors même que la multiplication des droits est initialement censée en fournir.

398. Ainsi, cette prolifération pose la difficulté de garantir l'effectivité des droits progressivement reconnus, leur garantie, leur sens et leur cohérence par rapport à un système donné. En matière de droits fondamentaux, celle-ci n'est que quantitativement remarquable dans les textes, mais n'aboutit forcément pas à une multiplication des régimes protecteurs de ces droits²³⁷⁹. L'ambition de repolitisation par la multiplication des droits et la possibilité de les revendiquer en justice s'identifie par la spécificité de la relation entre l'individu et le pouvoir qu'elle entend installer. Or, l'instauration de ces nouveaux repères demeure, paradoxalement, facteur de perte de repères. Il ne s'agit pas non plus de nier le rôle joué dans le phénomène démocratique qu'a eu l'expansion des droits subjectifs et de leur justiciabilité — leur plus-value en termes de réflexivité demeure indéniable — c'est plutôt dans la mesure de cet engouement que réside les limites à l'ambition de refonder l'organisation politique du vivre-ensemble. Pour finir de cerner le problème, il est nécessaire de tourner désormais vers le juge et son rôle. L'action jurisprudentielle du prêteur est en effet un facteur incontournable. Par son intervention à la fois novatrice et unificatrice, le juge est un acteur emblématique de l'évolution du droit dans le temps.

²³⁷⁶ Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, Paris, La documentation française, coll. EDCE, 1991, n° 43, p. 15. De même rappelle-t-il les dangers que représentent cette multiplication sur l'intelligibilité du droit pour les sujets. « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite* ». (*Ibid.*, p. 229).

²³⁷⁷ Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La documentation française, coll. EDCE, 2006, n° 57, p. 231.

²³⁷⁸ Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, Paris, La documentation française, coll. EDCE, 2016, p. 17.

²³⁷⁹ Sur ce point, voir par exemple : TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, n° 124, pp. 58-72.

B. L'actualisation par la jurisprudence

399. Comme cela a été démontré dans les développements consacrés à la temporalité du sujet²³⁸⁰, le champ de la contestation juridictionnelle des droits opère en continu, de manière récurrente et aléatoire. Le « tournant interprétatif » (*interpretative turn*) initié par HART²³⁸¹, mettant en évidence « la texture ouverte » du droit, a notamment participé à mettre en lumière la fatalité d'une réalité juridique « aux contours indécis, irrésolus »²³⁸². De ce fait, il est le cadre le plus propice à l'analyse des tentatives de synchronisation entre le temps social-historique et le temps normé. La constitution progressive d'un système de droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique est, par exemple, difficilement appréciable sans la prise en compte les grandes étapes historiques marquées par les déclarations de droits. C'est de surcroît par l'intervention du juge, qui intervient par des procédés d'interprétation et de création²³⁸³, que l'actualisation et l'évolution du droit vont s'opérer quantitativement et qualitativement à des fréquences plus réduites. Elle vient combler les lacunes d'une volonté constituante qui, en proposant l'écriture fondatrice de l'ordre politique, « est souvent plus soucieuse d'exorciser le retour d'un passé honni que de légiférer pour l'avenir », et présentant le projet trop ambitieux — et donc, fatalement imparfait — d'embrasser tous les problèmes²³⁸⁴. Œuvrant dans le domaine du *kairos*, l'action juridictionnelle opère selon les opportunités naissant au gré des litiges. Il revient ainsi au juge la lourde tâche d'une « gestion de la polychronie »²³⁸⁵ : en donnant sens aux textes, il lie les traditions des systèmes pour en fournir une lecture au présent et pour l'avenir, jusqu'à que l'occasion d'une réinterprétation se présente à nouveau. De même que, par ce procédé, il contribue largement à l'enrichissement continu du corpus des droits fondamentaux. « Toute Constitution est un projet qui n'acquiert de persistance que sur le mode d'une interprétation

²³⁸⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, chap. 2, section 1, §1, A, 2.

²³⁸¹ HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, coll. Collection générale, 2005, p. 155.

²³⁸² AMSELEK (P.), « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in TERRE (F.), *le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 60.

²³⁸³ Il s'agit ici de partir du principe que le pouvoir interprétatif du juge conduit à l'actualisation des droits ; ce qui confère à la jurisprudence un rôle créateur de droit. Cette question a fait l'objet de vives controverses théoriques — et d'une certaine manière, continue d'en faire — notamment entre les théories réalistes de l'interprétation et les théories normativistes. Nous ne reviendrons pas ici sur ces questions. Pour un exposé critique, voir la controverse entre les Professeurs PFERSMANN et TROPER : PFERSMANN (O.), « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 789-836 ; TROPER (M.), « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, n° 50, pp. 335-353 ; PFERSMANN (O.), « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie (réponse à Michel Troper) », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 759-788.

²³⁸⁴ HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, *op. cit.*, p. 20.

²³⁸⁵ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 14.

permanente opérée à tous les niveaux d'instauration du droit »²³⁸⁶. Le droit de la *Common law* est d'ailleurs exemplaire à ce titre, car il fait de l'action jurisprudentielle un processus indispensable au maintien d'une chaîne narrative cohérente²³⁸⁷ évoluant au fur et à mesure des cas. La positivation des normes sociales et l'interprétation continue des normes par le juge sont un moyen de liaison dans l'histoire. Elles sont factrices de pérennité, de progression et de cohérence de l'ordre juridique au cours du temps, précisément grâce au temps propre de l'ordre juridique. Il s'agit donc de voir successivement que l'interprétation prétorienne des droits se présente d'abord comme un moyen d'actualisation (1), pour ensuite évoquer l'enjeu de cette actualisation, lequel est orienté vers un objectif de coordination (2), entre temps social-historique et temps normé.

1. L'interprétation prétorienne comme processus créateur de droits

400. Présupposés. L'indispensabilité de la place du juge, prônée dans la conception contemporaine de la démocratie²³⁸⁸, fait de lui un acteur essentiel au processus d'actualisation du droit. Elle engage, par la même occasion, la justiciabilité en condition de la démocratie. En d'autres termes, plus les garanties de justiciabilité sont variées, d'une part, plus les occasions pour les justiciables de proposer des interprétations du droit se voient diversifiées et, d'autre part, plus le juge dispose d'opportunité d'interpréter et d'actualiser les normes contestées. Le contentieux, en effet, se place dans une situation charnière entre les requêtes émanant du corps social et les transformations opérées au sein de l'ordre juridique. En raison du fait que l'action du juge est liée au déclenchement d'un litige produit en fait, le juge opère donc sur plusieurs plans, qu'il rationalise selon son temps propre et par le biais des instruments performatifs (propres au droit) dont il dispose²³⁸⁹. Le juge, tout en disposant de son temps, doit aussi manipuler le temps en rappelant ainsi que les temporalités sociales et juridiques sont bien séparées. Là est le premier point à soulever : la jurisprudence prend le passé dans le présent,

²³⁸⁶ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, op. cit., p. 147.

²³⁸⁷ Nous renvoyons ici à la théorie bien connue de la cohérence narrative de Ronald DWORKIN. Voir à ce propos, DWORKIN (R.), « La chaîne du droit », trad. F. Michaud, *Droit et société*, 1985, n° 1, pp. 61-98 ; LENOBLE (J.), « La théorie de la cohérence narrative en droit : le débat Dworkin-MacCormick », *APD*, 1988, n° 34, pp. 120-139.

²³⁸⁸ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 1.

²³⁸⁹ « À la discussion proprement politique, fortement conditionnée par des éléments d'opportunité et des considérations idéologiques, il substitue une intervention plus objective, contrainte par les méthodes du raisonnement juridique ». ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 232.

pour la renvoyer dans l'avenir²³⁹⁰. Pour ce faire, elle opère rétroactivement, car si l'acte juridictionnel est instantané, il se prononce selon une norme juridique dans le présent qui n'existait pas encore au moment passé du déroulé des faits litigieux²³⁹¹. C'est, autrement dit, l'expression spontanée du jugement qui fait apparaître la règle jurisprudentielle. Dès cet instant, la jurisprudence s'extirpe du temps historique pour pénétrer le temps normé et être scellée dans le cadre intemporel du devoir-être jusqu'à la rupture provoquée par un éventuel revirement²³⁹² (et c'est d'ailleurs par ces ruptures qu'elle se distingue de la coutume²³⁹³). Chaque intervention du juge est alors un potentiel appel à l'actualisation de la règle de droit. Elle exige donc continuellement, et sans interruption, de rendre cohérentes les règles entre elles. Cette chaîne d'interprétation du droit façonne ce dernier dans son évolution, et ce, jusqu'aux fondements de l'ordre juridique, en touchant à la Constitution. La « loi suprême » constitutionnelle dotée d'une certaine éminence formelle, mais de cela seulement, et à laquelle on refuse toute essence particulière dans le grand système des normes positives, appelle fatalement la création d'un interprète authentique ayant boutique ouverte, non pas de temps à autre, mais tous les jours »²³⁹⁴. Cette interprétation récurrente et évolutive du droit amène ensuite à préciser un second point concernant le pouvoir d'interprétation du juge. Ce pouvoir, en effet, lui conférant, selon certains présupposés, une aptitude à la création de normes, est une question qui est depuis longtemps traitée et confirmée par la pratique jurisprudentielle. Cette propension créatrice est principalement due à un faible degré de formalisation de l'ordre juridique et d'une relative décentralisation. L'ambiguïté ou les failles des textes de références sont principalement, pour le prêteur, une demande d'« effort créateur »²³⁹⁵, visant à dégager le *signifié* des normes de référence. Concernant les contraintes juridiquement formalisées par l'ordre juridique, les interprètes authentiques, que sont les juges, disposent en effet de faibles contraintes normatives

²³⁹⁰ Cette caractéristique est d'ailleurs beaucoup plus marquée en droit de la *Common law* en vertu de la logique du précédent. Elle implique un effet de liaison entre passé, présent et futur comme moyen d'actualisation et de cohérence du système juridique. Comme l'explique le professeur BARANGER, dans ce système, la mobilisation du droit dans le temps et par le temps prend un relief particulièrement fort. « Avec le précédent, l'immémorial est rendu présent dans chaque atome du temps. Chaque instant vécu dans le temps de la constitution est tourné vers l'immémorial, de même que depuis que point d'un cercle on peut voir le centre, et, en second plan, tous les autres points du cercle, les plus éloignés étant les plus faciles à voir, et les plus proches de soi, les moins faciles à voir. Le précédent à l'immémorial pour direction. Grâce au travail analogique de rapprochement avec ce qui a déjà été fait, chaque événement "nouveau" est ramené à ce qui n'est pas nouveau, par référence avec des principes immémoriaux ». BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 58.

²³⁹¹ Voir, RIVERO (J.), « La rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

²³⁹² OST (F.), VAN HOECKE (M.), « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice », in OST (F.), VAN HOECKE (M.) (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, *op. cit.*, p. 91.

²³⁹³ Voir, HAURIU (M.), « De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1929, n° 15, p. 113 ; VILLEY (M.), *La pensée juridique* (1960), *op. cit.*, p. 189.

²³⁹⁴ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 63.

²³⁹⁵ CHENOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *op. cit.*, p. 60.

quant aux limites de leur action. De manière globale, les articles 4 et 5 du Code civil prescrivent simplement l'interdiction du déni de justice et de se prononcer « par voie de dispositions générales et réglementaires »²³⁹⁶. Ainsi, par le biais des procédés interprétatifs du juge, l'actualisation du droit s'opère par création de nouveaux droits, mais surtout par production de sens donné aux normes.

401. Les changements de significations des normes. La norme juridique est la signification d'un énoncé prescriptif. Le pouvoir d'interprétation du juge dans l'actualisation du droit s'explique, tout d'abord, par l'énonciation générale et abstraite des droits fondamentaux dans les textes constitutionnels, conventionnels ou encore législatifs. Autrement dit, le rôle d'interprète authentique consiste à œuvrer pour la concrétisation du droit qui, passant inmanquablement par une action interprétative, conduit à attribuer un sens à la norme objet du contrôle²³⁹⁷. « La signification d'un écrit dépend d'une lecture future du passé de cet écrit ; et puisque toute lecture implique une réécriture, toute signification requiert une réécriture dans le futur d'écrits du passé tels qu'ils ont été réécrits dans l'écrit présent que confronte l'interprète »²³⁹⁸. L'énoncé de la norme abstraite ne change pas, mais sa signification, elle, est susceptible d'évoluer selon une chaîne discursive. « En réalité, depuis la Révolution française où nos dogmes juridiques plongent leurs racines, le milieu économique et social où s'appliquent les règles de droit a changé, lentement d'abord, puis d'une allure vertigineuse. Les termes juridiques sont demeurés les mêmes ; principes et notions suivaient sur le plan éthéré des vues de l'esprit un développement harmonieux tandis qu'au niveau des luttes sociales le contenu et le sens dont ils étaient chargés se transformaient »²³⁹⁹. Considéré également en linguistique, sous l'angle de la sémantique diachronique, l'argument suppose que l'interprétation d'une norme, entendue au sens de signification, est circonscrite au contexte de son interprétation. Elle intègre donc au contexte socioculturel les usages du langage²⁴⁰⁰. « En effet, dira-t-on, la norme

²³⁹⁶ Voir, BEIGNIER (B.), « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 45-55.

²³⁹⁷ C'est notamment un des points importants soulevés par la théorie réaliste de l'interprétation. Voir, notamment, TROPER (M.), « Interprétation », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige 2003, pp. 843-847 ; TROPER (M.), « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 235-245. Pour une critique, voir : MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, Coll. Université Droit, 2012, pp. 139-156.

²³⁹⁸ LENOBLE (J.), « Modèles de rationalité et crise de la démocratie », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, *op. cit.*, p. 100.

²³⁹⁹ CHENOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *op. cit.*, p. 60.

²⁴⁰⁰ PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », *op. cit.*, p. 369. L'auteur reprend ici comme base la philosophie du langage telle qu'initée par Ludwig WITTGENSTEIN, selon laquelle l'évolution du langage génère une évolution de l'usage des concepts, et donc de leur signification.

N n'est autre chose que la signification *S*, mais cette signification n'existe pas en dehors du temps. *N* n'est *N* qu'au moment *t* et sera, quoi qu'on fasse, *N'* au moment *t* + 1 et *N''* au moment *t* + 2, etc. Le langage évolue et les mots changent de sens, donc les mots utilisés pour formuler les normes changent de sens, donc les formulations de normes changent de sens, par conséquent les normes sont constamment modifiées »²⁴⁰¹. L'idée est bien connue²⁴⁰², il est par exemple évident, à titre illustratif, que le droit de propriété tel qu'il est énoncé aux articles 2 et 17 de la DDHC de 1789 n'est plus le même dans l'interprétation qu'en fait par exemple le Conseil constitutionnel dans ses décisions *nationalisation*²⁴⁰³ et *privatisations*²⁴⁰⁴.

2. L'enjeu de l'actualisation : l'objectif de coordination

402. Le principe : la sollicitation permanente. Le rôle d'actualisation de l'interprétation prétorienne pose la question de sa coordination avec l'état de l'ordre social dans lequel il s'insère à un moment donné. Celui-ci, en effet, s'inscrit dans un « flux perpétuel d'auto-altération » dont « la figure "stable" primordiale est l'institution »²⁴⁰⁵. Dans cette contingence, le droit participe à cette stabilité institutionnelle par sa forme spécifique et durable. Le recours juridictionnel, et plus largement la présence du juge, se présente comme un mécanisme primordial de stabilité et d'actualisation progressive des revendications sociales pour les inscrire dans la forme durable et impersonnelle des normes juridiques²⁴⁰⁶. La jurisprudence fait en cela office d'indicateur d'une certaine contingence de l'ordre social. « Dans cette interprétation qui a partie liée avec la pratique juridique et dont vont dépendre les agissements mêmes des acteurs juridiques, l'application des règles et conventions du langage ne peut être, en tout état de cause, purement mécanique, désincarnée, détachée des conditions et préoccupations en contexte »²⁴⁰⁷. Elle a néanmoins cela de spécifique qu'en appartenant au temps normé, elle s'autonomise vis-à-vis du temps social historique autant qu'elle reste liée à ce dernier par des contraintes d'ordre

²⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 369.

²⁴⁰² Voir, par exemple, TROPER (M.), « Le droit, la raison et la politique », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 187-192 ; TROPER (M.), « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », *op. cit.*, pp. 236-245.

²⁴⁰³ Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*. Note, FAVOREU (L.), RDP, 1982, n° 2, p. 377 ; HAMON (L.), *Recueil Dalloz*, 1983, p. 169 ; FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^e éd., 2013, pp. 356-387.

²⁴⁰⁴ Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*. Note, AVRIL (P.), GICQUEL (J.), *Pouvoirs*, 1987, n° 40, p. 178 ; FAVOREU (L.), RDP, 1989, n° 2, p. 399.

²⁴⁰⁵ CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, *op. cit.*, p. 305.

²⁴⁰⁶ Nous rappelons ici le processus de positivisation présenté précédemment. Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, sect. 1, §2, A.

²⁴⁰⁷ AMSELEK (P.), « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », *op. cit.*, p. 64.

factuel. « Cela signifie que la jurisprudence n'est pas affectée par le simple écoulement du temps. Ce sont les modifications du contexte entourant la solution ancienne qui ont des incidences sur la validité de cette solution. Si l'environnement est périmé, la jurisprudence est atteinte »²⁴⁰⁸. Cet ancrage contextuel est d'ailleurs possible en raison de caractéristiques propres à la fonction juridictionnelle et celles des temporalités du sujet justiciable. Ainsi le juge, comme le propose dans une formule très évocatrice le professeur OST, représente le temps de l'alternance entre l'avance et le retard. « Ce temps, qui semble évoluer en spirale, caractérise une manière de changement dans la continuité, d'évolution cumulative qui progresse sans jamais se renier. Il est par excellence le temps du juge auquel il appartient tantôt d'actualiser la tradition, tantôt au contraire de modérer les ardeurs transformatrices des lois »²⁴⁰⁹. La norme jurisprudentielle propose alors une sorte de photographie ciblée et momentanée de la société, qu'elle pérennise en la forme juridique, jusqu'à sa prochaine révocation. « En rejouant dans son temps propre la scène du conflit, le procès mobilise le temps social fondateur qui s'est arraché au temps initial »²⁴¹⁰. Par la même occasion, elle fait intervenir l'initiative volontaire des sujets dans ce processus de transformation, laissant ensuite au juge le soin de lier par sa jurisprudence les solutions passées, la solution actuelle et les solutions éventuelles réservées à l'avenir.

403. Un enjeu primordial au niveau constitutionnel. Il ne s'agit pas non plus de donner la vérité sur le social, mais bien d'en proposer un sens par le biais de fictions. Comme l'a notamment proposé Paul RICŒUR, la justice s'inscrit à la fois dans une finalité courte de résolution d'un litige particulier et dans une finalité longue qui présuppose une objectivation à l'ensemble de l'ordre juridique et une durée indéterminée²⁴¹¹. Allant ensuite jusqu'à toucher aux normes constitutionnelles, elle permet de parachever les enjeux de l'actualisation avec l'apparition du contentieux. « Le processus de réalisation de la forme constitutionnelle connaît des moments d'équilibre, des achèvements remarquables, mais sa vérité est dans l'imperfection »²⁴¹². Il puise ses fondements dans la tradition, accueille les solutions du présent et les lie pour l'avenir afin de concrétiser le projet inscrit dans la norme fondamentale. Cette forme constitutionnelle est ainsi la représentation la plus remarquable de cette finalité longue

²⁴⁰⁸ LE BERRE (H.), « La jurisprudence et le temps », *Droits*, 2000, n° 30, p. 73. La question de la validité de la jurisprudence est ici entendue comme sa cohérence avec la contingence qu'elle est censée régir, elle ne concerne pas ici la question de la validité au sens normatif du terme.

²⁴⁰⁹ OST (F.), « Temporalité juridique », *op. cit.*, p. 608.

²⁴¹⁰ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 13.

²⁴¹¹ RICŒUR (P.), « L'acte de juger », *Esprit*, 1992, n° 183, p. 20.

²⁴¹² BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 51.

de la justice, où « le juge formulera un principe “novateur” dont il sait bien, par ailleurs, qu’il est sans incidence sur le cas qui lui est soumis actuellement : ainsi parvient-il à faire progresser le droit sans tromper pour autant la confiance des justiciables »²⁴¹³. Elle implique donc, en plus de cela, un enjeu de l’ordre de la légitimité pour le juge qui, en tant que tiers impartial gardien des droits et libertés constitutionnels, est comme « un Midas qui transforme tout ce qu’il touche en norme »²⁴¹⁴, pour inscrire dans le monde unique de l’ordre juridique fondé par la Constitution des principes qui vont lier la communauté et son avenir. En outre, un des arguments médiatisés en faveur de la coordination s’est notamment développé plus récemment avec l’entrée en vigueur en 2010 du contentieux constitutionnel *a posteriori*²⁴¹⁵. L’idée générale est la suivante : « Les cours constitutionnelles contribuent [...] à rendre présents en permanence les principes organisateurs de la vie sociale »²⁴¹⁶. L’argument de la réflexivité, donne alors cette image de « matière vivante » du contentieux constitutionnel en ce qu’il tisse, encore une fois, un lien entre le passé d’un texte, son contrôle présent, et son avenir. « D’une part, il permet l’examen de dispositions jusque-là soustraites à son contrôle ou de solutions antérieures érodées par l’écoulement du temps [...] D’autre part, il permet de programmer l’écriture de la loi »²⁴¹⁷. L’étude du contentieux constitutionnel a aussi vu l’émergence de la doctrine dite du « droit vivant », inspirée du modèle italien, tendant à appuyer le rôle de la jurisprudence. Comme l’a précisé le Conseil constitutionnel, l’idée consiste en ce qu’« en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu’une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée »²⁴¹⁸. La jurisprudence la Cour constitutionnelle italienne énonce, en effet, la prise en compte de « l’interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s’il est vrai — et cela est vrai — que les normes ne sont pas telles qu’elles apparaissent fixées dans l’abstrait, mais tel qu’elles sont appliquées dans

²⁴¹³ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 54.

²⁴¹⁴ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 51.

²⁴¹⁵ Pour une vision critique, voir notamment : MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771. Pour un autre point de vue, WACHSMANN (P.), « L’oracle des libertés ne parle qu’un fois », *Jus politicum*, 2012, n° 7.

²⁴¹⁶ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 224. On retrouve d’ailleurs un des aspects légitimant de la procédure judiciaire tel que mis en lumière par LUHMANN. « En tant que planification de l’avenir, la procédure absorbe l’incertitude, en tant qu’histoire, elle devient un engagement ». LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, Cerf, Presses universitaires de Laval, 2001, p. 94.

²⁴¹⁷ GODIVEAU (G.), « La réécriture de la loi au carrefour des temps juridictionnel et parlementaire », *RDP*, 2012, n° 4, p. 990.

²⁴¹⁸ Cons. const., n° 2020-845 QPC, 19 juin 2020, *M. Théo S. [Recel d’apologie du terrorisme]*, cons. 5.

l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces »²⁴¹⁹. L'action du juge dans l'actualisation, et par le mouvement de coordination, s'insère ainsi dans un processus d'interprétation et de réinterprétations constantes du droit. Le phénomène est aisément observable, mais il exige néanmoins de garder à l'esprit que cette coordination s'effectue en puisant « de l'autre côté du miroir »²⁴²⁰ ; c'est-à-dire par retranscription des normes sociales en normes juridiques, et non comme simple copie, de sorte que le système juridique conserve toujours son autonomie par le biais de ses performatifs.

404. Les limites : les facteurs d'imprévisibilité. Ce point irréductible de l'autonomie de l'ordre juridique laisse entrevoir un rapport singulier du système juridique envers l'avenir. Comme l'a déclaré PORTALIS, « les codes des peuples se font avec le temps ; mais à proprement parler, on ne les fait pas »²⁴²¹. Cette remarque a cela d'intéressant qu'elle rappelle, une nouvelle fois, cette vocation au *devenir* des grands textes normatifs, car c'est avec l'expérience du temps que ceux-ci trouvent leurs directions et concrétisent progressivement les projets qu'ils portent en eux. L'intervention du juge est alors fondamentale, car elle est l'opportunité de multiplier les interrogations sur la cohérence de l'ordre juridique, pour le peuple et les organes de l'État, à l'occasion des litiges²⁴²². Visant à combler des lacunes²⁴²³, l'actualisation du droit par le juge renvoie à un processus d'ajustements constants, largement permis par le pouvoir d'interprétation dont il dispose. Ces « creux »²⁴²⁴ législatifs ou constitutionnels sont des opportunités pour les juridictions d'opérer une interprétation pratique des textes, et donc

²⁴¹⁹ Cour const. ital., 15 juin 1956, n° 3/1956, §6. Le considérant sera repris par le Conseil dans le commentaire autorisé de la décision n° 2010-39 QPC, (Cons. const., n° 2010-39 QPC, 06 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, cons. 2). Voir, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/201039qpc/ccq_39qpc.pdf, p. 6. Sur le thème du droit vivant, voir : SEVERINO (C.), *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 2003, 282 p. ; SEVERINO (C.), « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n° 1, pp. 43-50. ; ZAGREBELSKY (G.), « La doctrine du droit vivant et la question de la constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 1, pp. 9-23 ; VERGOTTINI (G. de), « “Controllo incidentale” et constitution vivante », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro Constitutionnalisme, 2018, pp. 113-122.

²⁴²⁰ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 67.

²⁴²¹ PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in MASTOR (W.), BENETTI (J.), ÉGEA (P.), MAGNON (X.) (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. Grands Discours, 1^{re} éd., 2017, p. 693.

²⁴²² Plus concrètement, par exemple, la situation est celle dans laquelle le requérant, qui s'interroge sur une atteinte à son droit, le cas échéant à l'encontre du législateur ou de l'administration, laisse au juge estimer si le droit contesté contredit la norme objet du litige. Sur ce point, GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », *op. cit.*, pp. 83-92.

²⁴²³ CANIVET (G.), « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, 2007, n° 50, p. 29.

²⁴²⁴ SAVATIER (R.), « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in PERELMAN (Ch.) (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 521-535.

d'adaptation du droit²⁴²⁵. Comme l'explique le professeur AMSELEK, cette propension à l'adaptation s'explique par un facteur de *non-objectivité* et un facteur d'*incomplétude* du droit²⁴²⁶, dont l'association génère un « équilibre régulateur qui s'opère par l'office du juge [lequel] n'est pas seulement subtil, diffus, incertain : il est par ailleurs, instable, précaire, changeant »²⁴²⁷. Il se retrouve ici l'empreinte indélébile du relativisme, immanquablement ouverte aux possibilités inopinées du changement, du revirement, de la reformation et des justifications de circonstances. Plus généralement, cette forme de fatalité fait écho à un vieux vœu de Thomas PAINE ; celui prônant un droit appartenant aux vivants, et ce, par succession²⁴²⁸. La Constitution est précisément un « outil naturel du long terme »²⁴²⁹ par excellence ; elle est un projet, à la fois qui *a été*, qui *est*, et qui *à être*. Mais cette orientation vers l'avenir a pour contrepartie une marge inévitable d'incertitude. En effet, le futur incarne la projection de l'ordre prescrit par la Constitution, dont le juge construit progressivement les principes, en tentant de donner cohérence au texte et en écartant les ambiguïtés. La matière est ramenée d'un passé remémoré, d'où s'inscrivent les principes fondateurs posés par le constituant, lesquels sont interprétés à l'aune d'un litige situé dans le présent, pour ensuite parier sur un avenir mieux ordonné. La démarche est en partie finaliste. « La constitution paraît n'être qu'une seule norme, parce qu'elle

²⁴²⁵ LASCOUTES (P.), SERVERIN (E.), « Théorie et pratique de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, p. 104. On peut également citer comme exemple une des critiques formulées par Michel VILLEY concernant le pouvoir créateur du juge, voyant dans cette correction des lacunes un moyen de légitimation de son pouvoir. « Cette recherche légitime peut devenir, si le juge est audacieux, purement conjoncturelle et la "volonté du législateur" une fiction commode dissimulant la volonté du juge et prévalant quelquefois même sur une "lettre" parfaitement claire ». L'auteur mobilise, à ce propos, l'illustration des principes généraux de droit dégagés par le Conseil d'État. « Lorsqu'il a été autorisé expressément ou implicitement (en conséquence de l'obligation de statuer dans tous les cas) à combler ces lacunes, le juge se trouve chargé d'une compétence prétorienne. Or il peut être tenté de découvrir des lacunes partout où des intérêts légitimes à ses yeux sont insuffisamment protégés ». VILLEY (M.), *La pensée juridique* (1960), *op. cit.*, pp. 170-171.

²⁴²⁶ AMSELEK (P.), « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit, *op. cit.*, spéc. pp. 60-69. Selon le Professeur AMSELEK, en effet, la non-objectivité de la règle de droit découle du fait que celle-ci est toujours médiatisée par l'interprétation qu'elle subit de la part des organes de production ou d'application du droit. Elle présuppose, autrement dit, que le sens de cette règle n'est pas « déjà-là », mais construit. Ce faisant, l'interprétation « est une opération mentale de construction ou reconstruction ». L'incomplétude, ensuite, illustre quant à elle les lacunes propres aux droits en raison de l'impossibilité pour le législateur ou le constituant « de tout régler, de tout prévoir, même implicitement ». C'est par ailleurs sur ce point que l'auteur a critiqué la théorie kelsénienne des lacunes, laquelle postule que le silence ou l'insuffisance de la loi confère aux sujets de droit une marge de pouvoir discrétionnaire, induisant un principe de liberté tant que l'interdiction du législateur n'est pas explicitement formulée. Tout ce qui n'est pas explicitement interdit est permis. C'est sur le fondement d'un manque de réalisme que cette critique est donc construite. Sur ce point, voir : AMSELEK (P.), « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, 1988, n° 33, pp. 283-299.

²⁴²⁷ AMSELEK (P.), « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », *op. cit.*, p. 75.

²⁴²⁸ Tel est l'un des arguments présentés par l'auteur dans sa célèbre controverse avec Edmund BURKE sur les droits de l'homme et la Déclaration de 1789. Ainsi déclare-t-il : « Je défends les droits des vivants, et je m'efforce d'empêcher qu'ils ne soient aliénés, altérés ou diminués par l'autorité usurpée des morts ; et M. Burke prend le parti de l'autorité des morts contre les droits et contre la liberté des vivants ». PAINE (Th.) *Droits de l'homme. En réponse à l'attaque de Monsieur Burke* (1791), Paris, Hachette BNF, coll. Histoire, 2016, p. 67.

²⁴²⁹ BUGE (É.), « La myopie des démocraties. Les Parlements face aux enjeux de long terme », *Jus Politicum*, 2020, n° 24, p. 12.

décrit un monde unique, lequel n'existe que dans ses "prévisions" »²⁴³⁰. La démarche interprétative de sa jurisprudence vise à lier tradition et avenir, dans son entreprise d'actualisation²⁴³¹. Cette réhabilitation du passé est notamment provoquée par des litiges conjoncturels. Lorsque le juge se demande si le législateur protège suffisamment telle ou telle liberté, celui-ci n'hésite pas à aller chercher dans la tradition des principes pour lier l'avenir. Telle est, par exemple, la manière dont le juge constitutionnel va protéger le logement ou le pluralisme en formalisant des objectifs à valeur constitutionnelle²⁴³², ou encore par le biais des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République²⁴³³ (PFRLR), constitutionnaliser, entre autres, la liberté d'association²⁴³⁴, les droits de la défense²⁴³⁵, la liberté de conscience²⁴³⁶ ou l'indépendance des juridictions administratives²⁴³⁷. Ce même procédé s'observe, également, lorsque la Cour EDH va puiser dans « les valeurs inhérentes à la société démocratique », issues d'une « conception commune » des droits de l'homme²⁴³⁸ entre les États membres ; ou encore quand la Cour de justice va s'inspirer des « traditions constitutionnelles communes des États membres » pour consacrer la protection des droits fondamentaux comme

²⁴³⁰ BARANGER (D.), « Temps et constitution », *op. cit.*, p. 64.

²⁴³¹ Il s'agit là, d'ailleurs, d'un point de distinction par rapport au système du précédent en *Common law*, lequel est plus centré sur une relation entre tradition et présent. Sur cette question, voir : ZOLLER (E.), RAYNAUD (Ph.), « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits*, 2000, n° 30, pp. 97-126.

²⁴³² Cons. const., n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Loi relative la diversité de l'habitat*, cons 7-8 ; Cons. const., n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

²⁴³³ Les PFRLR sont effectivement une bonne illustration. Les trois premiers critères d'identification dégagés par le juge sont précisément la concrétisation d'un mouvement d'actualisation du passé : la règle doit être suffisamment importante, notamment par son degré de généralité et le caractère essentiel qu'elle témoigne pour la vie de la Nation, comme les libertés fondamentales, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics (Cons. const., n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, cons. 9) ; elle doit provenir d'une base textuelle républicaine antérieure à 1946 (Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 15), et faire l'objet d'une application continue (Cons. const., n° 88-244 DC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 12).

²⁴³⁴ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, cons. 2.

²⁴³⁵ Cons. const., n° 76-70 DC, 2 décembre 1976, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, cons. 2.

²⁴³⁶ Cons. const., n° 77-87 DC, 23 novembre 1977, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, cons. 5.

²⁴³⁷ Cons. const., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes d'administratifs*, cons. 6.

²⁴³⁸ S'inspirant de cette « conception commune » tirée de la formulation du Préambule de la Convention, le juge a développé une jurisprudence relative à un ensemble de valeurs démocratiques communes et partagées entre mes États parties. Il argue ainsi de « valeurs sous-jacentes à la démocratie », ressortant des droits garantis par la Convention (CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, §88), lesquels assurent « un régime véritablement démocratique » (CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et a. c. Allemagne*, n° 5029/71, §59). La démocratie sert ici de fondement axiologique à la protection des droits de l'homme, de sorte que la notion de société démocratique « domine la Convention toute entière » (CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, n° 9815/82, §42). Voir à ce propos, LEVINET (M.), « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011, n° 86, pp. 227-263.

« partie intégrante des principes généraux du droit »²⁴³⁹ communautaire. Néanmoins, l'argument peut ensuite poser des difficultés d'un autre aspect. Car, cette action permanente est conditionnée par une limite structurelle propre à la jurisprudence²⁴⁴⁰. Le professeur DENQUIN fait remarquer, à ce propos, que « la plus évidente limite d'un droit forgé par le juge tient à ce qu'il n'agit pas et peut seulement réagir »²⁴⁴¹. Cette contrainte s'explique naturellement par le fait que l'intervention du juge n'est pas de son initiative, mais demeure dépendante de la formulation d'une requête par un justiciable. Néanmoins, Norberto BOBBIO a complété cette affirmation en ajoutant que cette contrainte à la réaction ne lie pas ensuite le juge dans l'interprétation des textes, lesquels sont alors des occasions éventuelles à la création. Le juge conserve en cela une position d'acteur du temps normé. « Ce n'est pas vrai que le droit arrive toujours en retard et constitue un obstacle au changement ; parfois il arrive en avance et alors il peut être un élément de décomposition du tissu social traditionnel et donc de changement soudain »²⁴⁴². Cette contrainte peut donc être un obstacle au changement, ou prescrire un avenir inattendu. Néanmoins, le rapport au futur est toujours précaire, et particulièrement en démocratie, dont le principe est de s'instituer et de se maintenir par « la dissolution des repères de la certitude »²⁴⁴³. La jurisprudence est, elle aussi, actrice de cette indétermination du futur : elle est figée pour l'avenir jusqu'au moment imprévisible de sa révocation. Le revirement est motivé par la désuétude, il est l'acte d'actualisation par excellence. Mais il est aussi à l'œuvre par la stratégie du juge qui doit veiller en même temps à préserver la sécurité juridique²⁴⁴⁴. La question se pose notamment lorsque ce dernier recourt à des concepts généraux, à la formulation relativement abstraite, lui assurant une certaine souplesse face à d'éventuelles interprétations futures. C'est de cette manière, par exemple, qu'est reconnue l'existence de

²⁴³⁹ Cette référence aux traditions est expressément mentionnée dans les traités. Comme le stipule, par exemple, l'article 6§3 du TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». La Cour ne manqua alors pas de s'y référer pour en faire un présupposé essentiel d'application des droits contenus dans les traités. Voir, CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. C-11-70, §4 ; CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c. Commission*, aff. C-4/73, §13 ; CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-44/79, §15 ; CJCE, 14 décembre 2005, *General Electric c. Commission*, aff. T-210/01, §725 ; CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, §§283-285.

²⁴⁴⁰ DENQUIN (J.-M.), « Élément pour une théorie constitutionnelle », in DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. Droit politique, 2019, p. 18.

²⁴⁴¹ DENQUIN (J.-M.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant les libertés publiques », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, p. 3.

²⁴⁴² BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, op. cit., p. 125.

²⁴⁴³ LEFORT (Cl.), *Essai sur le politique*, Paris, Seuil, 1986, p. 29.

²⁴⁴⁴ Sur cette question, voir : LAGARDE (X.), « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *APD*, 2007, n° 50, p. 87.

« règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », sans que pour autant le juge ne prenne l'initiative d'en préciser un contenu précis²⁴⁴⁵. Là encore, l'argument de l'évolution du droit, s'il permet d'introduire de nouveaux principes, les soumet en même temps à une indétermination volontaire pour construire progressivement l'avenir et en leur évitant un cadre figé et permanent. Ce qui, chez ARISTOTE, garantissait la puissance de loi, est ici renversé sous l'argument des bienfaits de la résilience²⁴⁴⁶. L'indétermination est ici création, « à savoir émergence de déterminations *autres*, de nouvelles lois, de nouveaux domaines de légalité »²⁴⁴⁷. Il est ici recherché une forme de justification, ou de bien-fondé. « On concédera que le droit a évolué, que la solution d'aujourd'hui n'était pas celle d'hier, mais on évoquera le "mieux-fondé" de la décision nouvelle ; et contre ce "progrès" du droit aucune raison, croit-on, n'est en mesure de résister »²⁴⁴⁸. Enfin, Bruno GENEVOIS pointe deux facteurs principaux d'imprévisibilité : un facteur structurel, relatif à l'organisation et au fonctionnement de la juridiction concernée et un facteur de politique jurisprudentielle, consistant au recours à des droits suffisamment abstraits pour pouvoir être réinterprétés et adaptés²⁴⁴⁹. Il s'agit là d'un pan majeur de la question de l'adaptation du droit dans le temps et il en va principalement d'une stratégie de politique jurisprudentielle²⁴⁵⁰. Telle est là l'immense responsabilité que le juge se doit d'assumer : interpréter, créer, corriger, détruire ou modifier, de manière à ce que, depuis sa sphère d'autonomie, le temps normé suive le cours ininterrompu du temps de la société et de l'histoire.

²⁴⁴⁵ Cons. const., n° 2006-540 DC 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19 ; Cons. const., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 6. Cette question a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux. Elle n'est ici utilisée qu'à titre illustratif. Pour une synthèse, voir notamment : MILLET (F.-X.), *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 2013, 386 p. ; BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. Cahiers européens, 2011, 168 p. Il reste à noter que, dans une décision récente, le juge constitutionnel est venu apporter une précision quant à l'opportunité de son contrôle, en ajoutant que celui-ci « n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Il a par-là même précisé que le principe de responsabilité personnelle et l'égalité devant les charges publiques ne formaient pas un élément inhérent à cette identité, mais que le principe d'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » en faisait quant à lui partie. Voir, Cons. const., n° 2021-940 QPC, 15 octobre 2021, *Société Air France [Obligation pour les transporteurs aériens de réacheminer les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée]*, cons. 13-14.

²⁴⁴⁶ « Ce n'est pas la même chose de changer une technique et une loi ; la loi, en effet, pour se faire obéir n'a d'autre force que l'habitude, laquelle ne se manifeste qu'après beaucoup de temps, de telle sorte que passer facilement des lois existantes à d'autres lois nouvelles, c'est affaiblir la puissance de la loi ». ARISTOTE, *Politique*, livre II, 1268, b22.

²⁴⁴⁷ CASTORIADIS (C.), *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, *op. cit.*, p. 509. (Souligné par l'auteur).

²⁴⁴⁸ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 153.

²⁴⁴⁹ GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoir*, 1991, n° 59, pp. 129-142. Voir également, ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 24, spéc. pp. 109-110.

²⁴⁵⁰ DENQUIN (J.-M.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant les libertés publiques », *op. cit.*, pp. 3-7.

Ainsi revient Sisyphe, le juge, son parcours. « Il relève de l'expérience et de l'histoire, il procède par essais et par erreurs, tâtonnements et approximations ; il avance par glissements successifs ; il substitue insensiblement des formes à d'autres, sans que jamais le fil qui les relie ne se rompe totalement »²⁴⁵¹.

405. Le temps du droit en tant que temps historique porte en lui « un nombre virtuellement infini de contenus, car il effectue toujours concrètement une coordination particulière des changements »²⁴⁵². C'est précisément sur ce point que se joue l'enjeu de l'actualisation constante des règles de droit au regard des réalités sociales, et dont la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux est un processus dynamique et singulier. C'est aussi par ce biais que l'argument d'une ambition de repolitisation de la démocratie est possible. Or, au sein de ce mouvement, se présente finalement une autre difficulté : comment l'équilibre entre les contestations de la société, éparses et particulières, et les normes juridiques, objectives et valables pour l'ensemble du groupe social qui en découlent, est-il résolu ?

²⁴⁵¹ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 184.

²⁴⁵² CHOLLET (A.), *Les temps de la démocratie*, *op. cit.*, p. 21.

SECTION 2. UNE REINTERPRETATION DU CONFLIT ENTRE INDIVIDUEL ET COLLECTIF

« L'homme se réalise deux fois, une fois socialement quand le groupe acquiert une autonomie de décision, et ensuite par la quête de la liberté de l'homme individuel, au besoin seul contre tous ! Tout l'effort de la démocratie est d'atteindre l'un et l'autre »²⁴⁵³.

406. La conciliation entre les intérêts individuels et collectifs, en tant que problème central du principe d'autonomie démocratique, et traduite juridiquement comme la confrontation entre les droits subjectifs et le droit objectif, est d'abord l'apanage de la philosophie politique. Impulsée par la tranche libérale, elle implique encore aujourd'hui un débat critique sur les droits de l'homme. D'un côté fustigés pour « l'hypertrophie irréaliste d'une partie par rapport au tout »²⁴⁵⁴ que ces derniers créent sous l'effet de leur subjectivisation, ils peuvent inversement, en générant un phénomène de multiplication des droits, ouvrir la « démocratie à de nouveaux champs juridiques »²⁴⁵⁵. La vision négative du conflit entre intérêts particuliers et collectifs doit s'accommoder avec le fait qu'il s'agit d'un obstacle incontournable. Il importe alors de considérer ledit conflit, non comme une entrave au principe d'autonomie démocratique, mais *a contrario*, en tant que processus au service de l'autonomie. C'est là la seconde condition pour arguer d'une forme de repolitisation de la démocratie : ce conflit est devenu un élément décisif de légitimité démocratique par sa participation au principe d'autonomie. En d'autres termes, il s'agit de poser les conditions de l'implication d'une revendication subjective dans son insertion communautaire. En rejoignant, dans l'idée, l'affirmation de JHERING selon laquelle celui « qui défend son droit, défend dans le cercle étroit de ce droit, le droit tout entier »²⁴⁵⁶, il s'agit de postuler que la contestation juridictionnelle témoigne de répercussions autant sur les droits individuels que collectifs. Susciter la modification du droit subjectif au regard du droit objectif, c'est indirectement agir à la fois sur l'un et sur l'autre ou, autrement dit, sur les situations individuelles et sur l'ordre juridique dans son ensemble. Se retrouvent alors les idées de répercussion et récurrence inhérentes au principe de participation négative, en mettant en avant

²⁴⁵³ VEDEL (G.), « La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989 », *RFDC*, 1990, n° 1, p. 9.

²⁴⁵⁴ GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, p. 284.

²⁴⁵⁵ BONNET (J.), PHILIP-GAY (M.), « Démocratie et multiplication des droits », *op. cit.*, p. 23. Voir également, COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*, p. 249.

²⁴⁵⁶ JHERING (R. von), *La lutte pour le droit*, présentation d'O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006, p. 57.

la procédure juridictionnelle. Là encore, ce sont les garanties inhérentes à la condition de justiciabilité qui permettent d'en assurer l'effectivité. De surcroît, c'est précisément par ce biais que s'effectue la tentative de synchronisation des temporalités de la démocratie. Les considérations sur le conflit entre l'individuel et le collectif croissent en fonction du point de vue épistémologique adopté et peuvent aboutir sur des appréciations mélioratives ou péjoratives. De manière générale, cet antagonisme, dit « moderne », est le fruit d'une formalisation héritée de la doctrine libérale depuis la Révolution. En cela, cet antagonisme est construit (§ 1). Ceci établi, cette conception mettant en opposition l'individu et la puissance publique peut également être vue sous un angle positif. Sous cet angle, l'antagonisme peut s'avérer fécond (§ 2).

§ 1. L'antagonisme construit

407. La vision séparatiste entre la société et l'État est une construction doctrinale. Le constat d'un antagonisme d'intérêts entre la communauté et l'individu découle principalement d'une posture idéologique spécifique, inspirée de l'individualisme libéral et focalisée sur l'autonomie de l'individu en tant que détenteur de droits naturels. L'opportunité de cette démarche se base sur une question simple, mais exigeante en pratique, portant sur la confrontation entre l'autonomie de l'individu et celle de la communauté. En elle, de plus, se reflète la distinction faite entre droits de l'homme et démocratie, ainsi que le rôle d'arbitre alloué au juge en tant figure d'une « institutionnalisation de la fonction défensive des droits de la société contre les ingérences étatiques »²⁴⁵⁷. L'apparition et le développement de recours de droits publics ouverts à l'individu sont en effet un des points les plus perturbants pour cette théorie. D'un côté, la revendication des droits subjectifs est perçue péjorativement comme la primauté donnée à l'autonomie individuelle au détriment du groupe. D'un autre côté, leur absence signifierait l'aliénation de l'individu, fondu par défaut dans l'autonomie du groupe. Le problème de l'autonomie découle ainsi d'une construction idéologique. Il reflète, à ce titre, le conflit emblématique des Modernes : celui du « je » contre le « nous » (A). Ce problème peut cependant être solutionné au regard de l'implication contemporaine du recours juridictionnel dans le principe d'autonomie démocratique, lequel joue un rôle d'arbitrage et d'apaisement du conflit « je-nous ». Un des aspects les plus probants de cette évolution de paradigme peut notamment être pointé en considérant le recours comme une alternative au droit de résistance à l'oppression (B).

A. Le conflit des modernes : le « je » contre le « nous »

408. La confrontation entre le « je » et le « nous » est un des paradoxes permanents imputés à la démocratie. Il n'a en effet cessé de susciter réflexion, autant de la part des philosophes politiques que des juristes. La pensée libérale, insufflée par les droits de l'homme, a notamment mis en avant une « crise de la généralité »²⁴⁵⁸. Le plaidoyer individualiste contre les risques de l'aliénation du « je » dans le « nous » demeure un point de vue radical. Mais il

²⁴⁵⁷ GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012, p. 20.

²⁴⁵⁸ PINON (S.), « Démocratie et contre-pouvoirs sociaux », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.) *Nouvelles questions sur la démocratie*, op. cit., p. 47.

témoigne *a minima* d'une « crise des fondements »²⁴⁵⁹ : celle d'un peuple issu d'une Révolution de 1789 démystifié²⁴⁶⁰, d'une volonté générale désincarnée²⁴⁶¹. Comme l'évoquait John LOCKE, par exemple, l'impossibilité présumée de la conciliation d'une multitude grandissante d'intérêts particuliers et de ceux de la communauté revient à s'accommoder d'un seuil de tolérance d'une ingérence dans la sphère individuelle — en l'occurrence, de la Loi naturelle — envers la volonté souveraine²⁴⁶². Contrairement à ce que professait ROUSSEAU, les errements de la volonté générale sont d'autant plus à craindre qu'il demeure indispensable d'en imposer des limites²⁴⁶³. Le paradoxe est là, et construit l'antagonisme. Cette crise de la « généralité » ou la présomption d'une faillibilité de la volonté générale est due au fait que l'individu et le groupe sont considérés comme deux entités politiquement libres. La distinction traditionnellement admise entre droits subjectifs et droit objectif, ou encore libertés négatives et libertés positives, témoigne inmanquablement d'une particularisation des entités, entre la communauté, ces membres pris individuellement ou leurs groupes minoritaires. Cette crise est encore une construction doctrinale, dont le droit en serait la projection. Si, d'un côté, il s'agit d'une des manifestations les plus éclairantes de la tradition de l'individualisme libéral (1), celle-ci n'en reste pas moins une vision politique et prescriptive qui, aujourd'hui, au regard du droit positif, semble s'estomper au profit d'un constat d'une pluralité de catégories de sujets de droits plus ou moins individuels ou collectifs. De l'opposition apparaît ainsi la recherche d'un équilibre en le « je » et le « nous » (2).

1. Une tradition de l'individualisme libéral

409. Une tension d'origine doctrinale. « Que votre vie soit un contre-frottement qui arrête la machine »²⁴⁶⁴. Dans cette phrase emblématique, la tension entre les intérêts individuels

²⁴⁵⁹ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, *op. cit.*, p. 43.

²⁴⁶⁰ Voir, JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, pp. 538-540.

²⁴⁶¹ « *Le peuple est peut-être davantage nommé, davantage sollicité, mais il reste toujours aux portes de l'espace de délibération* ». ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue », *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁶² LOCKE (J.), *Les deux Traités du gouvernement civil*, 1690, chap. 7. C'est notamment ce qui distingue LOCKE de HOBBS, en ce qu'il refuse ainsi la vision absolue du pacte d'aliénation au souverain. Pour une synthèse sur la question, voir : TINLAND (F.), « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau », *APD*, 1989, n° 34, pp. 51-66.

²⁴⁶³ Cette critique de la conception absolutiste de la volonté générale chez ROUSSEAU a notamment été critiquée par Benjamin CONSTANT, fervent défenseur d'une conception de la souveraineté limitée à une sphère d'autonomie privée délimitée par les droits individuels. À ce propos, voir : CONSTANT (B.), *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, spéc. pp. 310-321.

²⁴⁶⁴ THOREAU (H. D.), *La désobéissance civile*, Gallmeister, coll. Totem, réed. 2017, p. 8. On peut ainsi résumer la thèse individualiste dans cette célèbre phrase de Henry David THOREAU. En effet, tout se passe comme si, d'une certaine manière, il était possible de concevoir cette « machine » comme une simple alternative à la vie de

et collectifs découle d'une pensée située sur le plan idéologique, prescriptive, qui, comme l'a notamment montré Norbert ÉLIAS²⁴⁶⁵, postule le primat de l'individu, ou de la société, par rapport au pouvoir de l'État. Cette pensée séparatiste, déclenchée par la sécularisation de l'État et de la pensée constitutionnaliste post-révolutionnaire, considère illégitime l'idée de l'existence d'une autorité transcendante de l'État²⁴⁶⁶. Il en résulte que « d'un peuple de "transcendance", magnifié au moment de la Révolution française, semble s'incliner devant l'éclosion d'un peuple des "singularités" »²⁴⁶⁷. La thèse la plus marquée par le principe d'antagonisme se trouve dans le versant individualiste du libéralisme. Plus précisément, là où le libéralisme appréhende la liberté de l'individu comme une fin en soi²⁴⁶⁸, l'individualisme n'y voit qu'un moyen pour atteindre le perfectionnement de l'individu, considéré comme fin supérieure²⁴⁶⁹. À ce sujet, Norberto BOBBIO s'est proposé de présenter trois méthodes d'analyse pour comprendre l'étude de l'individualisme²⁴⁷⁰. Il identifie, tout d'abord, un individualisme *méthologique*, étudiant la société en se basant sur les actions individuelles ; un individualisme *ontologique*, ensuite, présupposant l'autonomie individuelle comme propriété naturelle de l'homme dont chacun dispose selon une égale dignité ; un individualisme *éthique*, enfin, qui se retrouve par exemple chez Isaiah BERLIN²⁴⁷¹, concentré sur la personne morale qu'est l'individu, où cette moralité se présente comme le référentiel premier de l'identité de l'homme en communauté, et d'où découle *in fine* toutes les règles de comportements. Même si le libéralisme ne peut se passer de l'individualisme — car en se basant sur le principe d'« un homme, une voix », il demeure en tout état de cause un fondement philosophique de la démocratie²⁴⁷² — il conditionne cette séparation. Tout d'abord, orienté d'un point de vue politique sceptique, il s'érige en héraut d'une présomption contre un pouvoir aux prédispositions oppressives. Cette appréciation portée sur la nature du pouvoir s'illustre notamment dans la pensée de Bertrand DE JOUVENEL, laquelle procède d'une démarche de méfiance et de défiance envers le pouvoir. Ce dernier en

l'individu. La condition est de présupposer que l'assimilation à la communauté implique nécessairement l'aliénation de certains intérêts particuliers touchant à la singularité, présentant pour risque l'oubli de l'individu dans sa capacité d'affirmation. Cette aliénation génère ainsi le risque potentiel que le « nous » se retourne contre un « je » passif et impuissant. C'est ce qui pousse l'auteur à plaider pour la désobéissance civile.

²⁴⁶⁵ ÉLIAS (N.), *La société des individus*, Paris, Fayard, coll. Pocket, 2012, p. 55.

²⁴⁶⁶ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 177.

²⁴⁶⁷ PINON (S.), « Démocratie et contre-pouvoirs sociaux », *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁶⁸ Pour une étude générale, voir : CAYRET (E.), *Le procès de l'individualisme juridique*, Paris, Recueil Sirey, Thèse, Université de Toulouse, 1932, 386 p.

²⁴⁶⁹ WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Paris, rééd. Dalloz, 2007, p. 11.

²⁴⁷⁰ BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris, Cerf, 1996, p. 83.

²⁴⁷¹ Voir, BERLIN (I.), *Éloge de la liberté*, trad. J. Carnaud et J. Lahana, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1988, pp. 213-218.

²⁴⁷² BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 84.

évoque par exemple un des aspects stratégiques, où la proclamation régulière de droits et libertés permet au pouvoir de légitimer l'expansion de son action. Les droits et libertés seraient ainsi instrumentalisés. Dans ce mouvement, « il semble que le progrès étatique procure le progrès individualiste »²⁴⁷³. L'appropriation progressive des libertés par le pouvoir le rendrait ainsi paradoxalement légitimé dans son action en ce que la valeur axiologique allouée aux droits de l'homme serait considérée comme une action juste au service de la société. Selon les mots de l'auteur, il s'agit là de « la cause capitale d'une complicité perpétuelle des sujets avec le Pouvoir ; c'est le vrai secret de son gonflement »²⁴⁷⁴. « Il n'y a que l'individu qui pense : toute assemblée est sotte »²⁴⁷⁵, dira dans le même sens ALAIN, dans sa défiance si caractéristique.

410. Les fondements juridiques de la tension. Ensuite, le fondement juridique se base en partie sur le principe présenté par l'article 2 de la DDHC, selon lequel « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». La formule induit l'idée d'un État au service de la société, et plus particulièrement de l'individu qui, notamment pour HAURIOU, consiste dans le fait que l'institution étatique est le fruit d'un consensus interindividuel, faisant que « l'État n'a pas sa fin en soi, il a sa fonction à remplir vis-à-vis des individus »²⁴⁷⁶. Au regard de l'évolution du droit positif, enfin, ce postulat se traduit principalement par la promotion d'une conception négative de la liberté centrée sur une liberté individuelle garantissant la non-ingérence de l'État. L'antagonisme des intérêts se révèle ici sous sa forme la plus brute, car il place l'individu dans son *ipso*, en confrontation avec la communauté politique.

2. La recherche de l'équilibre

411. La réhabilitation du « nous ». L'objectif est de trouver un équilibre satisfaisant consistant à « accorder à une collectivité une garantie d'indépendance conduit à une privation de liberté pour les individus qui la constituent ; de la même manière, poser des limites à la liberté du groupe ne peut qu'augmenter pour chaque individu l'espace au sein duquel son

²⁴⁷³ JOUVENEL (B. de), *Du pouvoir*, Paris, Hachette, Pluriel, 1972, p. 221.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

²⁴⁷⁵ ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, Présentation de François Bourricaud, Slatkine Reprints, 2014, p. 160. Plus précisément, celui-ci ajoute que « si nous voulons une vie publique digne de l'Humanité présente, il faut que l'individu reste individu partout, soit au premier rang, soit au dernier ». Ce champ idéologique se caractérise principalement par son anticonformisme de principe, en mobilisant l'esprit critique contre les institutions afin de questionner sans répit la légitimité de l'obéissance. Voir, WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Paris, rééd. Dalloz, 2007, p. 15.

²⁴⁷⁶ HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, rééd. Dalloz, 2011, p. 236.

activité est protégée de l'interférence d'autrui »²⁴⁷⁷. Cet équilibre demeure ainsi relativement précaire et se retrouve par exemple dans la confrontation entre l'article 2 de la DDHC de 1789, se concentrant sur les droits naturels propres à l'homme avec l'éventualité d'une « résistance à l'oppression », et son article 4 prescrivant que ces mêmes droits ne sont positifs qu'à la condition d'émaner de la volonté générale²⁴⁷⁸. Que cela soit par le développement des droits subjectifs, ou par la crise de l'État providence, la démocratie témoigne d'une progression vers une prise en compte des intérêts particuliers au sein du groupe. Sur le plan politique, se dévoile alors une sorte d'abdication à promouvoir l'*idem* associé à la volonté générale par un « peuple-principe » rassemblé autour de l'idée de nation²⁴⁷⁹, afin d'opter pour un gouvernement démocratique soucieux de reconnaître l'existence et la singularité de toutes les factions composant le peuple. La performance de ce modèle de « démocratie d'équilibre »²⁴⁸⁰ est ainsi interprétée au sein de l'ordre juridique au regard de l'élaboration, l'étendue et l'effectivité du corpus des droits fondamentaux, et en fonction de la diversité catégorielle de leurs titulaires, désormais justiciables. Femmes, enfants, mineurs, handicapés, travailleurs, syndicat, minorités linguistiques, ethniques ou religieuses sont autant d'exemples de cette diversification et de cette subjectivisation des droits fondamentaux ; laquelle a d'ailleurs été largement initiée et favorisée par l'Union européenne et le Conseil de l'Europe²⁴⁸¹. L'objectif de lutte contre les inégalités génère, autrement dit, une sorte de singularisation des catégories de sujets afin de répondre à leurs besoins spécifiques²⁴⁸², au risque, selon certains points de vue, de placer les droits

²⁴⁷⁷ GUILLARME (B.), « L'individu et le groupe », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 33.

²⁴⁷⁸ RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1988, pp. 399-404 ; KOUBI (G.), « Du droit de résistance à l'oppression au droit à l'insurrection : un droit de révolution ? », in GAMBRELLE (F.), TREBITSCH (H.) (dir.), *Révolte et société*, Paris, publications de la Sorbonne coll. Histoire au présent, 1989, pp. 123-130.

²⁴⁷⁹ En ce sens, ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, *op. cit.*, spéc. pp. 35-55.

²⁴⁸⁰ MACPHERSON (C. B.), *Principes et limites de la démocratie libérale*, *op. cit.*, pp. 99-103.

²⁴⁸¹ Du côté de la Convention EDH, tout d'abord, l'obligation de non-discrimination à l'égard des personnes issues de minorités est garantie par l'article 14, dont l'application est combinée aux autres dispositions de la convention. Aux termes du présent article, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». La Cour, quant à elle, a accepté pour la première fois cette protection dans son arrêt *Chapman* à propos des « gens du voyage » (CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95). Du côté du droit de l'Union, la prohibition des discriminations, directes ou indirectes a été consacrée à l'article 13 du TCE, puis reprise aujourd'hui à l'article 19 du TFUE, et protégeant « toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Sur ce point, voir : BEAUDOUIN (Ch.), *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2014, spéc. pp. 454-480.

²⁴⁸² Voir en ce sens, ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003, pp. 67-349. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1.

fondamentaux dans « l'arène de l'illimitation »²⁴⁸³, amenant vers « une société de défiance mutuelle »²⁴⁸⁴. Faisant notamment écho à la critique villéenne des droits subjectifs²⁴⁸⁵, cette particularisation juridique des destinataires interroge le principe autonomie en ce qu'elle conduirait à la négligence de l'aspect communautaire de la démocratie, fondement politique garantissant l'unité du peuple²⁴⁸⁶.

412. L'effacement juridique de la dichotomie entre « je » et « nous ». La traduction en termes de droits fondamentaux de la distinction entre « je » et « nous » amène néanmoins à constater une catégorisation des droits qui dépasse la traditionnelle dichotomie entre droits subjectifs et objectifs²⁴⁸⁷. Il est possible de discerner, tout d'abord, les droits individuels s'exerçant individuellement et les droits individuels ne s'exerçant que collectivement. En effet, la liberté collective concerne le cas où le droit subjectif de chacun des membres d'un groupe est mis en commun pour la réalisation d'un objectif ou la satisfaction d'un intérêt. Cette mise en commun est la condition d'exercice du droit subjectif en question. En d'autres termes, « le titulaire serait toujours l'individu et l'exercice l'apanage du collectif »²⁴⁸⁸. Il s'agit, par exemple, de la liberté de réunion, de culte, de manifestation, d'association, d'élection ou d'enseignement. Ensuite se distinguent les droits des groupes qui, à la différence de la liberté collective, se matérialisent par l'identification de titulaires ou de bénéficiaires de droits en fonction de caractères objectifs communs. Ils peuvent se constituer au regard du droit de la vulnérabilité

²⁴⁸³ GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 2002, p. 113.

²⁴⁸⁴ BEAUDOUIN (Ch.), *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 451.

²⁴⁸⁵ VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, rééd. Quadrige, 2014, p. 153.

²⁴⁸⁶ La critique de l'« ultra-subjectivisme » provoqué par le paradigme « droit-de-l'homme » de la démocratie se retrouve, par exemple, chez Marcel GAUCHET. Par le phénomène de subjectivisation de la société, les droits de l'homme s'incarnent, tout d'abord, en pourfendeurs de la Politique, entendue comme principe fondateur d'une communauté. Il s'ensuit l'oubli du collectif ; tel est la contrepartie à l'effervescence du paradigme droits-de-l'homme. Comme le présente, l'auteur, « une fois admis qu'il y a d'abord des individus, qu'il n'y plus au départ que des individus, comment penser leur coexistence, leur compossibilité à l'intérieur d'une société, comment obtenir, à partir de cette irréductible pluralité d'existences séparées, une somme collective viable ? » (GAUCHET (M.), « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, 1980, n° 3, p. 11). Mais ces derniers deviennent néanmoins « une politique », en ce qu'ils représentent ce consensus général autour duquel il est considéré comme indispensable de fonder une communauté. Le postulat est donc celui-ci : « pas de démocratie sans droits de l'homme » et « plus de droits de l'homme génère plus de démocratie ». Les droits de l'homme demeurent toujours l'illustration d'une démocratie se retournant contre elle-même. La fragmentation des revendications correspondant à l'affirmation des particularités des différentes fractions de la société provoque finalement l'incapacité de la démocratie à satisfaire ses projets. Ainsi se résume la contradiction : en construisant l'avènement du particulier, elle construit en même temps son incapacité à y répondre. Ainsi, elle « peut bien élargir les prérogatives de l'individu dans la société ; plus elle y parvient, plus la figure d'ensemble de la société des individus se dérobe dans sa cohérence ; moins elle est intelligible et gouvernable ». GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, p. 286.

²⁴⁸⁷ Sur cette question, voir par exemple : HAASCHER (G.), « De l'usage légitime — et de quelques usages pervers — de la typologie des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp. 25-46.

²⁴⁸⁸ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Cours, 6^e éd., 2020, p. 229.

concernant, par exemple, le handicap, la féminité ou l'orientation sexuelle. Il concerne également le droit des minorités de langue, de religion, d'ethnies, etc.²⁴⁸⁹ Enfin se démarquent les droits ayant pour titulaire la communauté dans son ensemble, dont l'exemple le plus significatif est aujourd'hui celui du droit de l'environnement²⁴⁹⁰. En termes de confrontation des intérêts, la recherche de l'équilibre est donc une entreprise politique. Juridiquement, le constat de cet équilibre s'opère quant à lui dans l'identification d'une pluralité de catégories de titulaires ou de bénéficiaires de droits qui, en cas de conflit, devront être conciliés par les interprètes authentiques reconnus par l'ordre juridique.

B. Le recours comme alternative au droit de résistance à l'oppression

413. « Résistance et obéissance, voilà les deux vertus du citoyen. Par l'obéissance il assure l'ordre ; par la résistance il assure la liberté »²⁴⁹¹. L'analyse du droit de résistance à l'oppression a pour intérêt qu'elle met en avant la reconnaissance de l'éventualité d'un conflit au nom d'une singularité face à la communauté et pour la communauté. Esquissé à l'article 2 de la Déclaration de 1789, il en est pourtant un des points noirs en ce que, tant par son origine que par sa signification, celui-ci n'est ni philosophiquement développé au moment de sa rédaction, ni véritablement exploité sur le plan juridique par la suite²⁴⁹². Selon ses proclamateurs, il n'est en effet pas question « de rendre tous les citoyens juges de la loi »²⁴⁹³. Illustrant l'hypothèse d'un conflit entre un intérêt particulier et un intérêt collectif (1), la faculté de rendre ce citoyen « juge de la loi » va trouver ensuite une substitution, dans l'idéologie libérale, tout d'abord, et une justification, ensuite, avec l'affirmation de l'État de droit. L'option d'une résistance à l'oppression va laisser place à l'institutionnalisation du doute légitime. Ce doute est celui qui fonde la possibilité de contestation. En cela, « le procès apparaît comme l'institution la plus apte qu'on ait imaginée pour générer le doute »²⁴⁹⁴. De la suspicion d'oppression, il se transforme en possibilité de contestation légale, et ce au nom de la garantie des droits. C'est

²⁴⁸⁹ Voir, CE, 21 décembre 2012, *Mme B A*, n° 332492 ; Cons. const., n° 2007-557 DC, 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration sociale*. Voir également, BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., pp. 230-233.

²⁴⁹⁰ Voir, par exemple : RINGELHEIM (J.), « Droits individuels et droits collectifs : avenir d'une équivoque », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., pp. 231-261.

²⁴⁹¹ ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2014, p. 162.

²⁴⁹² Voir, RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., pp. 399-404.

²⁴⁹³ LAMETH (A. de), Séance du 21 août 1789, *Archives parlementaires*, Paris, Paul Dupont, 1875, t. VIII, p. 464.

²⁴⁹⁴ SEVE (R.), « Douter c'est décider : nature et caractère constructif du doute », in TERRE (F.) (dir.), *Le doute et le droit*, op. cit., p. 123.

alors par le recours au juge que la « résistance » se transforme en requête, faisant de ce juge le médiateur institutionnel de la contestation des actes émanant de la puissance publique au nom des droits fondamentaux²⁴⁹⁵ (2).

1. La reconnaissance du conflit

414. Les fondements jusnaturalistes. La question du droit de résistance à l'oppression, au regard de son histoire, dévoile tout d'abord l'expression d'un problème historique et de philosophie politique²⁴⁹⁶. Historiquement, en effet, les fondements de la résistance à l'oppression furent l'objet de réflexions au Moyen-âge, en soulevant la question de la possibilité d'éviction des tyrans. La consécration s'opéra, ensuite, par la doctrine du droit naturel, notamment par les réflexions de GROTIUS²⁴⁹⁷, PUFENDORF²⁴⁹⁸, ou encore LEIBNIZ²⁴⁹⁹. C'est avec le jusnaturalisme moderne, et particulièrement celui de LOCKE et dans l'œuvre posthume de MABLY, *Des droits et des devoirs du citoyen*²⁵⁰⁰, que la résistance à l'oppression développe les racines de son sens juridique ultérieur. C'est d'ailleurs essentiellement selon un postulat jusnaturaliste que cette doctrine est véritablement pertinente. La légitimation du principe est

²⁴⁹⁵ Il ne s'agit pas ici d'une réflexion générale du droit de résistance à l'oppression, les propositions doctrinales sur le sujet demeurent à ce jour très complètes. Pour une vision d'ensemble du concept, nous renvoyons à la thèse du professeur DESMONS. Voir, DESMONS (É.), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie de droit positif*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 1999, 239 p.

²⁴⁹⁶ Voir à ce propos, DESMONS (É.), « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, 2015, n° 55, pp. 32-40.

²⁴⁹⁷ GROTIUS (H.), *De jure belli ac pacis. Le droit de la guerre et de la paix*, Livre I, chap. IV.

²⁴⁹⁸ PUFENDORF (S. von), *Les Devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils sont prescrits par la loi naturelle*, trad. du latin par J. Barbeyrac, Amsterdam, Leipzig, Arstée et Merkus, 1756, XXXIII. La conception de PUFENDORF, comme celle de GROTIUS d'ailleurs, n'est cependant pas absolue. C'est en quelque sorte une conception exigeante dans ses critères. Comme l'explique Christian FAURE, « il ne suffit pas de soigneusement établir la réalité de l'oppression, il fait également apprécier l'opportunité de l'acte de résistance qui peut plonger la société dans des maux pires que ceux qu'il prétendait combattre - cet acte est juste, mais est-il utile ? C'est sous ce double critère que le droit au tyrannicide est envisagé par Grotius et Pufendorf ». FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, op. cit., p. 27.

²⁴⁹⁹ LEIBNIZ énonce expressément suivre la pensée de GROTIUS sur ce point, n'admettant l'action de résistance qu'à des cas limites. Le philosophe allemand est, en effet, contre la séparation des intérêts entre le Prince et les sujets. Cette position découle notamment du fait que sa philosophie postule le primat de l'ordre social. Comme celui-ci le dit lui-même, « j'ai coutume de dire qu'il serait bon que les princes fussent persuadés que les peuples ont le droit de leur résister et qu'au contraire les peuples fussent persuadés de l'obéissance passive. Cependant je suis assez du sentiment de Grotius et je crois que régulièrement on doit obéir, le mal de la révolte étant ordinairement incomparablement plus grand que ce qui en donne sujet. J'avoue pourtant que le prince peut aller à un tel excès, et mettre le salut de la république en un tel danger, que l'obligation de souffrir cesse. Mais ce cas est bien rare [...] ». LEIBNIZ (G. W.), « Lettre à M. de Boinebourg », Hanovre, novembre 1695, in *Commercii epistolici Leibnitiani typis nondum vulgati selecta specimina*, Hanovre, Sumbitus Fratrum Hahn., 1805, p. 402.

²⁵⁰⁰ Pour MABLY, le droit de résistance est le moyen par lequel les droits imprescriptibles de l'individu sont garantis par-delà les lois positives. Il y prône la reconnaissance d'un droit individuel de « réformer ». Considérant que la nation dispose d'une souveraineté illimitée, entendue comme « l'indépendance absolue, ou la faculté de changer ses lois selon la différence des conjonctures et les différents besoins de l'État », il en conclut que le peuple « est donc éternellement en droit d'interpréter son contrat, ou plutôt ses dons ». BONNOT DE MABLY (G.), *Des droits et des devoirs du citoyen*, introduit et annoté par J.-L. Lecercle, Paris, Librairie Marcel Didier, 1972, pp. 75-76.

effectivement, selon ce point de vue, appréhendée comme plus convaincante dès lors qu'il est considéré que la loi naturelle incarne la vérité du droit. Elle fonde *in extenso* l'éventualité d'une errance du souverain à satisfaire la garantie des droits naturels de l'individu. *A contrario*, à l'instar du positivisme, de ses prémisses chez HOBBS jusqu'à KELSEN notamment, il est considéré que la signification du droit est corrélative à un acte de volonté. Il demeure inconcevable de postuler un sens « vrai » à une norme juridique²⁵⁰¹. La signification de la norme n'est seulement appréhendée que selon une interprétation donnée à une norme par un interprète authentique²⁵⁰². Outrepassant cette mission fondamentale, il est alors considéré que l'individu peut légitimement se préserver de l'obéissance, en cas d'atteinte à ce que LOCKE appelle les « propriétés » de l'individu²⁵⁰³.

415. Une juridicisation relative. Si, par la suite, la juridicisation de ce « droit » dans la Déclaration de 1789 s'est avérée compliquée et très relative²⁵⁰⁴ et si son effectivité en droit positif reste limitée²⁵⁰⁵ et principalement cantonnée au droit de désobéissance du fonctionnaire pour la sauvegarde de l'intérêt public et non contre le régime républicain, il incarne politiquement la possibilité de faire valoir un élément de subjectivité face au pouvoir. Interdit, par principe, par la Cour de cassation en 1817²⁵⁰⁶, l'effectivité juridique de ce droit a alors été principalement réduite par le Conseil constitutionnel en 1982 à la possibilité pour un fonctionnaire de désobéir à un ordre illégal²⁵⁰⁷. La difficulté qui se pose, enfin, se révèle par un élément d'a-systémie dans la Déclaration en ce que le droit de résistance prévu à l'article 2 entre en contradiction avec l'article 7 qui prévoit l'obligation d'obéir à l'expression de la volonté générale sous peine de se voir sanctionné de résistance²⁵⁰⁸. La résistance du droit par le droit

²⁵⁰¹ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 83-92.

²⁵⁰² DESMONS (É.), « Droit de résistance et histoire des idées », *op. cit.*, p. 39.

²⁵⁰³ LOCKE (J.), *Second traité du gouvernement civil*, 1690, chap. IX.

²⁵⁰⁴ Selon le professeur RIALS, la limitation de ce droit s'aperçoit déjà dans l'esprit du constituant. Au regard des débats relativement succincts, « il ne devait s'agir que d'un droit ouvert à titre exceptionnel et qui, singulièrement, devait viser un "Exécutif" toujours soupçonné et non un "Législateur" intrinsèquement libérateur ». RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 400.

²⁵⁰⁵ WACHSMANN (P.), « Un sujet de droit peut-il se révolter », *APD*, 1989, n° 34, pp. 97-102. Voir également, BENOIT-ROHMER (F.), WACHSMANN (P.), « La résistance à l'oppression dans la déclaration », *Droits*, 1989, n° 8, spéc. pp. 91-99 ; GROSBON (S.), « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : anthologie juridique et oxymore politique », in LOCHAK (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris X, 2008, pp. 139-163.

²⁵⁰⁶ Cass, *Boissin*, 1817, S., 1817, I, p. 188.

²⁵⁰⁷ Voir, par exemple : Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 13 et 16 ; DESMONS (É.), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie de droit positif*, *op. cit.*, spéc. pp. 98-174 ; DESMONS (É.), « Le droit de résistance du fonctionnaire », *op. cit.*, p. 104.

²⁵⁰⁸ En ce sens, KOUBI (G.), « Penser le droit de résistance à l'oppression ». Disponible à l'adresse : http://www.koubi.fr/IMG/pdf/Penser_le_droit_de_resistance_a_l_oppression_-_2000.pdf.

pointe ici un paradoxe propre au principe démocratique et montre son inadaptation au système juridique (et politique) dans lequel elle s'insère, en laissant sous-entendre un aveu de faiblesse de la part du législateur. « Reconnaître un droit de résister au pouvoir est évidemment contradictoire avec l'idée de sujétion »²⁵⁰⁹. Ce paradoxe est d'ailleurs déjà opposé par Thomas HOBBS, pour qui le souverain représente la garantie de l'unité et l'accord des volontés entre les individus. Selon la conception hobbesienne, en effet, « c'est la représentation qui institue la souveraineté et non l'inverse [...] Le Représentant nous ressemble d'autant plus qu'il est un géant à silhouette humaine, qui "avale" l'ensemble des individus »²⁵¹⁰. Dès lors, si l'unité n'existe que par le souverain, il est illogique de penser un droit de résistance, car il demeure impossible de s'opposer à la volonté préalable qui crée le corps²⁵¹¹. Principe plus moral que juridique, il met donc en avant l'idée que « tout pouvoir politique est institué par une communauté en vue de son propre bien ; là où ceux qui sont chargés du gouvernement trahissent cette mission et utilisent le pouvoir qui leur est confié pour opprimer le peuple, celui-ci tient de la nature le droit de s'opposer à ses gouvernants, de tenir leurs actes pour nuls, de leur résister (au besoin par la force), de les déposer et de les juger pour leurs méfaits »²⁵¹². La faculté de confronter un intérêt subjectif arguant de l'intrusion d'un intérêt plus général émanant du pouvoir est ainsi reconnue dans son principe. Or, si cette revendication est vouée à profiter *in fine* à l'ensemble de la collectivité, ou tout du moins aux autres situations particulières assimilées, cette résistance du droit par le droit, offerte aux sujets, finit par prendre une autre dimension. C'est alors en se tournant vers une autorité étatique tierce au pouvoir que la « résistance » prend la forme d'une contestation légitime.

2. La « résistance » par la contestation juridictionnelle

416. Une substitution par la garantie des droits. L'identification du système juridique aux prérogatives de l'État de droit — principalement les principes d'autolimitation, de responsabilité de l'État, de suprématie de la Constitution et de garantie juridictionnelle des droits fondamentaux — a, pour ainsi dire, dépossédé le droit de résistance en tant que droit (et en tant principe moral), pour ériger le juge protecteur des droits fondamentaux comme

²⁵⁰⁹ WACHSMANN (P.), « Un sujet de droit peut-il se révolter ? », *op. cit.*, p. 90.

²⁵¹⁰ JAUME (L.), « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 12-13.

²⁵¹¹ HOBBS, *De cive*, Livre VI, chap.1 et Livre XII, chap. 8. Voir également, JAUME (L.), *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1986, pp. 143-144.

²⁵¹² SPITZ (J.-F.), « Droit de résistance », in RAYNAUD (PH.), RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, Quadridge, 2015, p. 169.

alternative et moyen procédural de contester les abus émanant des organes de l'État. Le référentiel premier devient alors la garantie des droits prévue à l'article 16 de la Déclaration. « Le droit naturel de résistance s'est transformé en droit positif d'attaquer en justice les organes de l'État »²⁵¹³. Autrement dit, le projet initial de destituer les gouvernants trahissant leurs mandats, laisse place à des mécanismes procéduraux destinés à freiner ou censurer leur volonté exprimée dans des actes juridiques. L'émancipation de la fonction juridictionnelle et la diversification des droits fondamentaux justiciables font que l'hypothèse du conflit d'intérêts entre le « je » et le « nous » a changé de sens²⁵¹⁴. Cette tension n'est plus vraiment un paradoxe démocratique, mais en devient un paradigme associant démocratie et État de droit. Tel est le mot d'ordre de la démocratie constitutionnelle qui prend, selon ces préceptes, la justiciabilité des droits comme condition. Principalement impulsé par la doctrine des droits publics subjectifs, avec l'émancipation du recours pour excès de pouvoir à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, le développement, ensuite, des recours supranationaux après la Seconde Guerre mondiale et, enfin, l'apparition du contrôle de constitutionnalité (*a priori* puis *a posteriori*), induit que le paradigme de la revendication juridictionnelle des droits ne se fait plus sous couvert de droits naturels et imprescriptibles simplement proclamés, mais au regard de droits fondamentaux positifs consacrés par l'ordre juridique.

417. L'État de droit comme paradigme de substitution. En tant que modèle politique, il devient celui de la « défiance » démocratique²⁵¹⁵, où la revendication des droits de l'homme est considérée comme un des engrenages de la démocratie. Là s'impose le principe d'État de droit. En tant que modèle juridique, il fait du juge un moyen procédural privilégié de contestation d'une atteinte à un droit fondamental qui, par son action, lui permet de partir d'une situation particulière pour la traduire en termes strictement juridiques et finalement lui donner résonance au sein de l'ordre juridique dans son ensemble²⁵¹⁶. Ainsi réapparaît, à son tour, le phénomène de rétroaction négative. Tout d'abord, la revendication d'un droit contre un organe de l'État s'opère et se justifie selon le droit positif et est assurée par les garanties inhérentes au

²⁵¹³ BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 51.

²⁵¹⁴ « D'une certaine manière, la théorie de l'État de droit — qui suppose que tout conflit politique trouve une issue juridique devant le juge — neutralise et dépasse les doctrines du droit de résistance à l'oppression. Dès lors, plus l'accès au juge et plus la justiciabilité des actes du pouvoir sont grands, moins l'idée d'un droit de résistance apparaît comme légitime, efficace et souhaitable (sauf à expliquer que, le résistant c'est le juge...) : pour les individus, l'enjeu politique devient l'accès au prétoire, utilisé comme une tribune (ce que permet la désobéissance civile). Le "citoyen vigilant" prend alors les traits du requérant, de l'avocat ou du juge... ». DESMONS (E.), « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, 2015, n° 55, p. 32.

²⁵¹⁵ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., 344 p.

²⁵¹⁶ Sur ce point, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, chap. 2.

standard de justiciabilité. Ensuite, la tension entre les intérêts subjectifs et objectifs est rationalisée institutionnellement par le tiers juridictionnel venant trancher le conflit. Par les compétences qui lui sont conférées par l'ordre juridique, l'autorité de ses décisions vient sceller de manière plus ou moins générale la correction apportée aux droits et contribue à faire évoluer le droit entendu objectivement. De cette manière, l'antagonisme construit, selon une certaine philosophie politique sur les rapports entre le pouvoir et la société, peut finalement s'avérer fécond.

§ 2. L'antagonisme « fécond »²⁵¹⁷

« Le premier progrès d'un esprit saisi d'étrangeté est de reconnaître qu'il partage cette étrangeté avec tous les hommes et que la réalité humaine, dans sa totalité, souffre de cette distance par rapport à soi et au monde. Le mal qui éprouvait un seul homme devient peste collective. Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, la révolte joue le même rôle que le "cogito" dans l'ordre de la pensée : elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lieu commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes »²⁵¹⁸.

418. La posture de l'*Homme révolté* est celle de l'homme dans son rapport à l'autre et, plus largement, à la communauté. Elle présuppose, non pas l'impossible scission l'homme et du groupe, mais plutôt réfection continue d'un tissu de relations intersubjectives. Les mots de CAMUS viennent, en quelque sorte, poser les conditions d'une repolitisation des revendications individuelles par leur indissociabilité par rapport à la communauté. La fécondité de l'antagonisme entre le « je » et le « nous » renvoie plus précisément au problème inhérent au dualisme société/État, tel que posé par la pensée libérale. La distinction entre l'individu et le groupe sert simplement, et préalablement, à constater l'existence d'intérêts, juridiquement formalisés sous la forme de permission d'agir, propres à des titulaires de droits particuliers et d'autres propres à un groupe. L'idée d'antagonisme est également inhérente à la démocratie en ce que, par le conflit « procéduralisé », elle met constamment en balance « l'équilibre je-nous »²⁵¹⁹ à l'épreuve de la confrontation des droits. Cette logique compromissaire permet de comprendre la spécificité du concept d'autonomie par la correction du droit. En postulant l'assimilation de l'État à une « unité organisée d'action »²⁵²⁰, il est considéré une relation de réciprocité entre l'un et le tout, s'exerçant sous le prisme du conflit juridictionnel, lequel prend une fonction de *medium*. Il s'agit là d'une performance de préceptes libéraux qui ont intégré l'idée de démocratie moderne. Ces derniers prescrivent, en effet, un paradigme selon lequel la

²⁵¹⁷ L'expression est ici reprise d'une formule de Norberto BOBBIO. Voir, BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, *op. cit.*, p. 34.

²⁵¹⁸ CAMUS (A.), *L'Homme révolté*, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de La Pléiade, t. III, 2006, p. 79.

²⁵¹⁹ ÉLIAS (N.), *La société des individus*, *op. cit.*, p. 34.

²⁵²⁰ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 184.

légitimité d'un gouvernement n'est pleinement assurée qu'à partir de l'instant où le peuple dispose d'un droit de regard ou de contestation contre les abus de la puissance publique. C'est notamment ce qui a abouti à la formation de concepts visant à requalifier la démocratie en « démocratie de contestation »²⁵²¹, ou encore en « contre-démocratie »²⁵²². Selon une démarche téléologique, le conflit participe et est indispensable à l'autonomie en ce qu'il suscite des réajustements constants à l'équilibre précaire entre le particulier et le général. Il prend appui sur une logique d'inspiration lockienne selon laquelle le droit est le fruit d'un travail permanent de reconstruction, d'argumentation et de contre argumentation, produit collectivement par les individus. De cette manière, il est ainsi rejeté toute forme de vérité ou d'immutabilité sur le plan politique ou juridique²⁵²³. Le conflit juridictionnel arbitre le conflit en se fondant sur le principe du consentement critique (A). C'est sous ces traits qu'il devient processus de repolitisation de la démocratie. Si, en outre, le conflit d'intérêts entre l'Un et le Multiple se formalise selon un conflit au nom des droits fondamentaux, il expose également, sur le plan formel, une relation entre titulaire et obligé. En réhabilitant la place décisive des droits fondamentaux pour le principe d'autonomie, ledit conflit montre que la relation entre titulaire particulier et collectif de droits appelle obligatoirement un champ de responsabilité de l'un envers l'autre. Autrement dit, par les droits fondamentaux, cet antagonisme participe à la formation d'un effet de responsabilisation (B).

A. Le principe du consentement critique

419. L'idée d'un « consentement critique », telle que proposée par Hanna ARENDT²⁵²⁴, se présente comme une posture politique prônant l'autonomie de la communauté et la légitimité du pouvoir selon une logique d'actualisation par la remise en question. Elle s'appuie sur une vision dynamique, et non statique, de la communauté politique, en imposant un impératif d'actualisation au fondement du pouvoir. Celle-ci présuppose, d'une part, la garantie démocratique d'une représentation des volontés et, d'autre part, la faculté pour les sujets de revendiquer des droits bafoués ou oubliés. À cela, un équilibre doit être trouvé entre deux

²⁵²¹ PETIT (Ph.), « Republican liberty and contestatory democratization », in SHAPIRO (I.), HACKER-CORDON (C.) (dir.), *Democracy's Value*, Cambridge, University Press, 1999, pp. 163-190.

²⁵²² ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, *op. cit.*

²⁵²³ Voir, MINEUR (D.), « Qu'ont en commun des citoyens en désaccord avec la justice ? Une conception procédurale de la raison publique », *Philosophiques*, 2019, vol. 46, n° 1, p. 17.

²⁵²⁴ ARENDT (H.), *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, Paris, Calman-Lévy, coll. Agora, 2012, pp. 84-104.

dangers menaçant la démocratie : « soit l'exacerbation du conflit, soit son occultation »²⁵²⁵. Dès lors, à cette forme de contestation, le recours juridictionnel se voit octroyer deux fonctions politiques : une fonction d'équilibrage, en arbitrant la confrontation des intérêts portés devant lui, et une fonction de progrès, en supposant les luttes individuelles et isolées pour le droit concourent à l'émancipation et au renforcement de l'autonomie collective. Dès lors, le sujet réinvestit le champ politique « dans la mesure où son identité se définit par des droits qui ne sont pas fixés une fois pour toutes, mais conquis par des combats, non pas contre l'institution en tant que telle, mais contre la pétrification de l'institution »²⁵²⁶. Cette posture bénéficie d'un fond idéologique très fort et varié. Afin de comprendre la méthode et les finalités d'un tel positionnement, il convient préalablement de présenter quelques exemples significatifs de démarches axiologiques prônant l'idée de ce « consentement critique » (1). Ceci fait, il revient alors de confronter ces théories aux possibilités présentées par une démarche positiviste (2), afin d'apprécier comment elles se concrétisent et quel prisme elles proposent pour interpréter le droit.

1. Exemples de démarches axiologiques

420. Le retour du conflit comme fondement. L'idée de concevoir, à l'instar d'Hannah ARENDT, la démocratie sous le principe du « consentement critique »²⁵²⁷ conduit à proposer une vision prescriptive de l'autorité et de la légitimité en admettant que le consentement au pouvoir est conditionné par la possibilité pour les membres du corps social d'exprimer leurs désaccords. Ce postulat montre en même temps ce trait caractéristique de la démocratie, alliant à la fois consensus général, et dissensus particuliers²⁵²⁸. L'institutionnalisation du conflit fait que

²⁵²⁵ OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 263.

²⁵²⁶ COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », op. cit., p. 237.

²⁵²⁷ ARENDT (H.), « La désobéissance civile », in *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, op. cit., pp. 84-104. L'idée du consentement critique ressort des réflexions d'ARENDT relative aux fondements du droit à la désobéissance civile. L'idée d'un consentement, considéré comme incontestable, fondant la légitimité du pouvoir, est rejetée pour une vision plus relative. L'auteur propose une conception du consentement renouvelée. Selon ce postulat, la désobéissance civile serait, par exemple, dans certains cas, la manifestation conjoncturelle d'une mutation du consentement, que le système peine à appréhender en raison des principes régissant le régime représentatif ; régime figeant le consentement selon des intervalles déterminés. Pour une vision d'ensemble, voir : QUELQUEJEU (B.), « La nature du pouvoir selon Hannah Arendt. Du "pouvoir-sur" au "pouvoir-en-commun" », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2001, t. 85, pp. 511-527.

²⁵²⁸ C'est par exemple l'hypothèse qui ressort de la thèse proposée par Georg SIMMEL, pour qui le développement des sociétés mène inévitablement au conflit et aux aspirations diverses d'intérêts particuliers face à la communauté. Néanmoins, et en même temps, le besoin de lien social chez l'individu le pousse toujours à la recherche d'une forme de coopération. Ainsi, dit-il, « le conflit juridique ne montre pas moins que le combat ludique du rapport réciproque entre la dualité et l'unité de la relation sociale ; et c'est parce que le combat est circonscrit et porté par la rigoureuse

le système se nourrit finalement de cet antagonisme²⁵²⁹. « On peut dire aussi que les deux ordres se renforcent et se limitent mutuellement : le conflit menace, nourrit et légitime le droit ; à l'inverse, le droit, s'il réduit le conflit, contribue aussi à le mettre en scène et lui donner droit de cité »²⁵³⁰. La fécondité de ce dernier se retrouve de manière caractéristique dans la doctrine de JHERING par l'adoption d'une vision morale du droit. Tout d'abord, le penseur allemand considère le droit, non pas comme un produit brut de l'histoire, mais comme étant le fruit de l'action concrète de l'homme en son sein. Le rapport entre le particulier et le collectif est ensuite centré sur une éthique de l'individu, selon laquelle la lutte pour le droit s'anime par le caractère moral de la préservation de soi. Dans cette logique, l'action d'un individu pour son droit est orientée vers une finalité plus générale, animée par un certain « sentiment du droit »²⁵³¹, où « la défense du droit est un devoir envers la société »²⁵³². La revendication des droits est ainsi orientée selon un certain *affectio societatis*, comme prédisposition morale idéale de l'individu.

421. Des caractères prescriptifs et idéalistes. La traduction de cette image, d'un sempiternel mouvement de perfectionnement mutuel entre l'individu et la communauté, fait de cette thèse une thèse prescriptive et idéaliste ; d'une part, en ce qu'elle présuppose une certaine posture morale chez l'individu et, d'autre part, parce qu'elle ne dévoile pas la possibilité de discerner si la démarche de ce dernier, en son for intérieur, est tournée *in fine* vers la défense plus objective du droit de la société ou si celle-ci est exclusivement tournée vers un intérêt égoïste. Dans ce dernier cas, la lutte pour le droit perd toute sa noblesse. Cette volonté de pouvoir concevoir l'enrichissement mutuel entre le tout et les parties s'oriente autour d'une sorte de mise à l'épreuve censée rendre le droit objectif plus fidèle aux aspirations de la société. Il s'agit là d'un présupposé libéral assez courant. Dans cette même optique, par exemple, Wilhelm von HUMBOLDT rappelle que « la forme naît de la combinaison des matières. Plus la matière abondante et variée, plus la forme est sublime »²⁵³³. Cette pensée prescrit, en effet, que l'action du pouvoir de l'État doit se limiter à la sûreté et à l'éducation de sorte à laisser à l'individu suffisamment de libertés privées pour favoriser son épanouissement intellectuel et moral. Cette émancipation est par-là même engagée au service d'une idéologie du progrès de

unité des normes et des contraintes communes qu'il devient extrême et absolu ». SIMMEL (G.), *Le conflit*, Trad. S. Muller, Circé, Poche, 2015, p. 47.

²⁵²⁹ Voir, *supra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 1, sect. 2, §2, A.

²⁵³⁰ OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, *op. cit.*, p. 490.

²⁵³¹ JHERING (R. von), *La lutte pour le droit*, présentation d'O. Jouanjan, Paris, Dalloz, 2006, p. 21.

²⁵³² *Ibid.*, p. 54.

²⁵³³ HUMBOLDT (W. von), *Essai sur le limites de l'action de l'État*, trad. H. Chrétien et révisé par K. Horn, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2004, p. 29.

l'ensemble du groupe. « L'utilité des liens de ce genre pour le progrès de l'homme est toujours fondée sur le degré auquel l'indépendance que garde chacune des parties se maintient en même temps que l'intimité de leur union »²⁵³⁴. De son côté, la démarche de JHERING a néanmoins le mérite d'appréhender une certaine unité du droit. En partant de la confrontation entre les droits subjectifs et le droit objectif, elle confirme que les droits subjectifs se fondent sur le droit objectif, mais également qu'ils participent par leur multitude et leur diversité à les faire évoluer. La posture épistémologique employée ne fait cependant pas oublier en quoi l'idée de principe est intéressante : les contestations particulières contribuent aux mutations du droit.

2. Les possibilités d'une démarche positiviste

422. Les prémisses. S'écarter d'une démarche politique associant la lutte individuelle pour le droit comme idéologie du progrès collectif pour s'orienter vers une démarche positiviste nécessite de se réorienter vers trois points principaux. Premièrement, au-delà de l'articulation entre libertés négatives et libertés positives, qui d'une certaine manière peut être réduite à une relation entre un titulaire ou un bénéficiaire de droit et un obligé, il est possible de constater que la subjectivisation du droit et la diversification des procédures juridictionnelles permet simplement de multiplier les occasions possibles, pour des justiciables, de faire contrôler la conformité des normes entre elles au sein de l'ordre juridique. Il s'agit alors d'un phénomène intrinsèquement procédural opérant au sein des temporalités de l'ordre juridique²⁵³⁵. C'est sur ce point que la contestation individuelle peut être perçue comme « bénéfique » par sa participation à la correction, et donc, à l'évolution du droit. Là est toute la logique des recours dits « individuels » de droit public, ou autrement dit de nature objective, comme le recours pour excès de pouvoir, la question prioritaire de constitutionnalité ou encore les recours devant la CJUE ou la Cour EDH. Maurice HAURIOU l'énonçait déjà dans sa note sous l'arrêt *Chabît et Commune de Massas* en 1904, lorsqu'il considérait par exemple l'ouverture du recours pour excès de pouvoir comme « un moyen de bonne administration, une procédure contentieuse d'introspection administrative, une sorte d'action publique ou populaire, l'individu qui la met en mouvement agissant dans l'intérêt de tous »²⁵³⁶. Il s'agit ici d'un postulat posant les conditions spécifiques d'une repolitisation. Le modèle juridictionnel se légitime par sa distance

²⁵³⁴ *Ibid.*, p. 28.

²⁵³⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, Sect. 2, §1.

²⁵³⁶ HAURIOU (M.), note sous CE, 24 juillet et 7 août 1903, *Chabît et Commune de Massas*, S., 1904, III, p. 1.

vis-à-vis du politique. Or, par ses mécanismes, la contestation juridictionnelle construit une forme spécifique de politique (une *autre* forme de politique), puisqu'elle participe à l'évolution des normes qui touchent de près ou de loin, en fonction du recours concerné, aux droits de la communauté dans son ensemble. Allant plus loin, le fait même qu'il y ait possibilité ouverte pour tout justiciable de susciter la correction des normes édictées par les pouvoirs constitués suffit à donner à la démarche un caractère politique. C'est là le renouveau inévitable de la modernité, laquelle s'inscrit dans « un mouvement profond qui affecte le fonctionnement des démocraties contemporaines, selon lequel l'expression de la volonté générale n'est plus le monopole des seuls élus, mais se construit aussi autour d'eux »²⁵³⁷.

423. Les concrétisations. Le raisonnement finaliste, alloué à ce type de recours, ne doit pas faire oublier qu'il s'agit d'une relation de droit, sous forme de conflit « procéduralisé ». Ce sont les droits en cause et les pouvoirs dont dispose le juge qui participent au caractère objectif de ces recours. Se retrouve, deuxièmement, la fonction de dissension allouée aux droits fondamentaux²⁵³⁸. Assurant, aux limites d'une sphère individuelle de droit, que les intérêts individuels ne soient pas annihilés par les intérêts collectifs, elle garantit une permission d'agir pour un particulier, ou pour une minorité, d'opposer ses droits à la majorité. Décisive, cette fonction illustre concrètement un aménagement du système juridique destiné à trouver un équilibre entre les intérêts particuliers et les intérêts collectifs. L'interaction entre ces deux, par le biais des droits fondamentaux, amène troisièmement à finir sur le principe libéral de distinction entre la société et l'État. Si, en effet, l'ordre juridique organise, par exemple, une certaine catégorisation des titulaires de droits individuels ou collectifs, physiques ou moraux, l'articulation et la conciliation des droits de chaque entité conduisent finalement à « sauvegarder la liberté individuelle et collective » en uniformisant la conciliation entre ces deux au sein de l'ordre juridique. En d'autres termes, la conciliation conduit à une médiation des intérêts demeurant bénéfiques autant aux libertés individuelles qu'aux libertés collectives et crée un système d'interactions ou de « médiations »²⁵³⁹ constantes entre les destinataires des droits et les organes de production de ces droits. Cette idée de médiation est d'ailleurs déjà présentée par Georg JELLINEK lorsque celui-ci présuppose que le droit ne peut être valablement

²⁵³⁷ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 121.

²⁵³⁸ PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 383.

²⁵³⁹ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Réunis, traduits et présentés par O. Jouanjan, Paris, LGDJ, Bruylant-Bruxelles, coll. La pensée juridique, 2000, p. 188.

considéré comme effectif qu'à la condition de faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle entre les organes producteurs et les destinataires. Aussi déclare-t-il que « l'attribution par l'État de droits aux individus est un acte de reconnaissance. Réciproquement, l'acceptation par les individus de la norme de l'État est tout autant un acte de reconnaissance qui donne à leur obéissance une qualité subjective sans laquelle il n'y a pas véritablement de droit »²⁵⁴⁰. Cette logique a trouvé son illustration la plus significative en droit allemand. En effet, le phénomène peut être assimilable à ce que la Cour de Karlsruhe a nommé la « chaîne ininterrompue de légitimation »²⁵⁴¹, ou la confrontation constante par la voie juridictionnelle entre le peuple et le pouvoir constitue un élément central de légitimité démocratique. Celle-ci a par exemple spécifié que « dans une démocratie, la formation de la volonté politique doit aller dans le sens du peuple aux organes de l'État, et non dans le sens inverse des organes de l'État au peuple »²⁵⁴². Elle rappelle sans interférences que le peuple est source et fin du droit, mais implique concomitamment que de telles prérogatives s'accompagnent d'une certaine responsabilité.

B. L'effet de responsabilisation

424. L'effet de responsabilisation par les droits fondamentaux présente l'opportunité d'un retour à l'étymologie, afin d'en dessiner les fonctions. Conformément à sa racine latine « *respondere* », la responsabilité suppose littéralement l'idée de réponse. Par le sous-entendu d'une confrontation, elle est un rappel à l'extranéité et à l'altérité dont est condamné le sujet²⁵⁴³. L'association entre les deux concepts permet de mettre en évidence un rapport de droit,

²⁵⁴⁰ JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Première partie), Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, rééd. 2005, p. 82.

²⁵⁴¹ Il « découle du principe démocratique que la décision issue de la volonté du peuple doit être à la base de toute construction étatique ». BVerfGE 1, 14 [41] II.

²⁵⁴² BVerfGE 20, 56 [99] II.

²⁵⁴³ Cette idée est par exemple au fondement de l'idée philosophique de responsabilité, et renvoie au dilemme de l'autonomie par les droits de l'homme qui, en tant qu'idéologie, présuppose un rapport entre un sujet et l'autre, et inmanquablement, entre un sujet et la communauté de sujets qui est à l'initiative de la reconnaissance de ses droits. L'idée d'altérité propre aux droits de l'homme trouve notamment un fondement philosophique chez Emmanuel LEVINAS qui, succédant à la pensée structuraliste des sciences sociales, plaide pour un retour au sujet. Revenant sur la formule de RIMBAUD (« *je est un autre* »), ce dernier voit la reconnaissance du sujet dans l'autre par la responsabilité. Le rapport à autrui fonde ainsi l'identité du sujet. Rejetant une vision solipsiste du sujet, facteur d'aliénation, je n'est donc pas l'autre ; au contraire, « *le sujet est pour l'autre* » (LEVINAS (E.), *Humanisme de l'autre homme*, Paris, Fata Morgana, coll. Biblio-essais, 1972, pp. 103-109). Les droits de l'homme constituent alors, à la fois le fondement idéologique, mais aussi concret du rapport de responsabilité entre *je* et *autrui*. Ils se manifestent « *à la conscience comme droit d'autrui et dont je dois répondre* ». Par suite, la liberté de l'individu est inmanquablement liée au rapport à l'autre ou au groupe. Derechef, elle est condition et limite à la liberté. Elle est génératrice d'une infinité de responsabilités ; « *responsabilité inépuisable, car on ne saurait être quitte envers autrui* ». LEVINAS (E.), « Les droits de l'homme et les droits d'autrui », in *Hors sujet*, Paris, Fata Morgana, coll. Biblio-essais, 1987, pp. 165-170.

intersubjectif, ou entre subjectif et objectif. Ils conditionnent, sous cet aspect, une conception particulière à l'autonomie, articulant la relation entre individuel et collectif. Pourtant, la promotion croissante des droits subjectifs s'est vu opposer une critique aujourd'hui bien connue²⁵⁴⁴ de dénonciation d'un effet de « déresponsabilisation » de l'individu (1). Le dualisme État/société, tel que construit par l'idéologie libérale, conduit à produire l'image d'un sujet refermé dans son individualité et délitant le lien communautaire fondateur de la démocratie. Mais la modernité juridique produit en même temps une nouvelle « conscience du droit »²⁵⁴⁵, basée sur la légitimité de la contestation au nom des droits subjectifs. Partant de là, cette subjectivisation du droit et la montée de l'individualisme libéral ne doivent cependant pas faire oublier qu'un droit subjectif reste un droit « en commun »²⁵⁴⁶ dans le sens où, s'il est octroyé individuellement, il l'est avant tout surtout de manière égalitaire entre chaque individualité incarnée en sujet de droit. C'est d'ailleurs cette forme d'altérité que rappelle opportunément

²⁵⁴⁴ Par exemple, LE DIVELLEC (A.), « La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ? », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, op. cit., pp. 93-111 ; DESMONS (É.), « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 26.

²⁵⁴⁵ Il s'agit, notamment, d'un objet d'étude récemment développé en sociologie du droit, notamment rassemblé sous l'école des *legal consciousness studies*. Elle est, en ce sens, « une sociologie fortement dépendante de l'univers juridique et conçue, à ce titre, comme une ingénierie sociale au service de l'amélioration du droit, droit de l'État à titre quasi-exclusif ». Elle pose ainsi la question de savoir « comment appréhender la complexité des formes d'appropriations matérielles, mais aussi mentales du droit dans les multiples façons dont les individus pensent et se sentent dans la société, dans l'immense diversité des pratiques dont le droit va faire l'objet dans des situations différentes, inspirées par des dispositions sociales et culturelles, des stratégies, des situations, etc. ? » (COMMAILLE (J.), LACOUR (S.), « Les Legal Consciousness Studies comme laboratoire d'un régime renouvelé de connaissance sur le droit », *Droit et société*, 2018, n° 100, pp. 549 et 551). Comme l'explique le professeur PELISSE, « le droit consiste en un répertoire complexe de significations et de catégories qui sont comprises différemment par les gens, en fonction de leurs expériences et de leur connaissance du droit. [...] Les manières dont les gens comprennent et utilisent le droit, je l'appelle leur conscience du droit [...] La conscience du droit est exprimée par l'acte d'aller au tribunal tout autant que par le discours tenu à propos des droits et du sentiment d'être autorisé par le droit (entitlement). [Car] le droit fournit un ensemble de catégories et de cadres à travers lesquels le monde est interprété. Les mots et les pratiques légales sont des construits culturels qui ont des significations puissantes non seulement pour ceux qui sont formés au droit ou qui l'utilisent de façon routinière, mais aussi pour les personnes ordinaires. [...] Cette accumulation historique, intriquée et plus ou moins contradictoire de règles, de sanctions, de catégories de comportements qui reflètent les notions mouvantes de crime, de causes du comportement individuel, de responsabilités de l'État pour la vie sociale, etc., fournit de multiples opportunités pour des interprétations et des contestations. La conscience décrit ainsi la compréhension par l'individu de son monde, un processus actif au cours duquel la personne utilise les catégories culturelles pour construire une conscience de soi ». PELISSE (J.), « A-t-on conscience du droit ? Autour des legal Consciousness Studies », *Genèses*, 2005, n° 59, pp. 115-116.

²⁵⁴⁶ L'idée se retrouve, par exemple, chez Norbert ÉLIAS, pour lequel la dichotomie libérale entre individuel et collectif est un parti-pris épistémologique qui construit une vision conflictuelle des rapports entre l'individu et la communauté. Au contraire, le sociologue propose une vision structuraliste centrée sur l'interdépendance entre l'individuel et le collectif, de sorte que par relations intersubjectives, il demeure toujours du « je » dans le « nous » et du « nous » dans le « je ». Pour reprendre son image, « c'est la commande individuelle du comportement de l'individu dans ses relations avec les autres qui impose des limites à la commande individuelle de leur comportement et les lie. Pour employer une formule percutante : l'individu est à la fois la monnaie et le coin de la frappe. La fonction de coin peut prendre plus d'importance chez un individu que chez d'autres, il n'en reste pas moins monnaie en même temps. Et inversement, même le plus faible représentant d'une société a sa part, si infirme soit-elle, dans l'empreinte et le lien des autres membres de son groupe ». ÉLIAS (N.), *La société des individus*, op. cit., p. 97.

l'article 4 de la DDHC de 1789²⁵⁴⁷. *A priori* dissimulé, l'effet de responsabilisation par les droits fondamentaux est finalement un élément propre à leur logique, dont les rouages sont par exemple mis en avant dès lors que le juge exerce un contrôle de proportionnalité en confrontant des droits subjectifs au droit objectif. Ainsi, ils portent toujours en eux les conditions propres à la construction d'un compromis entre autonomie individuelle et autonomie collective (2). De cette manière, le prisme de la responsabilité montre une dimension conciliatrice entre les faces individuelle et collective des droits fondamentaux.

1. La critique d'une « déresponsabilisation » de l'individu par les droits de l'homme

425. Un facteur d'abstraction. L'influence libérale dont sont imprégnés les droits fondamentaux, comme prévus par l'ordre juridique, se fonde sur une logique de l'autonomie individuelle. L'idée jusnaturaliste d'une inhérence de droit à l'homme a suscité l'exploitation d'une culture de défiance envers l'abstraction générée par la communauté²⁵⁴⁸. Pensés de la sorte — comme limitation à l'ingérence —, ils sont politiquement conçus comme un moyen de préserver la sphère privée, comme conservation d'une singularité individuelle face au groupe²⁵⁴⁹. « La revendication d'indépendance collective est souvent potentiellement menaçante pour la liberté négative des individus »²⁵⁵⁰. Le caractère majoritairement individualiste des droits fondamentaux aboutit au tracé des lignes convergentes entre leurs consécutions et le processus de subjectivisation des droits²⁵⁵¹. Une certaine tranche de la philosophie politique moderne a pu se féliciter par la suite de cette individualisation des droits, vue comme un progrès pour la reconnaissance d'une identité plus spécifique de l'ordre social²⁵⁵², et tel un retour au « peuple concret » face à de l'abstraction de concepts politiques usités. Cette recherche du peuple concret s'oppose, plus précisément, à la logique traditionnelle des concepts révolutionnaires, comme la nation, la volonté générale, la citoyenneté ou le peuple, visant à la performance d'une

²⁵⁴⁷ Art. 4, DDHC 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

²⁵⁴⁸ Voir à ce propos, ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, *op. cit.*

²⁵⁴⁹ BERLIN (I.), *Éloge de la liberté*, *op. cit.*, pp. 171-182.

²⁵⁵⁰ GUILLARME (B.), « L'individu et le groupe », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 33.

²⁵⁵¹ Voir à ce propos, FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, spéc. pp. 5-7.

²⁵⁵² COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*, p. 249.

unité de la société comme fondement légitime du pouvoir. « Historiquement, la démocratie s'est en effet toujours manifestée à la fois comme une promesse et comme un problème. Promesse d'un régime accordé aux besoins de la société, cette dernière étant fondée sur la réalisation d'un double impératif d'égalité et d'autonomie. Problème d'une réalité souvent fort loin d'avoir satisfait ces nobles idéaux »²⁵⁵³.

426. De la dépolitisation à la repolitisation. Cette individualisation est aussi vivement critiquée pour ses effets « anti-politiques », ou par sa propension à devenir une autre politique, celle de l'individualisme. À titre d'exemple, c'est ce qui fonde, selon Marcel GAUCHET, la « démocratie contre elle-même ». Les droits de l'homme tracent les lignes d'une politique de la contestation basée sur l'opposition entre la singularité et le commun, ce qui contribue à un renversement de sens de la politique en démocratie comme principe communautaire tourné vers une implication de la société pour la chose commune. Ainsi, la démocratie « peut bien élargir les prérogatives de l'individu dans la société ; plus elle y parvient, plus la figure d'ensemble de la société des individus se dérobe dans sa cohérence ; moins elle est intelligible et gouvernable ». Par suite, les droits de l'homme deviennent une politique²⁵⁵⁴. Sous-entendant l'autonomie individuelle comme une faculté d'autodétermination²⁵⁵⁵, elle est un principe, soit de résistance envers la puissance publique, soit de revendication envers celle-ci de prestations positives (droits-créances). L'individualisme droit-de-l'homme est ainsi taxé d'égoïsme en imposant une vision solipsiste de l'individu. Il serait un facteur de déliaison sociale en concevant la liberté essentiellement sous le prisme négatif, comme une possibilité d'affranchissement des contraintes et de l'engagement pour la Cité. Cette crainte de l'ipséité dans la démocratie²⁵⁵⁶ contribue surtout à mettre en avant un problème d'ordre méthodologique, au sens où la confrontation entre les droits de l'homme et la démocratie dissimule finalement l'opposition entre l'individualisme et la démocratie²⁵⁵⁷. « Les relations entre l'individu et le groupe ne sont

²⁵⁵³ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 10. Voir aussi, du même auteur, ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, op. cit., spéc. pp. 11-24 et pp. 416-432.

²⁵⁵⁴ GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, pp. 258-288.

²⁵⁵⁵ Art. 5, DDHC 1789. Voir aussi, RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, Thémis, 9e éd., tome 1, 2003, p. 6.

²⁵⁵⁶ C'est par exemple ce qu'a pu dénoncer Michel VILLEY. Voir, VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 153.

²⁵⁵⁷ GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou réalité ? », op. cit., p. 84.

donc problématiques qu'à l'intérieur d'un cadre intellectuel dans lequel la liberté politique est pensée comme essentiellement négative »²⁵⁵⁸.

2. La construction d'un compromis entre autonomie individuelle et autonomie collective

427. Une limite à l'autonomie individuelle. Cette démarche séparatiste semble néanmoins nier certains principes. Premièrement, la sujétion de droit à l'individu et au groupe, découle d'une même unité : celle de l'ordre juridique. Deuxièmement, si la liberté individuelle est fondée sur une distinction envers le groupe, elle n'est reconnue comme telle que conditionnellement à l'existence de ce groupe. De cette manière, la communauté est indispensable à la liberté individuelle, puisse qu'elle trace les bases d'une distinction entre les intérêts. Troisièmement, la responsabilité revient ici comme un rappel au principe selon lequel être sujet de droit, c'est disposer de droit à l'instar des autres individus et du groupe. Comme le rappelle le professeur BIOY, « on appelle donc droits fondamentaux, les droits individuels, exercés individuellement, exigibles de tous contre tous et qui révèlent l'équilibre à opérer entre la libre disposition de soi et la nécessaire garantie sociale de l'existence même du sujet individuel »²⁵⁵⁹. Une permission d'agir est donc, sous cet angle, un rappel à l'altérité. Cette affirmation implique alors, principalement, le principe d'égalité²⁵⁶⁰, ou plus précisément le couple liberté-égalité²⁵⁶¹, comme conçu selon le droit positif. C'est ce qu'énonce, par exemple, l'article 4 de la DDHC de 1789, selon lequel l'exercice des droits « n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits ». La responsabilité rappelle à l'individu la limite de son autonomie, et celle-ci se tient hors de lui, dans le groupe,

²⁵⁵⁸ GUILLARME (B.), « L'individu et le groupe », *op. cit.*, p. 32.

²⁵⁵⁹ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 109.

²⁵⁶⁰ Art. 6, DDHC 1789 : La loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». L'interprétation de ce principe par le Conseil constitutionnel, depuis sa décision du 6 avril 1996, vient ensuite en préciser les limites, invoquant le fait que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Cons. const., n° 1996-375 DC, 6 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 8.

²⁵⁶¹ L'article premier de la DDHC de 1789 lie substantiellement la liberté et l'égalité dans sa formule incantatoire, selon laquelle « les hommes naissent libres et égaux en droit » ; ce qui constitua, soit dit en passant, la fertilité de l'analyse de TOCQUEVILLE dans la *Démocratie en Amérique*. « En effet, l'égalité apparaît tant comme le principe fondateur des libertés que comme le corollaire de celles-ci, puisque la liberté ne peut exister sans égalité et n'est véritablement garantie que si tous les hommes sont assurés de pouvoir également en jouir ». BENOIT-ROHMER (F.), « L'égalité dans la typologie des droits », *op. cit.*, p. 136.

ou plus largement dans *l'autre*, lui rappelant qu'il est également un *obligé*. En étant titulaire de droit, il est aussi sujet d'imputation d'un dommage, d'un tort ou d'une sanction²⁵⁶².

428. La favorisation de l'autonomie collective. La logique propre aux droits fondamentaux ne s'arrête pas strictement à la responsabilisation du titulaire individuel. « L'objet de chaque droit est à la fois une liberté et une créance »²⁵⁶³. La dimension collective des droits fondamentaux se dévoile dans la responsabilité comme leur « face cachée »²⁵⁶⁴. Tout d'abord, cette position s'oriente vers une épistémologie générale d'ordre structuraliste qui, d'un point de vue sociologie, conçoit les actions individuelles comme une « chaîne »²⁵⁶⁵ qui construit les rapports intersubjectifs. En cette qualité, elle est à la fois structurée par l'ordre social et, d'un point de vue juridique voit, à l'instar de BÖCKENFÖRDE, une relation de réciprocité entre la société et l'État, de sorte à former une « unité organisée d'action ». C'est, par ailleurs, selon ce postulat général qu'une partie de la philosophie politique américaine, par exemple sous les noms de Michael WALZER, Michael SANDEL ou encore Charles TAYLOR, plaide pour une « dimension sociale de la liberté individuelle », critiquant la position libérale du « moi désocialisé »²⁵⁶⁶. En se basant sur une acception morale de la responsabilité, il est postulé que la possibilité d'être libre dans une société libre induit en retour une obligation d'engagement envers la communauté. Ensuite, la question de la responsabilité oblige à penser l'individuel dans le collectif²⁵⁶⁷ sur le plan juridique. Du point de vue de l'État, les obligations lui incombant s'articulent, soit autour

²⁵⁶² PADIS (M.-O.), « Les droits de l'homme dans la démocratie : questions autour de Marcel Gauchet », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, 2014, pp. 245-246.

²⁵⁶³ MEYER-BISCH (P.), « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 63. Voir aussi, VIALA (A.), « Droits et libertés (distinction) », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 329.

²⁵⁶⁴ OST (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.), « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.), *Classer les droits de l'homme*, op. cit., p. 93.

²⁵⁶⁵ ÉLIAS (N.), *La société des individus*, op. cit., p. 52.

²⁵⁶⁶ GUILLARME (B.), « L'individu et le groupe », op. cit., p. 36.

²⁵⁶⁷ Cette idée découle de l'idéologie de la DDHC de 1789, aux termes de laquelle l'articulation entre la liberté et l'égalité implique que « *l'universalité des droits impose à chacun une obligation : le devoir de ne jamais vouloir pour soi ce que l'on refuserait à tout autre* ». Partant de la philosophie de PUFFENDORF (PUFFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Livre II, chap. II, §1). Pour KANT, la « *philosophie implicite* » exprimée par les rédacteurs de la DDHC ne serait pas seulement l'expression d'un libéralisme individualiste fondant les barrières du pouvoir. L'individualité des droits naturels dissimule l'altérité de ces droits. Dévoiler cette facette renvoie à un « *devoir d'humanité* » qui, sans être concrètement réalisable en histoire ou en politique, doit *a minima*, être un projet vers lequel tendre. Voir à ce propos, GOYARD-FABRE, (S.), « La Déclaration des droits ou le devoir d'humanité : une philosophie de l'espérance », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 41-54.

d'une abstention d'agir²⁵⁶⁸, soit d'une obligation d'agir sous la forme des droits-créances. Allant plus loin, l'exigence constitutionnelle et conventionnelle de garantie des droits double cette dimension par l'obligation positive de prévoir des recours juridictionnels effectifs à disposition des individus, afin qu'ils disposent de procédures pour revendiquer leurs droits²⁵⁶⁹. Du point de vue du justiciable, ensuite, la jouissance d'une permission d'agir trouve sa limite, soit en se heurtant à celle d'un autre titulaire en vertu du principe d'égalité, soit par la confrontation de son droit subjectif à un droit objectif. La limite subjective du titulaire particulier trouve ainsi sa limite dans l'intérêt du groupe, se retrouvant classiquement devant le juge par un contrôle de proportionnalité prenant par exemple en compte l'intérêt général, l'ordre public, ou des principes de valeurs constitutionnelle ou conventionnelle, et l'oblige à réguler son comportement sous peine d'être rappelé à l'ordre. L'antagonisme fécond ne se limite donc pas aux champs d'une théorie politique prescrivant une certaine conception de l'autonomie ; celui-ci peut-il également s'incarner en un phénomène organisé par l'ordre juridique sous la forme d'habilitations et d'obligations juridiques.

429. Il se dresse ainsi un parallélisme créancier/débiteur et titulaire/obligé. Le juge prouve, de surcroît, l'indispensabilité de son rôle en tant qu'autorité impartiale arbitrant le conflit d'intérêts entre le particulier et le général. Au sein de cette dynamique, le versant « droits subjectifs » des droits fondamentaux ne peut se passer d'une dimension objective du droit. Si la question de la responsabilité amène à considérer ce genre de syntagme, elle permet d'autant plus de démontrer que le principe d'autonomie, tel qu'il est organisé par l'ordre juridique, n'est ni essentiellement concentré sur l'individu ou sur le groupe. Au sein de l'unité du système, il arbitre une médiation sous la forme de procédures, et met en évidence l'idée selon laquelle l'autonomie est un principe qui prétend à l'équilibre entre le « je » et le « nous », et qui, aussi précaire puisse-t-il être en fait, se conçoit par la confrontation permanente des droits octroyés aux singularités du groupe et au groupe lui-même.

²⁵⁶⁸ Voir à ce propos, FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, coll. des thèses de l'IFR, 2014, spéc. pp. 77-245.

²⁵⁶⁹ Comme l'affirme par exemple la Cou EDH, « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » (CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, série A, n° 18, §34). La même idée est reprise en droit communautaire à l'article 47 de la Charte DFUE. Sur le plan constitutionnel, voir : Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83. Pour une analyse plus approfondie sur la question, voir également *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 2, §2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

430. Intégrer l'évolution du droit au sein d'une vision systémique permet d'exposer un cadre propice à la réalisation du principe d'autonomie démocratique par correction du droit. À ce titre, temps et conflits se présentent comme deux éléments moteurs. Leurs développements successifs mettent en avant un élément statique et un élément dynamique ; chacun étant nécessaire à assurer l'équilibre entre la cohérence du système et sa propension à la résilience. D'un côté, le *temps*, incarné dans le temps normé de l'ordre juridique, pose un cadre statique, autonome et autoréférentiel. Il donne en cela des intervalles possibles par des procédures destinées au contrôle, à la correction et à la création du droit. Il impose un panel de rythmes prédéfinis par lequel le système peut s'actualiser et évoluer. Il représente le *tout* du système, immanent et immuable. D'un autre côté, le *conflit* est, quant à lui, l'élément dynamique et un nouveau référentiel de légitimité. Il interroge constamment le droit, officiellement ou non, au nom de l'autonomie démocratique. Il fait intervenir les parties du système dans leur rapport au tout. Illustrant l'initiative de l'action, les revendications, les contestations, il oppose les droits des sujets individuels à ceux du collectif, de la communauté, de manière à organiser la mise à l'épreuve du système dans sa faculté à évoluer et s'actualiser. Cette association montre donc que l'autonomie se construit au gré des contestations. Elle est donc relative. Les temporalités procédurales de l'ordre juridique forment des possibilités d'actions pour les sujets de droit, dont la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux donne un exemple significatif par le processus de positivation des normes issues des revendications de l'ordre social, ou par l'évolution de l'interprétation des normes déjà existantes au regard des compétences qui sont conférées au juge. Sur le plan politique, intégration et réinterprétation par les droits fondamentaux se présentent comme deux éléments qui n'altèrent pas la légitimité du consentement au pouvoir, mais bien au contraire, la légitime d'autant plus par leur aspect « critique ». En dessinant les traits d'une forme « d'action de la société sur elle-même »²⁵⁷⁰, celles-ci montrent enfin cette facette du droit qui façonne « sa place à la volonté du sujet capable désormais de s'engager en première personne »²⁵⁷¹. Écartant les risques d'immobilisme, ces actions à la première personne rappellent ce précepte libéral selon lequel l'autonomie

²⁵⁷⁰ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 250.

²⁵⁷¹ OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., p. 165.

démocratique est un projet sans cesse à parachever, qui ne réside pas seulement dans la participation politique, mais fondamentalement dans « le droit à avoir des droits »²⁵⁷².

²⁵⁷² COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *op. cit.*, p. 256.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

431. Le concept de participation négative confère au principe d'autonomie démocratique une apparence plus complexe, mais aussi plus englobante. En se structurant autour de la contestation juridictionnelle des droits fondamentaux, il permet d'éclairer les apories du modèle traditionnel de l'autonomie politique, pour instaurer un modèle plus général d'autonomie par la correction du droit à laquelle participe tout justiciable. Mais surtout, il montre, d'une part, que ce principe d'autonomie est mû par d'autres procédures que celles consacrées au suffrage politique, plus diversifiées et ouvertes à des catégories plus larges de justiciables titulaires de droits²⁵⁷³ et, d'autre part, qu'il contribue à l'actualisation du droit au sein du système juridique de manière plus récurrente et diffuse. En d'autres termes, en touchant directement à la création, la suppression, ou la modification du droit, la participation négative s'appuie sur un panel plus large et diversifié de « participants », incluant tout sujet de droits fondamentaux, justiciable, citoyen ou non. En mettant en œuvre des procédures dont le déclenchement est tributaire des initiatives individuelles et en incluant le juge en tant que tiers intermédiaire, elle met en scène des temporalités spécifiques œuvrant au sein du système juridique. Tous ces caractères peuvent alors être réunis autour d'une vision systémique de l'autonomie. Non seulement l'ordre juridique, en tant que système singulier, fonde son propre temps et pose les cadres procéduraux propices à la fois à sa stabilité et à son renouvellement constant, mais il prescrit également des possibilités d'introduction des revendications de l'ordre social en son sein. La participation négative fait en ce sens du conflit au sens large un moyen de perfectionnement de l'autonomie en prévoyant l'éventualité que les contestations individuelles puissent bénéficier, par répercussion, au système dans son ensemble. Les permissions d'agir contenues dans les droits fondamentaux s'avèrent être, à ce titre, indispensables à une conciliation (conflictuelle) entre l'individuel et le collectif. Elles remplissent par là même les angles morts de l'autonomie politique en apportant une nouvelle alternative de réponse à la « “marée montante” des demandes sociales » débordant « la capacité représentative des organes politiques traditionnels »²⁵⁷⁴. Elle montre enfin que l'évaluation continue du droit et son évolution s'opèrent continuellement par ajustements successifs au gré des contestations juridictionnelles. « L'analyse du conflit, réglé, mais aussi canalisé par la justice, montre que l'enjeu affecte la force

²⁵⁷³ Voir, *supra*, Partie 1, Titre 2, chap. 2.

²⁵⁷⁴ PINON (S.), « Démocratie et contre-pouvoirs sociaux », *op. cit.*, p. 46.

variable des règles de droit et, à travers celles-ci, le destin des réformes »²⁵⁷⁵. Ainsi l'autonomie montre qu'elle demeure une condition de la démocratie, mais qu'elle est également et fatalement un processus voué à un achèvement constant. Par suite, cette participation engage, elle aussi, l'intervention d'un intermédiaire singulier : le tiers indépendant et impartial, dernier élément essentiel à ce processus, et dont le rôle va donner une certaine performance de l'autonomie par la contestation des droits. Interprète authentique, arbitre ou conciliateur, il reste désormais à interroger cette place, autant en termes légitimité, d'opportunité que d'opérationnalité.

²⁵⁷⁵ TERRE (F.), « Au cœur du droit, le conflit », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Éd. Autrement, coll. Séries Morales, 1994, p. 104.

TITRE SECOND

UNE REPOLITISATION LIMITEE : LA FIGURE DU JUGE COMME TIERS INTERMEDIAIRE

« Les démocraties strictement électorales-représentatives étaient dotées d'institutions ayant des statuts forts et des qualités souvent faibles. C'est désormais l'inverse : la force est de plus en plus dans les qualités [...] et moins dans les statuts »²⁵⁷⁶.

432. L'implication du recours juridictionnel dans le principe d'autonomie démocratique donne au juge une place relativement difficile à caractériser et nécessite de surmonter un certain nombre de contradictions. Autorité habilitée à recevoir toute plainte relative à la contestation d'une atteinte à un droit, il est l'arbitre d'une procédure dans laquelle il intervient en tant que tiers impartial et indépendant. À côté de ses considérations, depuis longtemps proclamées, le problème qui se pose, pour la démocratie constitutionnelle contemporaine, est celui de savoir comment une telle autorité peut-elle être légitime par sa participation indispensable au gouvernement démocratique, alors qu'elle œuvre en parallèle des procédures électorales traditionnelles. La justification la plus couramment rencontrée aujourd'hui est que le juge vient pallier les faiblesses du pouvoir politique incarné dans les institutions représentatives, de sorte qu'il « se substituerait à l'État défaillant pour imposer aux nouveaux acteurs le respect d'autres règles du jeu »²⁵⁷⁷. Ces règles se basent sur une contradiction entre le fait que ce dernier est légitime à protéger les droits fondamentaux nécessaires à la démocratie, tout en se passant d'un mandat électif. La qualité de la fonction prend le pas sur l'organe. Dès lors, c'est en partant de ce paradoxe qu'il s'agit d'expliquer la légitimité démocratique du juge — dont le Conseil constitutionnel a, depuis sa création, largement contribué²⁵⁷⁸ —, et son statut relationnel. C'est ici le témoignage flagrant d'une mutation des exigences de légitimité démocratique, véhiculé notamment sous le concept de « démocratie procédurale »²⁵⁷⁹. Inspirée largement de la jurisprudence de la Cour EDH, la légitimité du juge tient, en effet, à un certain nombre de

²⁵⁷⁶ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2008, p. 155.

²⁵⁷⁷ SLAMA (A.-G.), « L'État sans citoyens », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 87.

²⁵⁷⁸ Nous rappelons par exemple les grands moments de cette ascension comme la décision de 1971 dite « liberté d'association », celle de 1985 soumettant la volonté générale au respect de la Constitution, et l'entrée en vigueur de la QPC en 2010 « démocratisant » le contentieux constitutionnel en l'ouvrant à « tout justiciable ».

²⁵⁷⁹ Voir, GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, p. 91.

garanties procédurales : le droit au juge se présente comme une garantie insuffisante à condition d'être accompagné d'un *droit à un bon juge* et d'un *droit à l'exécution de la décision de ce juge*²⁵⁸⁰. C'est également selon ces prémisses que la justiciabilité s'incarne en condition de la démocratie. Concevoir ensuite la possibilité d'une repolitisation, compatible avec cette forme de gouvernement amène à surmonter une autre difficulté : le juge doit être considéré comme un représentant, alors même que sa légitimité s'est construite historiquement sur une volonté de dépolitisation. Cette thèse mobilise principalement un argument politique visant à justifier la place du juge comme gardien des libertés face au pouvoir et, plus largement, contribue à faire de l'impératif de justiciabilité une condition de la démocratie. Face à cette « attente démocratique »²⁵⁸¹, son intervention est mobilisée pour concrétiser un impératif d'immédiateté entre les revendications de la société et le pouvoir de l'État. À ce propos, la justice constitutionnelle a été un domaine propice à de nombreuses réflexions, en véhiculant l'idée d'un déplacement de la confiance de l'élu vers le juge²⁵⁸². Néanmoins, l'objectif est ici de montrer que cette assimilation est source de confusion, car elle colore l'image du juge en lui conférant un rôle paradoxalement politique, alors même que sa légitimité de tiers impartial est précisément fondée, selon le droit positif, sur son apolitisme²⁵⁸³. Il demeure alors plus pertinent d'apprécier une éventuelle « repolitisation » en termes de représentativité, afin d'isoler la spécificité de sa fonction. L'aspect politique réside, autrement dit, dans la médiation que le juge assure, et non dans une prise de position idéologique et partisane. Néanmoins, ces deux acceptions-types doivent être confrontées à la réalité du système juridique. La représentation politique, « c'est le fait que des personnes soient choisies ou déléguées pour en représenter d'autres et prendre légitimement les décisions en leur nom ».²⁵⁸⁴ La représentativité, quant à elle, est « le degré de similitude entre les représentants et ceux qu'ils représentent »²⁵⁸⁵. Elle se situe, pour ainsi dire, sur le plan statistique et permet de mesurer l'analogie entre les revendications

²⁵⁸⁰ Tel qu'il découle des interprétations l'article 6§1 de la Convention, notamment portées par deux jurisprudences phares : les arrêts *Golder* et *Hornshy*. Voir, CEDH, 21 février 1975, *Golder c Royaume-Uni*, n° 4451/70, série A, n° 18 ; CEDH, 17 mars 1997, *Hornby c Grèce*, n° 18357/91.

²⁵⁸¹ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, p. 150.

²⁵⁸² « Aussi n'est-il plus question, à la manière du légicentrisme de naguère, d'accorder sa confiance au parlementaire. Il convient bien plutôt de la donner au juge constitutionnel ». RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, p. 38.

²⁵⁸³ Voir, DENQUIN (J.-M.), « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », in DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. Droit politique, 2019, p. 105.

²⁵⁸⁴ GODBOUT (J. T.), « Pas de représentation sans représentativité », *Revue du MAUSS*, 2005, n° 26, p. 90. Dans le même sens, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE explique que « la représentation désigne le système de légitimation et d'imputation, existant ou établi par cette habilitation entre l'activité des organes de direction et le peuple ». BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Réunis, traduits et présentés par Olivier Beaud, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, p. 304.

²⁵⁸⁵ GODBOUT (J. T.), « Pas de représentation sans représentativité », *op. cit.*, p. 90.

individuelles et leurs concrétisations par l'autorité chargée d'en connaître. Elle fait donc de l'autorité juridictionnelle, non pas un représentant à proprement parler, mais plutôt un intermédiaire²⁵⁸⁶, ou « un tiers qui fait médiation »²⁵⁸⁷. Plus concrètement, elle permet de mesurer l'adéquation entre les intérêts subjectifs revendiqués par le justiciable et leur interprétation, voire leur transformation par le juge dès lors qu'il exerce son contrôle. Ainsi ce degré de représentativité demeure tributaire, d'une part, de la manière dont le juge interprète les droits fondamentaux²⁵⁸⁸ et, d'autre part, du degré de concrétisation ou d'abstraction du contrôle en mettant en balances les droits subjectifs revendiqués par rapport aux normes du droit objectif. Schématiquement, la norme contestée à l'occasion d'un recours individuel peut alors soit profiter à son auteur, soit à la collectivité, soit aux deux. Partant de là, le statut d'intermédiaire du juge pose une question générale : « Le juge a-t-il dans sa main les atouts qui justifient cette sorte de délégation, au moins partielle, qui lui consent la société ? »²⁵⁸⁹ Pour y répondre, il s'agit d'opposer l'argument idéologique du juge représentant avec les obligations juridiques qui pèsent sur lui. Par cette expertise, il est possible de voir que l'ambition de repolitisation de la démocratie n'est pas, au sens présentement postulé, un mythe, mais une idée partiellement concrétisée. En effet, cette idée de repolitisation se heurte à une contradiction d'ordre logique relatives au statut de tiers impartial et indépendant (**chapitre 1**), en montrant des faiblesses dans son opérationnalité juridique. Une première approche consiste à démontrer que le modèle de tiers impartial et indépendant s'incarne en un impératif légitimé par et pour la démocratie constitutionnelle. Néanmoins, le rôle de médiateur alloué au juge doit être confronté à la pratique du contentieux, et ce, afin d'interroger l'opportunité de la démarche du justiciable sur le bénéfice concret qui en ressort, sur sa situation individuelle ou sur celle du droit objectif. Il s'avère alors que la question de la représentativité des intérêts revendiqués du justiciable est une des illustrations les plus opportunes des limites du contentieux constitutionnel. Cette appréciation découle, en partie, du fait que l'argument de la repolitisation

²⁵⁸⁶ VIDAL-NAQUET (A.), « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole, 2016, p. 224.

²⁵⁸⁷ REVAULT D'ALLONNES (M.), « L'impartialité du Juge. Une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt », in GABORIAU (S.), PAULIAT (H.) (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2000, Limoges, PULIM, coll. Les entretiens d'Auguesseau, 2001, p. 184.

²⁵⁸⁸ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Journée d'études du 24 novembre 2006 organisée par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Presses universitaires de Paris X, 2008, p. 20.

²⁵⁸⁹ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, n° 84, pp. 75-87.

témoigne d'une surévaluation d'une appropriation de la Constitution par les justiciables, laquelle est mise en avant par une représentativité confuse des intérêts que ces derniers revendiquent en justice (**chapitre 2**). Elle permet de mettre en lumière les limites du modèle de juge-médiateur, et par la même occasion, le partage entre la réalité et la fiction du phénomène de démocratisation de la Constitution.

CHAPITRE 1. LE MODELE TIERS IMPARTIAL : UN IMPERATIF LEGITIMITE PAR ET POUR LA DEMOCRATIE

« *Le droit n'a pas de problème de légitimation
que le droit ne saurait être en mesure de résoudre* »²⁵⁹⁰.

433. Postuler la légitimité démocratique du modèle de tiers indépendant et impartial nécessite d'accepter préalablement le principe selon lequel la démocratie trouve une plus-value dans l'action d'un tiers pouvoir non élu qui contrôle les normes édictées par les pouvoirs élus. Cette question, bien que classique, reste toujours d'actualité à mesure que la figure du juge s'élève dans le régime démocratique²⁵⁹¹. Aux yeux du régime représentatif traditionnel, l'indispensabilité de ce tiers pouvoir peut apparaître paradoxalement comme symptomatique d'une « la démocratie de la sortie de la démocratie »²⁵⁹². Or, la posture libérale, prônant une défiance envers le pouvoir politique, a inspiré un nouveau modèle de légitimité *a contrario* de la légitimité politique traditionnelle. Elle permet à son représentant privilégié, qu'est le juge, de rendre la justice « au nom du peuple français », tout en se passant de l'onction démocratique délivrée par le suffrage. S'il s'agit là d'un thème bien connu aujourd'hui, qui est un passage nécessaire pour fonder une critique de la repolitisation. Cette position, *a priori* contradictoire, est compensée par un argument téléologique, selon lequel son intervention est nécessaire à garantir l'effectivité des droits fondamentaux des individus contre la puissance publique²⁵⁹³. C'est précisément ce postulat qui contribue à faire de la justiciabilité du droit une condition de la démocratie. Suivant les exigences de dépolitisation prescrites par l'État de droit, l'éminence de cette fonction implique une distance vis-à-vis du pouvoir politique faisant de l'indépendance et de l'impartialité « une nouvelle grammaire pour déchiffrer les institutions démocratiques »²⁵⁹⁴. Elles confortent la position d'intermédiaire entre la société et l'État. Autrement dit, la fonction de protecteur des droits fondamentaux ne peut se concevoir sans impartialité et sans

²⁵⁹⁰ LUHMANN (N.), *Le droit de la société*, trad. L. K. Sosoe, Presses de l'Université de Laval, coll. Dikè, 2019, p. 192.

²⁵⁹¹ Voir à ce propos, HOURQUEBIE (F.), « Séminaire de travail Formation des magistrats et (il)légitimité de la justice. Éléments de réflexion », Préparation du colloque de novembre 2020 reporté les 2 et 3 décembre 2021, CERCCLÉ. Disponible à l'adresse : <https://cercle.u-bordeaux.fr/seminaire-de-travail-formation-des-320.html>.

²⁵⁹² Voir sur ce point, MAILLARD (J. de), « Le “tiers pouvoir” ou la démocratie de la sortie de la démocratie », *Espirit*, 1998, n° 8-9, pp. 195-212.

²⁵⁹³ Voir en ce sens, MILLARD (É.), « Effectivité des droits de l'homme », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadriga, 2008, p. 351 ; SAUVE (J.-M.), « Un juge indépendant et impartial », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 549.

²⁵⁹⁴ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *op. cit.*, p. 146.

indépendance. Cette proposition est, en outre, le résultat d'une juxtaposition, voire d'une confrontation, entre deux perspectives : d'une part, d'une théorie politique de justification de la démocratie par les droits de l'homme et, d'autre part, d'une théorie descriptive du droit positif constatant l'indissociabilité des principes d'indépendance et d'impartialité avec la fonction de garantie des droits. Cette « nécessité démocratique » définit donc, à la fois, la concrétisation d'une idéologie politique et la traduction d'un ensemble d'obligations juridiques. Dans cette optique, le modèle juridictionnel se justifie par une légitimité concentrée sur la fonction (section 1). Néanmoins, si le juge est la figure la plus représentative du modèle de tiers impartial, il n'en est pas la figure exclusive. Les autorités administratives indépendantes, par leur statut d'« autorités relais »²⁵⁹⁵ et leurs missions de protection des droits, se sont progressivement posées en option alternative au juge. Leur exemple est une illustration flagrante de l'expansion du modèle de tiers impartial (section 2). Par ailleurs, une telle comparaison présente son opportunité au regard de l'expansion que ces dernières ont connue depuis plusieurs décennies, allant, pour certaines, jusqu'à vouloir être assimilées à des juridictions. Il s'agit là d'une illustration supplémentaire du phénomène de promotion du « tout juridictionnalisable », ou encore du fait que la justiciabilité est un élément déterminant de la grammaire démocratique.

²⁵⁹⁵ TEITGEN-COLLY (C.), « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », *in* COLLIARD (C.-A.), TIMSIT (G.) (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, p. 71.

SECTION 1. LE MODELE JURIDICTIONNEL : UNE LEGITIMITE CONCENTREE SUR LA FONCTION

434. « Longtemps, la légitimité politique fut pensée par les origines du pouvoir comme l'est un pouvoir élu, par exemple. Loin de cette légitimité acquise, ce sont actuellement ses conditions d'exercice d'un pouvoir qui font sa légitimité en démocratie »²⁵⁹⁶. L'indépendance et l'impartialité deviennent un référentiel de légitimité concurrençant, voire surpassant celui de l'élection. La légitimité par l'origine du pouvoir laisse place, pour le juge, à une légitimité par sa fonction de technicien du droit ; l'idée étant que la technique juridique vienne corriger l'idéologie politique. De ce fait, le juge est légitime parce qu'il protège des droits considérés comme inhérents à la démocratie et que sa fonction inspire d'autant plus confiance qu'il est précisément ce que le pouvoir politique n'est pas : il est, selon l'expression d'Alexandre KOJEVE, un « tiers impartial et désintéressé »²⁵⁹⁷. Sur le plan idéologique, il a tendance à être présenté comme un *autre* représentant, un arbitre neutre, répondant aux contestations des gouvernés sur un conflit opposant les normes édictées par les gouvernants. La promotion du modèle de justice constitutionnelle et de son indispensabilité pour la démocratie en est aujourd'hui une illustration très nette et bien connue. Opposant la Constitution comme acte de souveraineté et la loi, comme expression indirecte de la société par les représentants élus, elle porte la juridiction constitutionnelle en figure de proue de ce modèle. C'est alors qu'elle va illustrer un retournement de situation, en bénéficiant de la promotion d'une légitimité politique par l'exercice d'une fonction de représentation basée sur son impartialité et son indépendance vis-à-vis de ce même pouvoir politique (§ 1). Or, l'indépendance et l'impartialité procurent également à la fonction juridictionnelle une légitimité légale, qui ne se base pas ici sur des présupposés axiologiques, mais sur des critères énoncés par le droit positif et permettant d'identifier la fonction juridictionnelle (§ 2). Autrement dit, les principes d'impartialité et d'indépendance sont désormais des obligations juridiques et une condition de légitimité démocratique : un tiers impartial et indépendant est nécessaire à la démocratie, et il ne l'est qu'à la condition de répondre de ces obligations.

²⁵⁹⁶ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *op. cit.*, p. 146.

²⁵⁹⁷ KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 588.

§ 1. La promotion d'une légitimité politique : la fonction de représentation allouée à la justice constitutionnelle

435. « Le développement de la justice constitutionnelle rapproche-t-il les gouvernants des gouvernés ou participe-t-il à la légitimation de la distance secrétée par le régime représentatif entre ces deux catégories d'acteurs politiques ? En fin de compte, la justice constitutionnelle participe-t-elle à renforcer la dimension représentative de la démocratie ou, au contraire, à la relativiser, en développant des mécanismes de participation du peuple au pouvoir par le biais d'une protection juridictionnelle inédite de leurs droits contre la loi ? »²⁵⁹⁸. Si originellement la justice constitutionnelle est conceptualisée en opposition au régime représentatif, l'entreprise de légitimation de l'utilité de cette justice pour la démocratie nécessite de répondre préalablement à un dilemme : « le suffrage universel ayant prétendument transformé le gouvernement représentatif en démocratie “représentative” [...], l'empire du juge l'appauvrirait (thèse de l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la démocratie) ; ou alors, le suffrage universel n'ayant consacré qu'une démocratie électorale par définition imparfaite, mais indispensable, il conviendrait de l'enrichir d'un supplément d'âme, sous forme de “démocratie continue” ou de “politique saisie par le droit” (thèse de la plus-value “démocratique” apportée par la justice constitutionnelle) »²⁵⁹⁹. Cette dernière thèse est essentiellement prescriptive. Elle appelle, également, une question politique visant à savoir si la confiance doit s'orienter vers les représentants élus, ou bien vers un juge garantissant les droits inscrits dans la Constitution. L'apparition du contrôle *a posteriori* a permis au Conseil constitutionnel d'affirmer la légitimité de sa fonction de gardien de la Constitution comme acte fondateur de l'expression du peuple souverain en s'érigeant en un « être en puissance »²⁶⁰⁰. Devenant le tiers accessible par tout justiciable afin de contester un éventuel égarement du législateur, il est alors perçu comme le représentant des intérêts revendiqués par la société en raison de son emprise sur la loi. C'est par exemple ce qui justifie la valabilité d'une logique de « démocratie continue ». Or, la notion de représentation est ici mise à l'épreuve et est employée dans une acception large. « En ce sens, elle peut être définie comme l'ensemble des garanties institutionnelles qui permettent à la

²⁵⁹⁸ MOUTON (S.), « Présentation », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 8.

²⁵⁹⁹ DESMONS (É.), « Justice constitutionnelle, gouvernement représentatif et “bon régime” ? », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 54.

²⁶⁰⁰ VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », RDP, 2011, n° 4, p. 966 L'auteur conçoit ici l'expression au sens entendu par ARISTOTE comme « un être qui n'a pas encore reçu toute sa détermination, c'est-à-dire la forme qui lui manque pour accéder à ce vers quoi sa vocation le destine ».

société civile, tout à la fois, de participer à l'État et de participer de l'État »²⁶⁰¹. Pour développer cette conception, il convient, tout d'abord, de préciser comment s'est construite la légitimité démocratique du juge constitutionnel, en se concentrant sur l'argument relatif à une revalorisation de la Constitution en tant qu'acte de souveraineté (A). Il s'agit, ensuite, d'analyser les implications de cette prémisse, qui corrobore sa justification par sa finalité, afin de montrer que, par son office » et sa position au sein de la séparation des pouvoirs, le modèle qui tend à faire du juge constitutionnel un représentant est nécessairement aporétique (B).

A. L'argument relatif à une revalorisation de la Constitution comme acte de souveraineté

436. Soumettre le législateur au contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire le confronter à la volonté de constituant, implique une démarche particulière : faire confiance au juge interprète de la constitution plutôt qu'aux représentants censés retranscrire l'expression de la volonté générale²⁶⁰². L'impératif de légitimité politique s'incarne comme un préalable nécessaire, car « la technique politique de la constitutionnalité des lois ne peut être employée que lorsqu'il existe une très grande confiance de l'ensemble de la population dans l'intégrité des Cours »²⁶⁰³. En cela, l'intervention du juge constitutionnel donne à la démocratie par l'État de droit sa révérence en lui assurant « un certain standard de qualité »²⁶⁰⁴. Exaucer de cette manière les vœux du constitutionnalisme et du néo-constitutionnalisme²⁶⁰⁵ appelle cependant, et préalablement, à opter pour un usage du concept de démocratie qui confère aux droits constitutionnellement garantis une place primordiale. « Définir la démocratie par le respect des droits équivaut donc à changer le sens du mot »²⁶⁰⁶. Progressivement affirmée depuis le début de la V^e République, la démarche a été largement développée par la doctrine, par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ainsi que dans son discours institutionnel. En 2011, par exemple, le président

²⁶⁰¹ JOUANJAN (O.), " Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 41.

²⁶⁰² RIALS (S.), « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 166-170.

²⁶⁰³ FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, coll. Bibliothèque de la science politique p. 141.

²⁶⁰⁴ DORD (O.), « Droits fondamentaux », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., p. 335.

²⁶⁰⁵ Pour une synthèse sur la question, voir : Voir également, MOUTON (S.), MAGNON (X.) (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droits demain ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Le sens de la science, 2021, à paraître.

²⁶⁰⁶ DENQUIN (J.-M.), « Démocratie », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., p. 267.

Jean-Louis DEBRE arguait, à propos du premier anniversaire de la Question prioritaire de constitutionnalité, d'un « progrès pour l'État de droit »²⁶⁰⁷. De là est faite la promotion d'une nouvelle victoire pour la démocratie, en permettant que « les français se soient réappropriés la Constitution »²⁶⁰⁸. La légitimité démocratique de la justice constitutionnelle demeure, quoiqu'il en soit, une proposition, une construction définitionnelle stipulant la dépendance de la démocratie à cette justice si singulière (1). Ainsi est concrétisée l'idée d'une « démocratie constitutionnelle » plaidant pour un retour aux sources de l'expression de la volonté souveraine inscrite dans la Constitution, par un juge en donnant une interprétation authentique (2).

1. Une construction définitionnelle : la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle

437. Une question de choix épistémologiques. « La démocratie est-elle compatible avec les droits de l'homme ? Il n'y a pas de réponse qui ne dépende pas des conceptions que l'on se fait de la démocratie, des droits de l'homme, du peuple ou de la constitution »²⁶⁰⁹. Cette affirmation du professeur TROPER montre effectivement les enjeux du constructivisme méthodologique qu'implique la démocratie constitutionnelle. Débattue depuis longtemps par la doctrine constitutionnelle, cette question permet de rappeler en quoi le juge peut être considéré comme indispensable à la démocratie. Si démocratie et droit de l'homme sont complémentaires, alors le juge, et de manière plus caractéristique le juge constitutionnel, en devient un acteur essentiel. Or, il est nécessaire de redéfinir le concept de démocratie pour rendre opératoire cette assimilation²⁶¹⁰. Cette filiation stipulée entre les concepts, aujourd'hui bien connue, est néanmoins un prérequis nécessaire à rappeler pour comprendre la place du juge. Une telle vision de la démocratie est tout d'abord historiquement liée à une empreinte

²⁶⁰⁷ Discours prononcé au Conseil constitutionnel le 1^{er} mars 2011 au sujet du « premier anniversaire de la QPC ». Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/1er-mars-2011-premier-anniversaire-de-la-qpc>.

²⁶⁰⁸ LE POURHIET (A.-M.), « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *RFDC*, 2015, n° 102, p. 284.

²⁶⁰⁹ TROPER (M.), « La démocratie et les droits de l'homme dans les révolutions d'Amérique et de France », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, p. 75. Voir, également : Introduction, p. 26.

²⁶¹⁰ « Si le contrôle de constitutionnalité s'exerce sur des lois et si l'on définit la démocratie comme la forme de gouvernement dans lequel les lois sont faites par le peuple ou ses élus, la réponse ne saurait être que négative. C'est pourquoi toute tentative de conciliation dépend d'une redéfinition des concepts en présence ». TROPER (M.), « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, p. 125. Voir, dans le même sens : DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, op. cit., pp. 143-149.

libérale faisant des droits de l'homme un moyen de limitation de la puissance publique²⁶¹¹ et un palliatif aux faiblesses de la représentation politique. Suivant à la lettre la formule de l'article 16 de la DDHC de 1789, l'idéologie constitutionnaliste formalise ce postulat en préconisant *lato sensu* la forme constitutionnelle comme moyen le plus approprié pour empêcher toute dérive despotique des gouvernements et, *stricto sensu*, en stipulant que les garanties constitutionnelles doivent être effectives²⁶¹². Autrement dit, considérant que la Constitution émane de la volonté du constituant, traduisant par là même celle du souverain, elle contient de ce fait ce que le peuple estime pertinent de protéger. Centrée au départ sur la liberté politique et la séparation des pouvoirs, la suprématie de la constitution a bénéficié, avec l'arrivée de la justice constitutionnelle, de l'assurance d'une « démocratie par le droit » veillant au respect des droits fondamentaux par un contrôle juridictionnel de constitutionnalité²⁶¹³. Le choix opéré prend sa base autour de trois configurations possibles. Premièrement, la démocratie est incompatible avec le contrôle de constitutionnalité en ce que celui-ci serait contraire au sens étymologique de cette première. Deuxièmement, selon une position relativiste, il est possible de considérer que le contrôle de constitutionnalité n'est pas indispensable à la démocratie, mais qu'il ne lui nuit pas pour autant. Troisièmement, une posture substantialiste, retenue ici, considère que la démocratie implique effectivement l'existence d'un contrôle de constitutionnalité²⁶¹⁴.

438. La construction de la « démocratie constitutionnelle ». Aux termes de cette troisième proposition, la focalisation sur la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux, dont le renouveau aboutit à l'appellation de doctrine « néo-constitutionnaliste », induit l'exigence selon laquelle « l'activité du législateur et des juges soit essentiellement dévolue à la concrétisation, à l'actualisation et à la garantie des droits fondamentaux prévus dans la constitution »²⁶¹⁵. De ce point de vue, l'association entre démocratie et justice constitutionnelle découle principalement d'une démarche prescriptive, justifiant la réintroduction le peuple dans la démocratie par le biais des droits de l'homme garantis par la

²⁶¹¹ Voir, sur ce point : BIGOT (G.), « La protection juridictionnelle des droits face à la légitimité de la puissance étatique », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 241-250.

²⁶¹² TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 203.

²⁶¹³ Nous nous contentons ici de synthétiser une évolution largement mise en lumière par la doctrine. Voir, par exemple, DENQUIN (J.-M.), « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, Décembre 2008, n° 1.

²⁶¹⁴ TROPER (M.), « Démocratie continue et justice constitutionnelle », op. cit., p. 127.

²⁶¹⁵ COMANDUCCI (P.), « Contrôle de constitutionnalité et néo-constitutionnalisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J.-M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, op. cit., p. 220.

constitution et dont l'effectivité est assurée par le juge²⁶¹⁶. La garantie des droits a ainsi assimilé la démocratie pour lui donner un nouvel appareil. « À la discussion proprement politique, fortement conditionnée par des éléments d'opportunité et des considérations idéologiques [le juge] substitue une intervention plus objective, contrainte par les méthodes du raisonnement juridique ». Le terme « démocratie » est mobilisé pour qualifier un objet différent de sens étymologique. La médiatisation de cet usage conduit à l'adjectivation de la démocratie et se remarque, d'ailleurs, avec la progression croissante de l'étude doctrinale du droit constitutionnel jurisprudentiel²⁶¹⁷. La « démocratie électorale » laisse place à une « démocratie constitutionnelle »²⁶¹⁸, à une démocratie « saisie par le droit »²⁶¹⁹ ou encore une « démocratie continue »²⁶²⁰.

2. Une interprétation authentique de la volonté du constituant

439. Une thèse prescriptive faisant de la justice constitutionnelle une forme de démocratie. Le syllogisme qui en résulte est le suivant : si l'autonomie démocratique consiste à obéir à sa propre loi, et si la Constitution est la norme suprême, alors le peuple n'est libre que s'il obéit à la Constitution considérée comme acte de souveraineté²⁶²¹. Le contrôle de constitutionnalité oblige le législateur à respecter la volonté souveraine du peuple concrétisée dans la constitution. L'idée est d'ailleurs formulée très tôt dans les réflexions à l'origine de la proclamation du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis²⁶²². L'argument de la suprématie de la constitution est ici décisif : cette suprématie n'est pas justifiée par le contrôle de

²⁶¹⁶ « L'idée selon laquelle la justice constitutionnelle n'est pas seulement compatible avec la démocratie, mais qu'elle constitue une amélioration de celle-ci ne va nullement de soi. Elle a d'abord été justifiée par l'argument d'une hiérarchie des légitimités. Le juge constitutionnel ferait prévaloir la volonté constituante du peuple sur la volonté législative des représentants. Si l'on assimile le choix majoritaire des électeurs à la volonté du peuple, l'argument paraît cohérent ». DENQUIN (J.-M.), « Que veut-on dire par "démocratie" ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, mars 2009, n° 2, p. 19.

²⁶¹⁷ Voir, Introduction, p. 67.

²⁶¹⁸ Voir, FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, op. cit. ; GUENAIRE (M.), « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 149-157.

²⁶¹⁹ FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, spéc. pp. 31-41.

²⁶²⁰ ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 7-30.

²⁶²¹ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, p. 339.

²⁶²² « [...] lorsque la volonté de la législature, déclarée dans les lois, est en opposition avec celle du peuple, déclarée dans la Constitution, les juges doivent être gouvernés par la seconde plutôt que par la première. Ils doivent fonder leurs décisions sur les lois fondamentales plutôt que sur celles qui ne le sont pas ». HAMILTON (A.), *Federalists papers*, lettre n° LXXVIII, ed., p. 468. À ce propos, voir : SCOFFONI (G.), « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 1999, n° 2, pp. 250-251.

constitutionnalité, mais, bien au contraire, c'est ce contrôle qui justifie que la constitution doit avoir cette suprématie²⁶²³. Pour ce faire, cette construction doctrinale s'inspire notamment de l'interprétation célèbre qu'a faite le Conseil constitutionnel de l'article 6 de la DDHC de 1789 dans sa décision relative à la *loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie* du 23 août 1985. En optant pour une lecture descriptive de l'affirmation selon laquelle « la loi est l'expression de la volonté générale », celui-ci a déclaré que la loi votée est l'expression de la volonté générale à la condition que celle-ci respecte la Constitution²⁶²⁴. Ce dernier fait ici primer un argument procédural pour affirmer la suprématie de la Constitution, et ce, notamment au regard de l'article 61 de la Constitution prescrivant que le contrôle de constitutionnalité *a priori* demeure une étape de la procédure législative. Contrôler la constitutionnalité d'une loi revient alors à contrôler si celle-ci traduit bel et bien la volonté générale telle qu'entendue selon la volonté du constituant et au regard de la signification dégagée par l'interprète authentique de la Constitution qu'est le juge constitutionnel²⁶²⁵. La conciliation est ainsi officialisée. Elle renvoie à l'union entre démocratie et État de droit, en affirmant en même temps l'indispensabilité du juge²⁶²⁶.

440. L'indispensabilité du juge constitutionnel pour l'État de droit. L'apparition du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, prévue à l'article 61-1 de la Constitution, n'a ensuite fait que donner force et pertinence à ce discours²⁶²⁷. Elle a illustré un progrès supplémentaire pour l'État de droit. Dans le principe, le peuple souverain peut désormais soumettre la loi à la volonté du souverain à tout moment. Cette idée se prolonge en plusieurs arguments complémentaires insistant sur la fonction de la justice constitutionnelle²⁶²⁸. Premièrement, elle « replace le peuple comme gardien de “sa” constitution », car c'est au justiciable qu'il revient l'initiative de soumettre la confrontation entre la loi ordinaire et la Constitution. Deuxièmement, elle permet un contrôle permanent de l'action des représentants²⁶²⁹, en

²⁶²³ BRUNET (P.), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 126.

²⁶²⁴ Cons. const., n° 85-187 DC, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

²⁶²⁵ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 331.

²⁶²⁶ FAVOREU (L.), « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 154-158.

²⁶²⁷ Voir, par exemple, PAULIAT (H.), NEGRON (É.), BERTHIER (L.) (dir.), *Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité*, Presses universitaires de Limoges (PULIM), Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, 2011, 172 p.

²⁶²⁸ Nous renvoyons ici à la synthèse proposée par la professeure VIDAL-NAQUET. Voir, VIDAL-NAQUET (A.), « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir », op. cit., pp. 214-219.

²⁶²⁹ Cette idée de permanence est par exemple un des arguments privilégiés de la thèse de la démocratie dite « continue ». Voir, ROUSSEAU (D.), « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1517-1533.

comblant le cadre restrictif du contrôle *a priori*. Ajouté à cela, l'autorité de chose jugée des décisions n'écarte pas des possibilités diversifiées de contrôle en cas, par exemple, de changement d'application de la loi²⁶³⁰ ou de changement de circonstances de fait²⁶³¹. Troisièmement, elle reflète l'idée d'une possibilité pour le peuple de s'opposer au pouvoir²⁶³² en permettant de vérifier les dissemblances entre deux appréciations du droit : celle arguée par l'individu justiciable devant le juge et celle exprimée par le législateur. L'effet abrogatif de la décision est alors sans appel en cas de censure de la loi. Quatrièmement, elle s'incarne comme une forme de participation, en ce que la requête peut s'avérer être le reflet d'une revendication sociale se concrétisant en un conflit juridique²⁶³³. Dans cette perspective, la norme constitutionnelle s'incarne comme la norme privilégiée pour assurer « un lien entre l'État et l'ensemble des sujets »²⁶³⁴. La « constitutionnalisation » du système juridique sous l'émancipation du contentieux constitutionnel est perçue, de ce fait, comme un facteur de resserrement de ce lien²⁶³⁵, en contribuant à une forme de rationalisation du pouvoir²⁶³⁶.

441. L'implication démocratique de la justice constitutionnelle prend ici tout son sens, selon une théorie du droit politique, percevant le phénomène étatique comme un rapport entre

²⁶³⁰ Dans la décision n° 2012-233 QPC, le Conseil a par exemple motivé ce changement au regard en raison de la révision constitutionnelle de 2008, étant intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de la disposition contestée. Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle]*, cons. 4.

²⁶³¹ La théorie des changements de circonstances est en cela un moyen de susciter une réinterprétation de la loi à la lumière de la conjoncture. Elle suppose alors « qu'un même acte juridique soit soumis à deux reprises au contrôle de constitutionnalité » (ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, 2006, n° 4, p. 788). Par exemple, Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, cons. 12 et 18. Voir, PUIG (P.), « QPC : le changement de circonstances source d'inconstitutionnalité. (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 relative au régime de la garde à vue) », *RTD Civ.*, 2010, n° 3, pp. 513-517. Plus récemment, voir : Cons. const., n° 2019-822 QPC, 24 janvier 2020, *M. Hassan S. [Absence d'obligation légale d'aviser le tuteur ou le curateur d'un majeur protégé entendu librement]*, cons. 7.

²⁶³² « S'opposer, c'est également refuser. En conduisant à l'abrogation de la loi, la QPC confère au peuple un véritable pouvoir d'empêcher. Alors qu'elle naît d'une opposition individuelle, ponctuelle, voire conjoncturelle, la QPC se présente comme le contre-pied du pouvoir législatif ». VIDAL-NAQUET (A.), « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir », *op. cit.*, p. 217.

²⁶³³ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 1, Sect. 2, §1, B., 1.

²⁶³⁴ PIMENTEL (C. M.), « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus Politicum*, n° 1, p. 2.

²⁶³⁵ Il est ici entendu par « constitutionnalisation » du système juridique le « processus de transformation d'un système juridique, au terme duquel celui-ci devient totalement "imprégné" par les normes constitutionnelles » qui, dans le cas présent, est appréhendé sur le plan historique et politique comme la juridicisation progressive des rapports entre gouvernants et gouvernés. Voir, GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. par V. Champel-Desplats, Paris, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2010, p. 163. Le concept de « constitutionnalisation » a notamment été promu par le Doyen FAVOREU sous l'expression de « constitutionnalisation du droit ». Voir, FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.

²⁶³⁶ Voir, MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse Université Toulouse I Sciences sociales, 1998.

l'État et la société, ou encore entre gouvernants et gouvernés. La revalorisation de la constitution comme moyen de légitimité démocratique a pour conséquence de placer le juge dans une situation privilégiée d'intermédiaire entre le peuple et les pouvoirs institués de l'État.

B. Le modèle aporétique du juge-représentant

442. « L'utilisation idéologique du terme de démocratie (un bon régime est démocratique et un régime démocratique est un bon régime) masque le fait que, d'une part, la démocratie majoritaire n'est peut-être pas l'horizon indépassable des sociétés politiques et que, d'autre part, aujourd'hui d'autres légitimités se substituent à la légitimité démocratique »²⁶³⁷. La thèse du juge-représentant est une thèse prescriptive visant à accoler la symbolique de la représentation, originairement issue de la représentation politique traditionnelle, au présupposé précédemment énoncé selon lequel la fonction du juge est indispensable à la démocratie. Elle est une théorie de la justification de la justice constitutionnelle²⁶³⁸ mobilisant, pour ce faire, ses « fictions légitimantes »²⁶³⁹. Le juge y est incarné en porte-parole de la volonté du constituant et en autorité au service du justiciable. Cependant, un tel raisonnement génère deux remarques. D'une part, ladite thèse mobilise une représentation intellectuelle pour en créer une nouvelle par analogie. Autrement dit, le qualificatif de représentant est extirpé de son sens traditionnel pour être dédoublé au profit d'une autorité ne répondant pas initialement à ses caractéristiques. D'autre part, elle est avancée à dessein de démontrer une mise en concurrence entre le juge constitutionnel et le législateur. Elle participe à faire de ce juge un facteur de modernisation du régime représentatif²⁶⁴⁰, dont la Vème République n'a pu corriger les déséquilibres²⁶⁴¹. Par la même occasion, elle est illustrative d'une certaine conjoncture visant à faire de la démocratie le régime des contestations de la société envers un pouvoir politique qui s'essouffle en plaidant pour un retour au peuple-décideur par des voies alternatives²⁶⁴². « À côté d'une formation d'une volonté générale représentée dans le processus électoral, la prononciation de jugement s'impose

²⁶³⁷ MATHIEU (B.), « La constitution cadre et miroir des mutations de la société », *RFDC*, 2014, n° 100, p. 1017.

²⁶³⁸ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 343.

²⁶³⁹ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 256.

²⁶⁴⁰ MOUTON (S.), « Présentation », *op. cit.*, p. 15.

²⁶⁴¹ « Rien d'étonnant alors que les citoyens, désemparés et impuissants, s'adressent à la justice pour tenter de rééquilibrer un système foncièrement déséquilibré ». BEAUD (O.), « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, p. 59.

²⁶⁴² GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Juge et Démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 262.

ainsi comme contribution incontournable à la réalisation d'une vie démocratique »²⁶⁴³. Autrement dit, il est plaidé, plus largement, une relation plus immédiate entre la société et le pouvoir de l'État. Elle contribue de cette manière à conférer une légitimité politique au juge par la fonction qu'il exerce. Ainsi, l'octroi de cette fonction de « représentant » sert à mettre en évidence les difficultés relatives à une figuration symbolique du « peuple-juge »²⁶⁴⁴ (1). La place du juge au sein de la séparation des pouvoirs est alors interprétée différemment, portant celui-ci en concurrent légitime des autres pouvoirs, le considérant comme un « contre-pouvoir » (2). Ainsi, l'obligation d'indépendance ne doit pas signifier l'isolation des juges, mais elle doit au contraire être appréhendée en présupposant une collaboration mesurée entre les « pouvoirs »²⁶⁴⁵. Une partie de la doctrine s'est évertuée à proposer l'idée, plus réaliste, d'une « distance optimale » (3) entre le juge et les autres pouvoirs.

1. Le juge-représentant ou les difficultés d'une figuration symbolique du peuple-juge

443. La symbolique du représentant. Le concept de représentation est chargé d'une symbolique propice à cette assimilation. Il apparaît donc indispensable de voir ce qui la caractérise, afin de comprendre en quoi le juge constitutionnel peut se la voir attribuer. La représentation est, tout d'abord, un processus politique visant à une rationalisation institutionnelle d'une multitude d'intérêts isolés afin de les reformuler et les concrétiser. Elle instaure un rapport de confiance et d'obligations plus ou moins contraignant entre des représentés et des représentants inférieurs en nombre. Elle obéit classiquement à deux principes : l'identification et la distinction²⁶⁴⁶. Par l'identification, elle implique une logique de rétroaction — qui se retrouve parfois exprimée par le terme anglophone de *feed-back*²⁶⁴⁷ — de sorte à assurer un principe d'autonomie au sein d'un rapport entre gouvernants et gouvernés. Ce rapport illustre le principe de distinction, selon lequel le représentant est toujours un autre

²⁶⁴³ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, coll. Points, 2006, p. 236.

²⁶⁴⁴ Nous reprenons l'expression du professeur ROSANVALLON, qui utilise le présent concept comme une manifestation de contre-démocratie, précisément illustrée par la diversification des processus de décision ou d'influence de celle-ci, en dehors du procédé électif traditionnel. Voir, *Ibid.*, pp. 195-250.

²⁶⁴⁵ Le terme « pouvoirs » incluse ici le pouvoir législatif, exécutif et judiciaire par simplicité de langage, considérant que l'autorité juridictionnelle n'est officiellement pas un « pouvoir », mais une « autorité » aux termes de l'article 66 de la Constitution.

²⁶⁴⁶ Voir, MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. Champs/essais, 2014, p. 125.

²⁶⁴⁷ La plus célèbre représentation de la naissance de cette logique est apparue dans *The Federalist* aux États-Unis d'Amérique. Pour une synthèse, voir : MONGOIN (D.), « Le fédéraliste revisité », *Jus Politicum*, 2012, n° 8. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Le-Federaliste-revisite-539.html>.

que soi, qu'il soit une personne ou une institution. Le choix du représentant s'opère dans la reconnaissance par un individu de ses intérêts dans la voix de l'autre. « “Mon” représentant sera donc quelqu'un qui sera, éventuellement, différent de moi, idéalement mieux que moi »²⁶⁴⁸. Elle a ainsi une vocation structurante en rendant compte de la diversité sociale et en la mariant avec l'unité de la communauté nationale²⁶⁴⁹. Or, cette définition obéit plus spécifiquement à une *représentation-mandat*, au sens traditionnel du terme, « qui a pour but de constituer le gouvernement représentatif et qui met l'accent sur l'unité, tant du pouvoir que de la société (la représentation sert dans ce cas de substitut à une démocratie directe jugée impraticable) »²⁶⁵⁰. Elle est, en ces termes, une vision quantitative de l'égalité en prescrivant une voix identique pour chaque citoyen.

444. La mise en question d'une nouvelle représentation de la démocratie représentative. La représentation par le juge, quant à elle, ne peut exactement coller à cette définition, notamment par ce que le juge n'est pas élu. Elle s'apparente plutôt à ce que le professeur ROSANVALLON appelle une *représentation-figuration*, « qui a pour objet de permettre l'expression de la société dans sa diversité, en donnant à tous les groupes la possibilité de faire entendre leur voix »²⁶⁵¹. Par extension, « elle signifie dans ce cas respect des diversités et prise en compte équitable des spécificités, saisissant les membres de la société dans la pluralité de leurs activités et de leurs déterminations »²⁶⁵². Tel est ici le rapprochement qu'il est possible d'effectuer avec la thèse du juge-représentant : le recours permet la revendication d'intérêts des individus en tant que membres de la société devant l'autorité juridictionnelle. Plus subjectifs, ces intérêts sont divers ; difficiles à rationaliser, seul le juge est estimé compétent pour en connaître et, éventuellement, les satisfaire. À cette condition, il est alors possible d'identifier une double fonction représentative du juge : « il prononce au nom du peuple français, et il rend sensible, il donne à voir une puissance dont la collectivité a besoin de se former l'idée »²⁶⁵³. Le

²⁶⁴⁸ GODBOUT (J. T.), « Pas de représentation sans représentativité », *op. cit.*, p. 98.

²⁶⁴⁹ Cette question a été et est toujours l'objet de nombreuses réflexions en science politique. Pour une synthèse sur le sujet, voir : Jaume (L.), « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 5-16.

²⁶⁵⁰ ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 2010, p. 119.

²⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 119.

²⁶⁵² ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, *op. cit.*, p. 179. Selon l'auteur, cet autre usage de la représentation n'est pas sans conséquences puisqu'il confronte le droit au politique. Il permet l'expression des intérêts subjectifs divers de l'individu pour lui-même et donc contribue à discréditer la représentation-mandat qui, elle, participe précisément au politique entendu comme processus de formation des intérêts de la communauté.

²⁶⁵³ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 276.

fondement de ces prétentions se fait alors au regard de la Constitution²⁶⁵⁴ qui, rendant hommage à Léon DUGUIT, est appréhendée sous l'image du « miroir » de la société²⁶⁵⁵. La justice constitutionnelle est alors considérée comme un moyen d'expression de l'ensemble du peuple concret, opposé à un peuple abstrait dissous dans la nation représentée. L'argument est ancien et renvoie déjà à ce que professait TOCQUEVILLE lorsqu'il voyait dans le contrôle de constitutionnalité un moyen pour la minorité parlementaire de pouvoir s'opposer aux décisions de la majorité²⁶⁵⁶. Le juge constitutionnel devient le représentant des intérêts de la minorité. Dans le prolongement de TOCQUEVILLE, Bruce ACKERMAN affirme, par exemple, que la Constitution représente la volonté de l'ensemble du peuple donnant ce rôle si privilégié à son interprète²⁶⁵⁷. La thèse de la démocratie continue poursuit également cette logique en arguant que le juge constitutionnel représente la souveraineté du peuple. Comme l'affirme le professeur ROUSSEAU, d'une part, « la démocratie représentative empêche de voir que la base sociale sur laquelle elle repose se défait » et, d'autre part, elle « empêche de voir que les droits fondamentaux sont le code élémentaire de la démocratie »²⁶⁵⁸. Selon ces présupposés, « le juge constitutionnel fait ré-exister le peuple comme figure autonome et souveraine en mettant en représentation la représentation »²⁶⁵⁹.

445. Des apories : une théorie de la justification. Selon un certain angle de vue, néanmoins, cette ambition révèle des contradictions. Si la Constitution est la volonté du peuple, cela veut dire que le peuple préexiste à celle-ci. Derechef, cette affirmation revient à considérer la primauté de l'autorité du peuple sur la Constitution. Partant de là, comment savoir si la loi est contraire à la Constitution ? Ce raisonnement peut conduire à une aporie. Selon les mots du professeur BRUNET, « dire que le peuple existe avant la constitution conduit à un dilemme

²⁶⁵⁴ Voir, ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, pp. 428-442.

²⁶⁵⁵ DUGUIT (L.), *L'État : le droit objectif et la loi positive* (1901), Paris, rééd. Dalloz, 2003, p. 301.

²⁶⁵⁶ TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, t. II, livre 1, chap. VI. TOCQUEVILLE poursuit dans cette pensée par une question rhétorique : « Qu'est-ce donc qu'une majorité prise collectivement, sinon un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un autre individu qu'on nomme la minorité ? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance peut en abuser contre ses adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité ? » (*Ibid.*, t. II, livre 2, chap. VII).

²⁶⁵⁷ ACKERMAN (B.), *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine* (1991), trad. J.-F. Spitz, Paris, Calman-Lévy, 1998, p. 37.

²⁶⁵⁸ ROUSSEAU (D.), « La démocratie ou le vol de *La Joconde* », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Actes de la journée d'études du 4 décembre 2009, Sénat, Paris, organisée par l'Association française de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp. 143-144.

²⁶⁵⁹ ROUSSEAU (D.), « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2009, <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>.

dont il est malaisé de sortir : ou bien le peuple existe, et il n'a pas besoin de représentant ; ou bien il en a besoin, donc il n'existe pas réellement »²⁶⁶⁰. Il s'agit là d'un des points révélateurs du caractère prescriptif de la thèse de la démocratie constitutionnelle. Elle construit une légitimité supérieure du juge interprète de la Constitution, représentant s'exprimant au nom du peuple français et dont la volonté serait supérieure à celle du peuple que représente de son côté le législateur²⁶⁶¹. Cette solution conduit finalement à porter le juge à un statut privilégié en raison de la spécialité de son office : « si l'individu est notre réalité sociale, il convient d'inventer les nouvelles institutions qui permettent de produire la généralité »²⁶⁶². Le peuple-juge devient une nouvelle forme de politique²⁶⁶³. Le juge devient un représentant des intérêts de la société donnant une assurance de résultat : il est un spécialiste, « un expert dont la démocratie a besoin »²⁶⁶⁴ et ne peut, en vertu de l'article 4 du Code civil²⁶⁶⁵, refuser de se prononcer. La procédure juridictionnelle, en raison de sa nature, met fin à l'incertitude, elle dissipe toute confusion lorsque le litige est tranché. Le juge constitutionnel est donc représentant en ce que représenter, c'est donner forme, concrétiser, donner réalité à ce qui est absent²⁶⁶⁶. Il permet à la volonté du peuple exprimée dans la Constitution d'être visible et actualisée. « Le Conseil est, ainsi, l'institution qui réfléchit la structure dialogique de la représentation politique [...] L'apport de la juridiction constitutionnelle, loin de heurter le principe démocratique de la souveraineté du peuple, en permet donc la représentation symbolique et pratique »²⁶⁶⁷.

²⁶⁶⁰ L'auteur poursuit : « [...] tandis que le premier assoit la suprématie de la constitution sur l'existence d'un peuple dont la volonté est tout entière contenue dans la constitution, voilà que l'on nous dit maintenant que cette volonté a besoin du juge constitutionnel pour se déployer. Contradictoire, la thèse est en définitive moins une thèse qu'un jugement de valeur déguisé au terme duquel il n'est pas bon qu'une assemblée législative agisse sans limites, sans rencontrer d'obstacles ». BRUNET (P.), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, op. cit., p. 126. Voir, également, BRUNET (P.), « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, pp. 5-19.

²⁶⁶¹ Voir en ce sens, RIALS (S.), « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », op. cit., pp. 160-162.

²⁶⁶² ROUSSEAU (D.), « La démocratie ou le vol de *La Joconde* », op. cit., p. 144.

²⁶⁶³ Gauchet (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, pp. 258-288.

²⁶⁶⁴ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, op. cit., p. 339.

²⁶⁶⁵ Art. 4, Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

²⁶⁶⁶ « Ainsi, dans sa version prescriptive, la thèse du juge constitutionnel comme représentant de la souveraineté du peuple joue sur le sens du terme représentation : représenter ne signifie plus vouloir pour le peuple ou la nation, mais figurer, refléter, reproduire une essence antérieure à la construction juridique. C'est un moyen de justifier que le droit positif se conforme, se soumette, à un droit antérieur et auquel le temps aurait conféré une valeur supérieure ». BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, op. cit., p. 345.

²⁶⁶⁷ ROUSSEAU (D.), « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in MOLFESSIS (N.) *et alii* (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 372.

2. Un juge « contre-pouvoir » en tant que pouvoir concurrent

446. L'affirmation du juge en tant que troisième pouvoir. Cet octroi du statut de représentant fait de la justice constitutionnelle l'institution participant à une « démocratie de réflexivité » rappelant que le système majoritaire n'est qu'une illustration incomplète de la démocratie²⁶⁶⁸. La justification de cette autorité née des réactions suscitées aux abus de la démocratie parlementaire de la III^e République et sur la nécessité de surveiller les représentants²⁶⁶⁹. Les droits de l'homme proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 sont un exemple significatif d'un message à l'attention du législateur²⁶⁷⁰. La prééminence du droit sur le politique implique, tout d'abord, d'identifier un « contre-pouvoir » pour garantir l'État de droit²⁶⁷¹, lequel manquerait à la V^e République²⁶⁷². Il est argué la nécessité d'une plus grande concurrence entre les pouvoirs. Le rôle effacé du juge, tel qu'hérité de MONTESQUIEU²⁶⁷³ est actualisé, d'une part, quant à sa place et, d'autre part, quant à sa fonction au sein de la séparation des pouvoirs²⁶⁷⁴. L'ascension du juge constitutionnel l'inclut, tout d'abord, dans une séparation des pouvoirs non plus bipartite, mais tripartite²⁶⁷⁵. Ensuite, en raison de ses compétences, il concourt à une meilleure balance des pouvoirs par ses facultés d'empêcher et de statuer²⁶⁷⁶. Autrement dit, sous la coupole de l'État de droit, l'équilibre des

²⁶⁶⁸ En ce sens, « les cours constitutionnelles sont pour cela au premier chef les grands témoins de la fiction démocratique. Elles ont pour tâche de rappeler en permanence la faille originelle sur laquelle reposent les régimes issus du suffrage universel ». ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 226.

²⁶⁶⁹ GAUCHET (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1995, pp. 267-275.

²⁶⁷⁰ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 218.

²⁶⁷¹ CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, trad. R. David, PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1990, p. 271.

²⁶⁷² PONCELET (C.), « La Vème République : un régime qui manque de contre-pouvoirs », *RDP*, 2002, n° 1-2, p. 99.

²⁶⁷³ Rappelons ici sa phrase bien connue : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle », celui-ci étant « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.

²⁶⁷⁴ Si la théorie du juge « contre-pouvoir » est aujourd'hui mobilisée en France, c'est aux États-Unis, et ce depuis l'élaboration de la Constitution, que celle-ci trouve une pertinence historique. Comme l'explique la professeure ZOLLER, le fédéralisme et la *common law* ont procuré les éléments propices à l'affirmation du juge dans la séparation des pouvoirs. « Le fédéralisme a eu ceci de révolutionnaire dans la théorie politique qu'il a soumis le législateur à un droit suprême, un droit qui descend sur lui et qui est énoncé par un pouvoir plus grand que le sien, le pouvoir du peuple ». Voir, ZOLLER (E.), « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur la pratique américaine et française », *RIDC*, 2001, n° 3, p. 563. On en revient également au fondement de la souveraineté populaire étant le fondement de la Constitution fédérale, notamment par sa proclamation d'introduction : « *We the people...* ». L'auteur met en ce sens en lumière la prétention originelle de reconnaître ce statut de contre-pouvoir par l'établissement de la logique du *checks and balances*. C'est ce qui ressort, par exemple, du témoignage de James MADISON au moment de l'élaboration de la Constitution en 1787. Voir, MADISON (J.), *The federalist Papers*, n° 51, éd. Clinton Rossiter, New American Library, New York, 1961, p. 322, cité in *Ibid.*, p. 562.

²⁶⁷⁵ Voir à ce propos : MOUTON (S.), « D'un dualisme à l'autre ? Les évolutions de la "conception française de la séparation des pouvoirs" dans le constitutionnalisme moderne », *Politeia*, 2010, n° 18, pp. 153-179.

²⁶⁷⁶ Selon les termes de MONTESQUIEU, la faculté de statuer se présente comme « le droit d'ordonner par soi-même,

pouvoirs se voit assurer sous le principe de garantie des droits et libertés constitutionnels²⁶⁷⁷ par un contre-pouvoir juridictionnel proclamant « l'usage d'un frein nouveau »²⁶⁷⁸.

447. Une fonction de rééquilibrage des pouvoirs. Comme le soutient le professeur HOURQUEBIE, « la faculté de statuer ressemble aujourd'hui au pouvoir d'ordonner, de corriger ou de compléter ; au contraire la faculté d'empêcher s'analyse plutôt comme le pouvoir de s'opposer, ou de présenter un veto »²⁶⁷⁹. Tels sont ici les deux éléments de définition du contre-pouvoir juridictionnel. Ce dernier est apprécié selon une vision dynamique²⁶⁸⁰, par l'habilitation qu'a le juge constitutionnel à censurer la loi ou la reformuler par des réserves d'interprétation. « Le juge a un pouvoir si, exprimant une volonté, il exerce une participation décisionnelle à la formation des actes législatifs »²⁶⁸¹. Il participe au dialogue normatif avec les autres organes de l'État. Il incarne à la fois l'opposition par excellence face au Parlement²⁶⁸² et une plus-value délibérative dans l'élaboration de la loi. Cette participation est par exemple à l'origine du qualificatif de « co-législateur »²⁶⁸³. Cette dernière qualification soutient effectivement la thèse du juge-représentant ; elle en est même une justification sans quoi le juge ne peut se voir légitimement octroyer le rôle d'interprète de la volonté générale. Elle concilie, en outre, sur le plan de la méthode, les principes de l'État de droit avec ceux de la démocratie politique²⁶⁸⁴.

*ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre », et une faculté d'empêcher comme « le droit de rendre nulle toute résolution prise par quelques autres ». MONTESQUIEU, De l'Esprit des lois, Livre XI, chap. IV. À ce propos, voir : CHEVALLIER (J.-J.), « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher », in *Mélanges Maurice Haurion*, Paris, Sirey, 1929, pp. 137-158 ; ÉMERI (C.), BIDEGARAY (C.), « Du pouvoir d'empêcher : veto et contre-pouvoir », *RDP*, 1994, n° 3, pp. 333-455.*

²⁶⁷⁷ Voir, NABLI (B.), « La notion de contre-pouvoir en droit constitutionnel », *Politeia*, 2010, n° 18, spéc. pp. 194-207.

²⁶⁷⁸ HAMON (L.), « Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel », *RFSP*, 1988, n° 38, p. 188

²⁶⁷⁹ « Dans sa fonction de contrôle, le juge a la possibilité de modérer, freiner, voire de s'opposer aux autres pouvoirs ; il utilise pleinement sa faculté d'empêcher. Parallèlement, dans l'exercice de sa fonction d'interpellation des autres instances du système, le juge participe à l'élaboration de la loi, en complétant ou suppléant le législateur ; cela illustre parfaitement la mise en œuvre de sa faculté de statuer ». HOURQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 208.

²⁶⁸⁰ « Un contre-pouvoir platonique, essentiellement virtuel, ne suffit pas à légitimer le concept ». MILACIC (S.), « Le contre-pouvoir, cet inconnu », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2005, p. 683.

²⁶⁸¹ TROPER (M.), « Démocratie continue et justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 131.

²⁶⁸² FAVOREU (L.), « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français », in LENOBLE (J.) (dir.), *La crise du juge*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant 1996, p. 81.

²⁶⁸³ TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 345.

Dans le même sens, VEDEL (G.), « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir constitutionnel (I) », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 1996, n° 1, p. 61 : « La loi est sur la table du Conseil constitutionnel et celui-ci est le seul acteur juridique de la procédure qui s'ensuit [...] Elle ne déclenche pas un contentieux, mais une lecture complémentaire de la loi par un organe dont l'intervention est de vérifier que la loi est prise dans le respect de la Constitution, condition sans l'accomplissement de laquelle elle ne saurait exprimer la volonté générale ».

²⁶⁸⁴ HOURQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, *op. cit.*, p. 53

448. L'argument d'une plus-value démocratique. « Dès lors que le Conseil constitutionnel est un co-législateur, on doit le reconnaître comme représentant, au risque, sinon, de considérer que le Conseil veut de son propre chef et donc pour son propre compte »²⁶⁸⁵. Ensuite, l'entrée en vigueur de la QPC n'a fait que renforcer les arguments de cette thèse en ce qu'il va être sollicité pour contrôler l'application litigieuse en pratique d'une loi, à l'issue d'un litige intenté par un justiciable particulier. Désormais, non plus représentant de la minorité parlementaire, le juge constitutionnel devient le représentant des singularités au sein du peuple, dont les intérêts figurent dans les droits et libertés que la Constitution garantit²⁶⁸⁶. Le domaine d'action privilégié des « représentés » prend forme autour de la garantie des droits ; celui des représentants est celui de la loi²⁶⁸⁷. Sur le plan politique, par ailleurs, il permet un droit de regard permanent de la société civile sur la volonté exprimée par les représentants politiques²⁶⁸⁸, contribuant ainsi à une « canalisation de la puissance »²⁶⁸⁹. Les possibilités d'actions de ce contre-pouvoir sont ainsi démultipliées. « Son efficacité sur le terrain devient ainsi le baromètre de sa légitimité fonctionnelle, comme en général en démocratie, où l'efficacité nourrit la légitimité et inversement »²⁶⁹⁰. La démocratie constitutionnelle fait dès lors de son action — non sans idéalisme — une action *pour le bien de la démocratie et de son peuple*. « L'approche du juge constitutionnel est bienveillante : il est le défenseur du citoyen contre ses représentants »²⁶⁹¹. Enfin, ce phénomène suscite *a minima* une dernière remarque. L'argument selon lequel la justice constitutionnelle conduirait à une substitution du droit sur le politique ne doit pas faire oublier qu'elle induit plutôt une autre forme de politique dans le sens où son rôle de contre-pouvoir juridictionnel lui donne un pouvoir politique. En effet, dès lors qu'il substitue son interprétation à celle du législateur (organe politique), le juge accomplit lui-même,

²⁶⁸⁵ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, op. cit., p. 341.

²⁶⁸⁶ Selon les termes de l'article 61-1 de la Constitution.

²⁶⁸⁷ ROUSSEAU (D.), « Constitutionnalisme et démocratie », op. cit.

²⁶⁸⁸ « L'instauration du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, en multipliant les cas de confrontation de la loi aux valeurs fondatrices de l'ordre constitutionnel, a encore renforcé cette position d'un acteur situé au cœur des débats de la société civile ». HUMMEL (J.), « Portait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle de la "délicatesse" », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 101. Voir aussi, CARCASSONNE (G.), « Le Parlement et la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 73-81.

²⁶⁸⁹ SAINT-BONNET (F.), « La QPC et la canalisation de la puissance », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Actes du colloque organisé le 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, pp. 27-37.

²⁶⁹⁰ HOURQUEBIE (F.), « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs : l'esprit de la théorie de Montesquieu », in VRABIE (G.) (dir.), *L'évolution des concepts de la doctrine classique du droit constitutionnel*, Institut européen, Iasi, Roumanie, 2008, p. 60.

²⁶⁹¹ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », op. cit., p. 257.

par cette substitution, un acte politique²⁶⁹². Selon cette logique, contrer le pouvoir politique, c'est aussi s'impliquer dans ce pouvoir. L'argument n'est pas récent et est déjà formulé par Hans KELSEN²⁶⁹³. La nature politique de l'action du juge peut soit aboutir de la complémentarité du juge par rapport à la représentation politique, soit, allant plus loin, présenter un risque de confusion en arguant cette fois-ci une forme de remplacement. « La plainte (en justice) se substitue alors à la revendication (politique), au risque de transformer l'instance judiciaire en recours illusoire contre tous les maux sociaux »²⁶⁹⁴.

449. La thèse du juge représentant comme contre-pouvoir au pouvoir politique demeure néanmoins qu'une proposition visant à promouvoir la nécessité démocratique du juge. Elle trouve en cela une justification pragmatique et historique. Dire que le juge constitutionnel est un contre-pouvoir aux institutions représentatives, c'est décrire une réalité. Mais dire que celui-ci en vient à se substituer à ces derniers dans le sens où il s'arrogerait leur qualité en est une autre ; cela revient plutôt à prescrire une idée que le droit positif permet mal de confirmer. Face à cela, la principale difficulté que cette question pose peut être éclairée en se basant sur le prisme de la légitimité.

3. L'exigence d'une « distance optimale »

450. Une vision dynamique de la séparation des pouvoirs. Selon l'image de Charles DOLLFUS, « un défaut de proportion, d'équilibre ou de mesure, trahit toujours un manque de justesse ; justesse et justice ont même radical, la justice pèse les actions, la justesse pèse les choses »²⁶⁹⁵. En cela, la légitimité du juge, en tant que tiers impartial et indépendant, dévoile toute son importance au sein de la séparation des pouvoirs. D'une part, elle confirme l'indispensabilité du juge au sein d'un gouvernement modéré et, d'autre part, elle permet de montrer que ce juge n'est pas dans une position solipsiste, mais s'inclut dans un schéma relationnel entre les pouvoirs. Le rapport au politique prend une tournure singulière qui ne doit pas faire l'objet de confusion : la séparation des pouvoirs, assurant l'indépendance de la justice, est une garantie de non-politisation ou, autrement dit, de confusion des pouvoirs avec le

²⁶⁹² HUMMEL (J.), « Portait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle de la “délicatesse” », *op. cit.*, p. 101.

²⁶⁹³ KELSEN (H.), *Qui doit être le gardien de la Constitution*, 1932, trad. S. Baume, Paris, Michel Houdiard, coll. Le sens du droit, 2006, pp. 75-76.

²⁶⁹⁴ OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 268.

²⁶⁹⁵ DOLLFUS (Ch.), *De la nature humaine*, Paris, Germer-Baillière, 1868, p. 90.

politique. La question de la nature politique du contentieux que le juge constitutionnel a à traiter peut s'opérer, quant à elle, en toute indépendance, dès lors que celui-ci exerce sa fonction dans les limites de son office²⁶⁹⁶. Cette place est justement légitimée par son statut de tiers impartial et indépendant. Lorsque Hans Kelsen qualifie le juge constitutionnel de « législateur négatif », celui-ci décrit déjà son immixtion dans la fonction législative, de sorte à assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs. Cette fonction suppose « l'idée de répartition de la puissance entre différents organes, non pas tant pour les isoler réciproquement que pour permettre un contrôle réciproque des uns sur les autres ». De ce fait, « l'institution de la justice constitutionnelle n'est nullement en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, mais en est au contraire une affirmation »²⁶⁹⁷. En raison de sa position, le juge est donc placé dans une position dont le caractère politique est logiquement inévitable.

451. Une vision prenant en compte les caractères propres au contentieux constitutionnel. Cette dynamique se comprend à l'aune de l'office du juge. La censure de la norme est, en effet, une fonction première qui s'accompagne d'autres prérogatives liées à des injonctions comme les réserves d'interprétations²⁶⁹⁸, ou encore la sanction de l'abstention de la puissance publique²⁶⁹⁹, avec, par exemple, le contrôle de l'incompétence négative²⁷⁰⁰ ou le respect d'obligations positives²⁷⁰¹. La spécificité de la fonction du juge se reflète alors par sa

²⁶⁹⁶ Voir, à ce propos : MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux concrétisations juridiques », *RFDC*, 2019, n° 120, spéc. pp. 832-842.

²⁶⁹⁷ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 225.

²⁶⁹⁸ Voir à ce propos, DRAGO (G.), « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2011, n° 6 ; VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, n° 92, 318 p. ; VIALA (A.), « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, 2001, n° 3, pp. 777-809.

²⁶⁹⁹ Voir, FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, coll. des thèses de l'IFR, 2014, 548 p.

²⁷⁰⁰ « Pour le Conseil constitutionnel il y a incompétence négative lorsque le législateur reste en-deçà de sa propre compétence et laisse ou confie au pouvoir réglementaire des matières réservées au pouvoir législatif ». VEDEL (G.), « Excès de pouvoir et excès de pouvoir constitutionnel (II) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n° 2, p. 84. Voir, Cons. const., n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]*, cons. 2. Le juge a d'ailleurs déclaré que celle-ci pouvait être soulevée par un justiciable en QPC à condition d'affecter « *par elle-même* » un droit ou une liberté que la Constitution garantit : Cons. const., n° 2012-254 QPC, 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale]*, cons. 3. Pour une analyse critique, voir : RRAPI (P.), « “L'incompétence négative” dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2012, n° 34. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension>.

²⁷⁰¹ Il s'agit, par exemple, des objectifs de valeur constitutionnelle. Voir, Cons. const., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

place au sein de la séparation des pouvoirs²⁷⁰² qui s'est construite principalement par les impératifs posés par l'article 16 de la DDHC. « On dirait même plus, la protection des juridictions n'a jamais été un effet de la séparation des pouvoirs, mais de la volonté de protéger une indépendance exigée par la garantie des droits »²⁷⁰³. C'est d'ailleurs selon ses prémisses qu'il est alloué ce rôle politique au juge constitutionnel, en raison de son insertion dans le processus de modération entre les pouvoirs²⁷⁰⁴. Dès l'origine, « l'esprit de la Constitution » le porte en « régulateur de l'activité des pouvoirs publics »²⁷⁰⁵, mais sa fonction (autoproclamée) de gardien des libertés²⁷⁰⁶ n'a fait jusqu'à aujourd'hui que renforcer cette place. « Ainsi, la dimension politique à laquelle se réfère la qualification d'acteur "politique" n'est ni celle des nominations ou des affiliations partisans (c'est là celle d'un acteur politisé) ni celle conférée par un pouvoir d'interprétation entendu comme pouvoir de création. Elle procède des effets qu'emporte la lecture du principe de séparation exigée par un gouvernement modérée »²⁷⁰⁷. Le juge constitutionnel est, en effet, au centre d'un échange d'arguments qui, selon le contentieux, oppose principalement l'autorité auteure de la saisine, ou le justiciable particulier dans le cas de la procédure QPC, et la majorité parlementaire. Il inspire l'équilibre en soumettant la volonté majoritaire à un conflit de normes issu de l'interprétation des normes constitutionnelles²⁷⁰⁸. Il juge la politique, ou encore les « raisons » du législateur. De ce fait, « la manière dont le Conseil constitutionnel développe ses techniques juridictionnelles, précise les effets de ses décisions et interprète l'étendue de ses compétences relève d'une démarche politique. En effet, l'institution prend en compte les conséquences de ses actes, elle a parfaitement conscience d'appartenir à

²⁷⁰² Comme le démontre Olivier BONNEFOY dans sa thèse, le Parlement s'est progressivement entouré de contraintes constitutionnelles dont l'émancipation est du principal fait du juge constitutionnel. « *Le législateur tire désormais les conséquences de la jurisprudence constitutionnelle sur l'initiative et sous le regard attentif des individus. La contrainte matérielle pesant sur les auteurs de la loi se trouve enfin consolidée par la généralisation quantitative du contrôle opéré. Toute loi votée par le Parlement est à même de passer sous les fourches caudines des juges par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'ensemble de ces facteurs conduit à resserrer une sujétion observée depuis de longues années, en développant la faculté du Conseil constitutionnel d'intervenir indirectement dans l'écriture des textes législatifs* ». BONNEFOY (O.), *Les relations entre Parlement et Conseil constitutionnel : les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'activité normative du Parlement*, Thèse, Université de Bordeaux, 2015, p. 129.

²⁷⁰³ BIOY (X), « L'émergence d'une troisième fonction constitutionnelle : la faculté d'empêcher juridictionnelle », *op. cit.*, p. 201.

²⁷⁰⁴ Voir, sur ce point, HOURQUEBIE (F.), « Où en est la consécration du pouvoir juridictionnel sous la V^e République ? », *Revue politique et parlementaire*, 2018, n° 1085-1086, pp. 113-132.

²⁷⁰⁵ Cons. const., n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, cons. 2

²⁷⁰⁶ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

²⁷⁰⁷ HUMMEL (J.), « Portait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle de la "délicatesse" », *op. cit.*, p. 118.

²⁷⁰⁸ Voir, DELCAMP (A.), « Cours constitutionnelles et parlements, ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, pp. 198-200.

un système institutionnel composé de différents acteurs dotés d'une capacité d'influence mutuelle »²⁷⁰⁹. Comme l'énonce le Professeur BARANGER, la dissimulation d'un discours politique chez le juge constitutionnel relève principalement du domaine de l'apparence et donc, en majorité, d'une démarche d'autolimitation. Cette dernière se retrouve, par exemple, dans son hyper-formalisme et à la faible motivation de ses décisions, illustrant une catégorie discursive donnant l'image de la prudence et de la neutralité. Ce laconisme relatif s'oppose, en ce sens, et de fait, aux traits du discours politique²⁷¹⁰.

452. Une vision de l'indépendance par l'interdépendance entre les pouvoirs. La question qui se pose alors est celle de la place du juge dans cet équilibre²⁷¹¹. Le Professeur HOURQUEBIE a, à ce sujet, proposé le principe de « distance optimale », afin de concilier les deux propositions suivantes : d'une part, le juge est un tiers impartial et indépendant en tant qu'autorité juridictionnelle et, d'autre part, il s'inscrit parallèlement dans un schéma d'interdépendance entre les pouvoirs du point de vue de la séparation des pouvoirs. « En effet, l'interdépendance des pouvoirs est la situation impliquée par une lecture souple de la séparation des pouvoirs. Sous cet angle, l'indépendance et l'isolement des pouvoirs ne permettent pas de décrire avec justesse le jeu des relations dans le système. Car il existe toujours un dialogue, voire une relation concurrentielle, même minime, entre les pouvoirs ; le pouvoir juridictionnel peut d'autant moins échapper à cette règle qu'il a, par vocation, la mission de contrôler positivement et négativement chacun des principaux acteurs du système »²⁷¹². En ce sens, une trop grande proximité viendrait porter atteinte au principe d'indépendance et d'impartialité auquel est soumis le juge afin qu'il ne subisse aucune influence ou pressions extérieures qui altéreraient

²⁷⁰⁹ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 112.

²⁷¹⁰ BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2012, n° 7, pp. 12-19. Voir, dans le même sens, MALHIÈRE (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) : contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013, p. 35 ; DRAGO (G.), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015, n° 102, pp. 335-352.

²⁷¹¹ Voir, DELCAMP (A.) « Après le triomphe du “droit constitutionnel jurisprudentiel” peut-on encore “penser” les institutions ? », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 871-877.

²⁷¹² HOURQUEBIE (F.), BIOY (X.), « Justice et démocratie », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelle questions sur la démocratie*, op. cit., p. 31. En outre, lors de son audience à la Commission des lois, le professeur HOURQUEBIE déclare qu'« une autorité judiciaire indépendante [...] est avant tout une justice qui bénéficie d'une protection constitutionnelle contre toute forme d'atteintes et d'immixtions [...] D'où la nécessité de penser l'indépendance « structurelle » du pouvoir judiciaire en s'interrogeant sur le positionnement de la justice dans l'État, c'est-à-dire sur sa distance optimale aux pouvoirs et acteurs, de façon à éviter tant l'écueil de la politisation que celui du corporatisme ». Assemblée nationale, « Questionnaire à l'attention de M. Fabrice Hourquebie », Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Paris, 24 décembre 2014, p. 3. Disponible à l'adresse : <https://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/lois/Hourquebie.pdf>.

son jugement. Inversement, celui-ci ne doit pas se substituer à un autre pouvoir, tel qu'il l'a par exemple lui-même déclaré *expressis verbis* dans la décision IVG du 15 janvier 1975²⁷¹³. Une trop grande distance, en revanche, nuirait à la cohérence du système, car le juge participe à une application et une interprétation partagées du droit avec les autres pouvoirs²⁷¹⁴. L'idée de distance optimale induit donc une interdépendance entendue comme coopération entre les pouvoirs encadrés par des garanties délimitant un seuil prédéfini de non-ingérence d'un pouvoir sur l'autre, de sorte à garantir un équilibre général et une « complémentarité fonctionnelle »²⁷¹⁵ au sein du système. Elle se veut, enfin, plus réaliste et descriptive de la réalité juridique.

453. La légitimité de son action met donc en évidence une position singulière à la fois en tant qu'acteur séparé et intégré au système. Encadré par le droit positif, cette posture est légitimée par le caractère « juridictionnel » qui forme son identité et, par extension, sa position spécifique par rapport aux autres pouvoirs constitués. Considérée comme suffisante, celle-ci lui permet d'échapper au critère de légitimité traditionnel de la démocratie : l'élection.

²⁷¹³ Cons. const., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1 : « [...] l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Une exception à ce principe a néanmoins pu être soulevée dans la décision n° 2010-10 QPC. Ayant soulevé une inconstitutionnalité relative à une atteinte à l'article 16 de la DDHC pour défaut d'indépendance des tribunaux maritimes commerciaux, pour ensuite déclarer que lesdits tribunaux « siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun ». (Cons. const., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*, cons. 5). Ne se contentant pas d'abroger la disposition et de la renvoyer au législateur, le Conseil a ici lui-même procédé à la recomposition des tribunaux. Ainsi une partie de la doctrine a estimé que, dans le cas présent, le Conseil avait exercé un véritable « pouvoir de substitution ». Voir, CASSARD-VALEMBOS (A.-L.), « De l'usage de la gomme, comme du crayon, par le Conseil constitutionnel face aux malfaçons législatives », *Constitutions*, 2011, n° 3, p. 316.

²⁷¹⁴ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 38.

²⁷¹⁵ « Exclure le pouvoir juridictionnel de ce dialogue serait d'autant plus infondé que c'est précisément le juge qui assure la modération des pouvoirs. L'interdépendance du troisième pouvoir devient ainsi toute relative puisque les pouvoirs sont fonctionnellement dans une relation de complémentarité ou de concurrence qui les rend substantiellement et organiquement dépendants les uns des autres ». HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 37.

§ 2. L'affirmation d'une légitimité légale : l'indépendance et l'impartialité comme critères inhérents à la fonction juridictionnelle

454. La vision prescriptive du juge comme représentant, substituant son action à celle du pouvoir politique traditionnel pour « améliorer » la démocratie, demeure une proposition, parmi d'autres, visant à justifier sa légitimité démocratique²⁷¹⁶. Une autre démarche plus descriptive, et se voulant plus objective, permet également d'appréhender cette légitimité en se concentrant sur la place de la fonction de juger dans l'ordre juridique. Considérés par le Tribunal des conflits, dès 1927, comme « des garanties essentielles du droit public français »²⁷¹⁷, les principes d'indépendance et d'impartialité constituent les éléments primordiaux de légitimité légale du modèle de « tiers impartial » tel qu'il est communément nommé. Ils incarnent un critère juridique primordial de définition de la fonction juridictionnelle. Cette exigence est le résultat principal d'une réaction à « notre histoire mouvementée, au long conflit qui n'a cessé d'opposer l'État et la Justice [et] à la méfiance permanente du pouvoir politique à l'égard d'une justice qui ne serait pas soumise »²⁷¹⁸. Désormais, de la même manière que sur le plan de la légitimité politique du juge, promouvant le primat de la fonction sur l'organe, les principes d'indépendance et d'impartialité se traduisent en obligations juridiques (A) qui, sur le plan du droit positif, cette fois-ci, vont confirmer une fois de plus la prévalence du critère fonctionnel. La spécificité de la juridiction constitutionnelle se remarque à la fois au regard de son office d'interprète de la Constitution, et de sa composition. Celle-ci forme, en ce sens, une illustration opportune de la complexité, voire du paradoxe inhérent aux principes d'indépendances et d'impartialité : ils sont tout autant persistants dans leur teneur, que variables dans leurs applications. Enfin, la légitimité légale fonctionnelle dont bénéficie l'autorité juridictionnelle la rend démocratique principalement parce qu'elle reste la solution idoine pour concrétiser la complémentarité entre démocratie et État de droit. Par-là, elle rend l'élection des juges *a minima* non nécessaire, de sorte qu'elle peut même devenir, dans son principe, incompatible avec le

²⁷¹⁶ Pour un regard historique, voir : MOUTON (S.), « Le pouvoir des juges : matière à constitutions françaises ? Regard sur le rôle des juges dans les Constitutions depuis 1789 », in BIOY (X.), HOURQUEBIE (F.) (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, pp. 29-73.

²⁷¹⁷ TC, 23, mais 1927, *Koch*, Rec. CE, p. 587. Le Conseil constitutionnel a, par la suite, confirmé cette idée. Voir par exemple, Cons. const., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6.

²⁷¹⁸ BREDIN (J.-D.), « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, 1996, n° 3, p. 161. Selon la professeure KRIEGEL, la persistance question de l'autonomie du juge vis-à-vis du pouvoir politique s'explique également d'un point de vue historique par la subordination du parquet au pouvoir exécutif. Selon ce point de vue, encore une fois, le juge incarne plus un administrateur qu'une autorité indépendante. Voir à ce propos, KRIEGEL (B.), « Le parquet dans la construction de l'État », *Crises*, 1994, n° 4, p. 47.

modèle de tiers impartial. La garantie d'indépendance et d'impartialité amène donc, en ces termes, à poser la question de sa compatibilité avec une légitimité par l'organe (B). En d'autres termes, le juge n'est pas du monde politique, il est un technicien du droit, neutre et autonome ; sa nomination coïncide mieux avec sa fonction.

A. Des obligations prescrites par l'ordre juridique

455. Les critères d'indépendance et d'impartialité se sont imposés comme des éléments conditionnels à l'identification de la fonction juridictionnelle. Les ordres juridiques nationaux et supranationaux avec par exemple, comme textes généraux, l'article 16 de la DDHC de 1789, l'article 6§1 de la Convention EDH ou encore l'article 47 de la Charte DFUE, ont en effet porté des obligations spécifiques à cette fonction. Préalablement à cette analyse, il demeure nécessaire d'apporter un certain nombre de précisions définitionnelles concernant la fonction juridictionnelle (1). La doctrine publiciste se penche depuis longtemps sur la systématisation de critères de définition. Aujourd'hui, le droit positif permet d'en faire un portrait relativement précis. Il est en outre aisé de constater que, si certaines garanties juridiques générales s'appliquent à l'ensemble de la fonction juridictionnelle, d'autres témoignent d'une certaine hétérogénéité en raison de la diversité des autorités et de leurs spécialisations (2).

1. Précisions définitionnelles

456. Des critères généraux dégagés par la doctrine. L'identification de la notion de fonction juridictionnelle permet de préciser le rôle du juge dans l'ordre juridique pour ensuite étudier le cas spécifique du Conseil constitutionnel. Premièrement, d'un point de vue organique, il s'agit d'une fonction exercée par certains organes spécialisés nommés et habilités comme tels par l'ordre juridique. Comme le remarque la professeure BOUCOBZA, « la fonction juridictionnelle est une classe d'actes, un ensemble d'activités exercées par les organes juridictionnels, sans que l'on sache précisément en quoi consistent ces actes »²⁷¹⁹. En tant que « classe d'actes », celle-ci peut être précisée sur le plan matériel par son contenu. En ce sens, l'acte juridictionnel se matérialise par son objet, par le fait qu'il « tranche une contestation portant sur des droits, ou bien par son but, en tant que l'agent qui l'accomplit, poursuit une

²⁷¹⁹ BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2005, p. 24.

certaine fin qui serait la conservation de l'ordre juridique, ou encore par sa structure, en tant qu'il présente, dans sa consistance intrinsèque, un caractère double ou composé qui lui est propre »²⁷²⁰. Selon Roger BONNARD, le critère matériel dévoile son intérêt par son caractère complémentaire, car il permet d'identifier et de comprendre pourquoi la fonction juridictionnelle est exercée par tel organe. La fonction juridictionnelle se résume alors à un organe spécialisé répondant à des traits spécifiques²⁷²¹. Comme l'a proposé à son tour Marcel WALINE, l'acte juridictionnel répond à quatre exigences complémentaires : il doit émaner d'une autorité impartiale, compétente pour trancher un litige de droit, par les moyens exclusifs du droit et dont les décisions ont « force de vérité légale » (ou autorité de chose jugée), lui garantissant son autorité²⁷²². Secondement, il s'agit de voir, sur cette base, les caractères constitutifs de la fonction juridictionnelle qu'exerce le juge constitutionnel. Pour ce faire, il est d'abord nécessaire de partir du principe selon lequel le Conseil constitutionnel est une juridiction²⁷²³, répondant ainsi aux critères posés par Marcel WALINE. C'est tout d'abord avec Hans KELSEN, dans son article publié en 1928, que la juridiction constitutionnelle a bénéficié d'un modèle médiatisé. Développant notamment le rôle de cette juridiction au sein de la séparation des pouvoirs, celui-ci précise la fonction de cette fonction juridictionnelle particulière en la définissant comme « un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatique »²⁷²⁴.

²⁷²⁰ LAMPUE (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, n° 5, pp. 13-14.

²⁷²¹ « Si, en effet, en vertu de la séparation des pouvoirs, il existe des organes spécialisés dans chaque fonction, il faut bien savoir en quoi consiste la fonction qui doit être attribuée à chaque organe ; il faut avoir défini la fonction par sa nature propre, par ses caractères internes, abstraction faite de tous caractères externes découlant, soit des formes et des procédures suivies. En d'autres termes, la séparation fonctionnelle des organes de l'État exige nécessairement une conception matérielle des fonctions ». BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Carré de Malberg*, Réed., Paris, éd. É. Duchemin, 1977, p. 9.

²⁷²² WALINE (M.), « Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 443-445. On peut ici préciser que, partant de cette définition, l'auteur voit dans le juge un organe de simple concrétisation en rejetant l'éventuel pouvoir créateur de l'acte juridictionnel ; le juge devant dire le droit « sans y ajouter aucune règle nouvelle ».

²⁷²³ La doctrine s'est largement emparée de ces questions, notamment avec le nouvel élan procuré par l'apparition du contrôle *a posteriori*. Nous renvoyons ainsi, de manière non exhaustive, à quelques exemples. Voir, LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, n° 1, pp. 27-52 ; PHILIP (L.), « Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel », *RDP*, 1979, n° 95, pp. 27-52 ; BOUVIER (V.), « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 119-129 ; CASSIA (P.), « Il est temps de faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction », *Le Monde*, 17 février 2010 ; ROUSSEAU (D.), « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, 2012, n° 7 ; MONJAL (P.-Y.), « QPC 314P — Episode I. Le Conseil constitutionnel français n'est pas une juridiction ! Ce que la Cour de justice ne dira — sans doute — pas... », *RDUE*, 2013, n° 2, pp. 297-323 ; MAGNON (X.), « Le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 de Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, 2013, n° 96, pp. 917-940.

²⁷²⁴ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 45, p. 198.

457. Les caractères propres à la juridiction constitutionnelle. Sur le plan fonctionnel, le juge constitutionnel est bien un organe indépendant des parties, habilité à résoudre un différend juridique afin de garantir l'application régulière du droit (en l'occurrence au regard des articles 61 et 62 de la Constitution)²⁷²⁵. Il incarne ainsi un modèle de « calcul des défauts »²⁷²⁶. Comme le précise le professeur PFERSMANN, d'un point de vue strictement juridique, le juge en tant qu'organe, dispose d'une compétence de production normative. Ceci se traduit par sa compétence de trancher des litiges ; son indépendance est le corollaire de cette compétence. Elle est propre à cet organe spécifique et est donc, en un sens, un mode de production normative²⁷²⁷. Cour constitutionnelle n'en portant pas officiellement le nom²⁷²⁸, le Conseil constitutionnel est en cette qualité « l'institution d'un organe spécial habilité à résoudre des litiges présentant une dimension politique liée à l'application de la Constitution » et procurant « la garantie de l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé »²⁷²⁹. C'est d'ailleurs en raison du caractère politique du contentieux, particulièrement dans le contentieux *a priori*, mais aussi *a posteriori*, que la thèse du juge représentant et (ou) celle de la démocratie ont trouvé un terrain propice à leur développement. Or, comme le précise Kelsen lui-même, cette fonction de modérateur dans un gouvernement

²⁷²⁵ Ces éléments de définitions permettent également d'écarter le contentieux spécifique de l'arbitrage ou d'autres modes non juridictionnels de résolution des litiges comme le recours hiérarchique, la résolution, la médiation, la conciliation ou l'arrangement.

²⁷²⁶ MAGNON (X.), « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une “juridiction constitutionnelle”, une “cour constitutionnelle” et une “cour suprême” ? Proposition de définition modale et fonctionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 317. Comme le déclare en ce sens Hans Kelsen, son rôle réside principalement dans la garantie de conformité des normes de l'ordre juridique entre elles. « *C'est l'annulation de l'acte inconstitutionnel qui représente la garantie principale et la plus efficace de la Constitution* ». Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 221.

²⁷²⁷ PFERSMANN (O.), « À quoi bon un pouvoir judiciaire ? », in CAYLA (O.), RENOUX-ZAGAME (M.-F.) (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2002, p. 189.

²⁷²⁸ Voir, BADINTER (R.), « Une longue marche du “Conseil à la Cour constitutionnelle” », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/une-longue-marche-du-conseil-a-la-cour-constitutionnelle>.

²⁷²⁹ MAGNON (X.), « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une “juridiction constitutionnelle”, une “cour constitutionnelle” et une “cour suprême” ? Proposition de définition modale et fonctionnelle », *op. cit.*, p. 317. Ces différents éléments d'identification résultent notamment des travaux proposés par le Doyen FAVOREU. Voir par exemple, FAVOREU (L.), « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AJJC*, 1988, Vol. IV, pp. 51-66 ; « La notion de Cour constitutionnelle », in *Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Heilbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 15-27. Par ailleurs, le professeur HEUSCHLING a proposé une gradation visant à préciser ce que signifie la justice constitutionnelle. *Latissimo sensu*, elle concerne « toutes procédures juridictionnelles portant sur la matière constitutionnelle ». *Lato sensu*, elle recouvre tout type de contentieux où un juge s'emploie à appliquer ou interpréter des normes au regard de la Constitution. *Stricto sensu*, elle recouvre l'ensemble des attributions des cours constitutionnelles. *Strictissimo sensu*, elle se trouve dans le contrôle de constitutionnalité et dans ses principes, confrontant une norme de référence (la Constitution) avec une norme objet du contrôle (la loi ordinaire par exemple) aboutissant, suivant l'issue, à une sanction touchant à la conformité ou non de la norme contrôlée. Voir, HEUSCHLING (L.), « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, *op. cit.*, p. 89.

démocratique, qui justifie le caractère de « législateur-négatif », ne doit pas faire oublier que, si la nature du contentieux qu'il a à connaître manifeste un caractère politique, celui-ci ne peut être, au regard de son habilitation par l'ordre juridique, un organe politique à proprement parler. « Alors que le législateur n'est lié par la Constitution que relativement à sa procédure, d'une façon exceptionnelle seulement quant au contenu des lois qu'il doit édicter et seulement par des principes ou directions générales, l'activité du législateur négatif au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument déterminée par la Constitution [...] elle est par suite véritablement juridictionnelle »²⁷³⁰.

458. La distinction entre juridiction constitutionnelle et juridiction ordinaire. Là réside, pour finir, ce qui distingue le juge constitutionnel du juge « ordinaire » : chargé d'une compétence de répartition entre législations ordinaire et constitutionnelle, son office a été au fil du temps aménagé, en grande partie de sa propre initiative, concernant par exemple le champ de la contestation susceptible d'être portée devant lui, les exigences constitutionnelles opposables au législateur, l'étendue de son pouvoir d'appréciation sur la loi, ou encore les choix des modes de sanctions des exigences constitutionnelles²⁷³¹. Pour conclure, « l'attribution de la fonction de contrôler la loi à un organe *ad hoc* permet donc de maintenir la distinction entre juge judiciaire comme fonction d'application de la loi dans la plus pure tradition classique et la “fonction juridictionnelle spéciale” qui consiste à juger la loi »²⁷³².

459. Un ensemble de prescriptions énoncées par l'ordre juridique permettent d'illustrer ces différents éléments d'identification, faisant notamment de l'indépendance et de l'impartialité une condition indispensable à la fonction juridictionnelle. Ce détour définitionnel est un préalable nécessaire, mais le droit positif témoigne néanmoins d'un problème d'uniformité sur ce plan.

²⁷³⁰ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 226.

²⁷³¹ Voir sur ce point, BECHILLON (D. de), *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, p. 107.

²⁷³² BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 69.

2. Un encadrement juridique encore non uniforme

460. Les principes d'indépendance et d'impartialité sont entourés d'un ensemble de prescriptions juridiques en droit national et supranational. Il est cependant possible de constater que les garanties textuelles de ces deux principes au sein de la Constitution demeurent très imprécises, ce qui pousse le juge à en préciser lui-même l'étendue et les limites²⁷³³. Il existe, en outre, des garanties sur plan institutionnel par, notamment, les missions octroyées au Conseil supérieur de la magistrature. Le corps des magistrats est en effet soumis à un ensemble d'obligations. Les juges constitutionnels, quant à eux, bénéficient d'un régime particulier. Ainsi, il s'agit d'en développer successivement la protection sur les plans constitutionnel et conventionnel (a), puis les garanties supplémentaires qui lui sont procurées par le principe d'inamovibilité des juges (en ce qu'il est spécifique à cette fonction) (b), pour finir par les spécificités persistantes que manifeste la juridiction constitutionnelle (c).

a. Des principes communs sur le plan constitutionnel et conventionnel

461. Les prescriptions au niveau national. Les caractères inhérents à la fonction juridictionnelle lui procurent une légitimité sur le plan strictement juridique au regard d'un ensemble de principes et de garanties prévus par le droit positif. Le référentiel adopté est ici celui du tiers impartial et indépendant. En effet, l'impartialité et l'indépendance sont les deux exigences principales qui procurent au juge la légitimité juridique de son intervention et de sa place au sein du système parmi les autres pouvoirs constitués. En tant que critère conditionnel au caractère juridictionnel, l'indépendance est prescrite, premièrement, envers les parties au litige. Elle se déploie sous trois aspects : les parties ne peuvent choisir à la fois, sur le plan organique, le juge compétent pour résoudre le litige, sur le plan statutaire, la responsabilité ou la carrière du juge et sur le plan substantiel, les règles applicables au litige ou la possibilité de se soustraire à la décision finale²⁷³⁴. Deuxièmement, c'est sous l'égide de l'article 16 que l'indépendance se déploie au niveau des rapports entre le juge et les autres pouvoirs comme principe « indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles »²⁷³⁵, tout en étant

²⁷³³ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Systèmes, 2010, p. 29.

²⁷³⁴ MAGNON (X.), « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une “juridiction constitutionnelle”, une “cour constitutionnelle” et une “cour suprême” ? Proposition de définition modale et fonctionnelle », *op. cit.*, p. 314.

²⁷³⁵ Cons. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 15. À noter que dans sa première occurrence, le Conseil utilisait l'expression « *fonctions judiciaires* » (Cons. const., n° 92-

également applicable aux juges non professionnels²⁷³⁶. Elle suppose, dans son acception générale, l'interdiction de toute immixtion ou substitution d'un pouvoir public constitutionnel sur un autre en procurant des garanties « sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative »²⁷³⁷. Elle s'accompagne, en outre, du principe d'impartialité qui se concentre plutôt sur les relations entre le juge et le justiciable²⁷³⁸, lequel est aussi « indissociable des fonctions juridictionnelles »²⁷³⁹. Aussi, cette indissociabilité concerne cumulativement ces deux principes²⁷⁴⁰. L'importance de ces principes est enfin illustrée, sur le plan institutionnel, par l'intervention du Conseil supérieur de la magistrature qui, aux termes de l'article 64, « assiste » le Président de la République pour veiller à « l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Il est intéressant de constater que l'indépendance et l'impartialité se confirment, dans le discours du CSM, à la fois comme des critères juridiques identitaires de l'autorité judiciaire et comme des éléments de légitimité de celle-ci. Ces deux principes y sont définis en raison de leurs implications respectives. L'indépendance est présentée comme « la condition de sa confiance dans la justice. Elle est, pour le justiciable, la condition d'un procès équitable. Elle est, pour le magistrat, la condition de sa légitimité ». L'impartialité, quant à elle, oblige le magistrat à se défaire de tout préjugé. Élément essentiel de la confiance du public dans l'institution judiciaire, elle constitue un droit garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. « Elle conditionne le respect du principe fondamental d'égalité des citoyens devant la loi »²⁷⁴¹. De plus,

305 DC, 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 64). C'est en 2004 que le Haute juridiction a confirmé l'application du principe d'indépendance à toutes les juridictions (en l'espèce, la Cour de discipline budgétaire et financière). Voir, Cons. const., n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014, *M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière]*, cons. 5 et 10.

²⁷³⁶ Cons. const., n° 2003-466 DC, 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, cons. 4. Comme l'a précisé le Conseil dans sa décision du 28 juillet 2016, « les fonctions de magistrat de l'ordre judiciaire doivent en principe être exercées par des personnes qui entendent consacrer leur vie professionnelle à la carrière judiciaire. La Constitution ne fait cependant pas obstacle à ce que, pour une part limitée, des fonctions normalement réservées à des magistrats de carrière puissent être exercées à titre temporaire par des personnes qui n'entendent pas pour autant embrasser la carrière judiciaire, à condition que, dans cette hypothèse, des garanties appropriées permettent de satisfaire au principe d'indépendance qui est indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires ». Cons. const., n° 2016-732 DC, 28 juillet 2016, *Loi organique relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature*, cons. 73.

²⁷³⁷ Cons. const., n° 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, cons. 10.

²⁷³⁸ FONTAINE (L.), « La justice : pouvoir de l'État ou pouvoir dans l'État », in GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, Paris, Mare & Martin, coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophique de la Sorbonne, 2018, p. 40. Voir également, RENOUX (Th. S.), DE VILLIERS (M.), MAGNON (X.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 9^e éd., 2019, p. 439.

²⁷³⁹ Cons. const., n° 2017-671 QPC, 10 novembre 2017, *M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines]*, cons. 5.

²⁷⁴⁰ Cons. const., n° 2017-666 QPC, 20 octobre 2017, *M. Jean-Marc L. [Compétence du vice-président du Conseil d'État pour établir la charte de déontologie de la juridiction administrative]*, cons. 3.

²⁷⁴¹ CSM, « Recueil des obligations déontologiques des magistrats », in *Rapport d'activité 2018*, Paris, La

une lecture du *Recueil des obligations des magistrats* permet de le constater. D'une part, « le magistrat, membre de l'autorité judiciaire, tire sa légitimité de la loi qui l'a voulu indépendant et impartial, principes qui s'imposent aux autres pouvoirs. La méconnaissance de ces impératifs compromettrait la confiance du public »²⁷⁴². La préoccupation de l'image que renvoie la justice est liée à ces obligations dont le respect vise à assurer à ne pas donner à la justice une « image dégradée et partisane »²⁷⁴³ qui « déconsidère la justice aux yeux du justiciable »²⁷⁴⁴. D'autre part, ces garanties se présentent comme indispensables « au fonctionnement régulier du service public de la justice »²⁷⁴⁵. La conjonction entre l'impartialité et de l'indépendance trouve notamment une illustration dans la notion de conflit d'intérêts du magistrat qui, selon les termes de la loi organique du 8 août 2016, concerne « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »²⁷⁴⁶. Par régression, s'il peut se poser la question de l'indépendance du gardien de l'indépendance²⁷⁴⁷, l'intervention du CSM s'incarne principalement comme une garantie supplémentaire d'indépendance de la justice²⁷⁴⁸, d'autant plus que celui-ci peut être saisi par un justiciable²⁷⁴⁹. À noter que, pour les membres des juridictions administratives disposent d'obligations similaires au regard des dispositions du

documentation française, 2019, p. 133.

²⁷⁴² CSM, « Recueil des obligations déontologiques des magistrats », in *Rapport d'activité 2018*, *op. cit.*, p. 132.

²⁷⁴³ Avis P 29 du 11 juin 1996, *Recueil des décisions disciplinaires du CSM*, p. 681.

²⁷⁴⁴ Décision S 29 du 21 mars 1972, *Recueil des décisions disciplinaires du CSM*, p. 212.

²⁷⁴⁵ Avis P 31 du 24 avril 1997, *Recueil des décisions disciplinaires du CSM*, p. 689.

²⁷⁴⁶ Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n° 0186 du 11 août 2016, texte n° 1. Art. 26. On notera également que le Code de justice administrative use de la même définition en son article L. 131-3.

²⁷⁴⁷ Dans un arrêt du 23 mars 2018, le Conseil d'État a par exemple eu l'occasion de préciser que l'existence de l'inspection générale auprès du ministère de la Justice auprès du CSM ne portait pas atteinte au principe d'indépendance. La Haute juridiction administrative a ainsi déclaré que cette inspection « ne saurait recevoir d'instruction du garde des sceaux, ministre de la justice, sur la manière de conduire une inspection une fois que celle-ci a été diligentée », à condition que celle-ci apporte, par sa composition, le statut de ses membres, son organisation ainsi que les conditions et les modalités de son intervention, les garanties nécessaires au respect de l'indépendance de l'autorité judiciaire et que ses investigations ne le conduisent pas à porter une appréciation sur un acte juridictionnel déterminé » et que, par suite, « ces principes n'interdisent pas davantage la présence, au sein d'un tel organe, d'inspecteurs extérieurs à la magistrature judiciaire justifiant de qualifications adéquates, dès lors que les investigations portant sur le comportement d'un magistrat sont conduites par un inspecteur ayant lui-même cette qualité et que celles qui portent sur l'activité juridictionnelle d'une juridiction le sont sous l'autorité directe d'un tel inspecteur ». Voir, CE, 23 mars 2018, *Syndicats Force ouvrière Magistrat et autres*, n° 406066, 406497, 406498, 407474.

²⁷⁴⁸ Voir, DEGUERGUE (M.), « Les dysfonctionnement du service public de la Justice », *RFAP*, 2008, n° 125, pp. 163-164 ; MARTINEL (A.), NATALI (F.), « Le Conseil supérieur de la magistrature, protecteur des magistrats ou des justiciables ? », *Après-Demain*, 2014, n° 30, pp. 33-35.

²⁷⁴⁹ Art. 65 al. 10, Const. 1958.

Code de justice administrative²⁷⁵⁰, dont la garantie institutionnelle est assurée par le Collège de déontologie de la juridiction administrative²⁷⁵¹.

462. Les prescriptions énoncées en droit supranational. Le droit supranational a largement contribué au développement des principes d'indépendance et d'impartialité et tant qu'obligations dirigées vers les États. En droit communautaire, par exemple, l'article 47 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial »²⁷⁵². Au regard de cette disposition, la Cour de justice a rappelé que « ces garanties d'indépendance et d'impartialité postulent l'existence de règles, notamment en ce qui concerne la composition de l'instance, la nomination, la durée des fonctions ainsi que les causes d'abstention, de récusation et de révocation de ses membres, qui permettent d'écarter tout doute légitime, dans l'esprit des justiciables, quant à l'imperméabilité de ladite instance à l'égard d'éléments extérieurs et à sa neutralité par rapport aux intérêts qui s'affrontent »²⁷⁵³. C'est également dans le droit de la Convention EDH qu'ont été développées les différentes facettes de ces deux principes. La Cour EDH, sous fondement de l'article 6§1 de la Convention, précise que ces garanties d'indépendances comprennent le mode de désignation des juges, la durée de leur mandat, la protection contre les pressions extérieures, et un degré suffisant d'apparence d'indépendance²⁷⁵⁴. Plus largement, le principe d'impartialité demeure étroitement lié à celui d'indépendance de sorte que ceux-ci forment une garantie du

²⁷⁵⁰ Art. L. 131-2 du Code de justice administrative : « Les membres du Conseil d'État exercent leurs fonctions en toute indépendance, dignité, impartialité, intégrité et probité et se comportent de façon à prévenir tout doute légitime à cet égard. Ils s'abstiennent de tout acte ou comportement à caractère public incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions. Ils ne peuvent se prévaloir, à l'appui d'une activité politique, de leur appartenance au Conseil d'État ».

²⁷⁵¹ Voir, art. L. 131-1 à L. 131-6 du Code de justice administrative.

²⁷⁵² Dans un arrêt récent, concernant la Cour constitutionnelle de Pologne, la Cour a rappelé que l'exigence d'indépendance est « inhérente à la mission de juger, relève du contenu essentiel du droit à une protection juridictionnelle effective et du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment la valeur de l'État de droit ». CJUE, 19 novembre 2019, *A. K. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, aff. C-585/18, §120.

²⁷⁵³ Voir, CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18, §66 ; CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18, §74.

²⁷⁵⁴ La Cour a par exemple listé ces critères dans deux arrêts. Voir, CEDH, 22 juin 1989, *Langborder c. Suède*, n° 11179/84, §32 ; CEDH, Gr. Ch., 6 mars 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, n° 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, §190. Dans cette dernière affaire, la Cour précise, en effet, que l'indépendance suppose l'existence de garanties procédurales de séparation entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs constitués (§193). En outre, celle-ci a précisé que la nomination des juges par le pouvoir exécutif et leur révocabilité ne constituaient pas une violation de l'article 6§1 CEDH, à condition que ceux-ci soient exempts de toutes pressions dans l'exercice de leurs fonctions. Voir, CEDH, 3 juillet 2007, *Flux c. Moldova*, n° 31001/01, §27.

droit à un procès équitable²⁷⁵⁵. Toujours selon la Cour, l'impartialité est identifiée, *lato sensu*, comme l'absence de préjugé ou de parti pris de la part du juge²⁷⁵⁶. Aussi est-elle à l'origine de la distinction entre impartialité subjective et impartialité objective, résumant son champ d'application²⁷⁵⁷. Selon une démarche subjective, elle garantit l'indépendance des juges dans leur formation et l'exercice de leurs fonctions. Elle assure, par exemple, l'absence de parti pris ou de préjugés de la part du juge dans une affaire²⁷⁵⁸. Selon une démarche objective, « elle touche aux garanties d'indépendance dont bénéficie le juge au regard du fonctionnement et de la structure même système judiciaire »²⁷⁵⁹. Elle implique, en somme, que le législateur national veille à prévoir un ensemble de garanties propices à écarter tout doute raisonnable quant à la partialité des juges, autant dans le fonctionnement que dans l'apparence²⁷⁶⁰. L'enjeu du principe d'impartialité sous ces deux facettes est ainsi de préserver « la confiance que les tribunaux se doivent d'inspirer aux justiciables dans une société démocratique »²⁷⁶¹. En résumé, « si l'on fonde l'existence d'un pouvoir judiciaire sur le droit du justiciable de bénéficier d'un procès équitable et de pouvoir faire valoir les droits qui lui sont reconnus, c'est l'impartialité qui constitue l'élément légitimant de la fonction du juge »²⁷⁶².

b. Une garantie supplémentaire par le principe d'inamovibilité des juges

463. Les contours de la notion. L'indépendance et l'impartialité trouvent, ensuite, un corollaire dans le principe d'inamovibilité²⁷⁶³. Indispensable au bon fonctionnement du service public de la justice, elle est à la fois une garantie « pour l'exercice de la fonction juridictionnelle »

²⁷⁵⁵ Ces deux principes, selon les circonstances, peuvent être examinés conjointement par le juge. Voir, CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01, §62 ; CEDH, Gr. Ch., 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, n° 55391/13, 57728/13, 74041/13, §§150-156.

²⁷⁵⁶ CEDH, 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96, §43.

²⁷⁵⁷ CEDH, Gr. Ch., 15 janvier 2008, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, §93.

²⁷⁵⁸ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n° 6878/75, 7238/75, §58.

²⁷⁵⁹ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 33.

²⁷⁶⁰ Il s'agit notamment de ce que la Cour appelait également « l'impartialité structurelle ». Voir, CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, n° 10328/83, §63. Pour plus de précisions sur la question, voir : MILANO (L.), « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2019, n° 3. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-separation-des-pouvoirs-et-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme>.

²⁷⁶¹ CEDH, 23 avril 2015, *Morice c. France*, n° 293669/10, §78. Voir également, CEDH, 15 juillet 2005, *Mežnarić. Croatie*, n° 71615/01, §32 ; CEDH, Gr. Ch., 15 janvier 2008, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06, §98 ; CEDH, 9 juillet 2015, *A. K. c. Liechtenstein*, n° 38191/12, §§82-83.

²⁷⁶² MATHIEU (B.), « La justice : quel statut pour quelles fonctions ? », in GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, op. cit., p. 38.

²⁷⁶³ RENOUX (T. S.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Paris, Economica, 1984, p. 136.

et « contre l'arbitraire du pouvoir politique »²⁷⁶⁴. Elle consiste en ce que le juge « ne peut être juridiquement obligé, dans l'exercice de ses fonctions, par aucune norme individuelle (ordre) d'un autre organe et, en particulier, d'un organe supérieur ou appartenant à un autre groupe d'autorités et n'est lié par suite qu'aux seules normes générales et essentiellement aux lois et aux règlements légaux »²⁷⁶⁵. Comme l'a illustré Benjamin CONSTANT, il s'agit là d'une garantie indispensable contre la corruption de la fonction juridictionnelle par le pouvoir politique. Ainsi dira-t-il qu'« un juge amovible ou révocable est plus dangereux qu'un juge qui a acheté son emploi. Avoir acheté sa place est une chose moins corruptrice qu'avoir toujours à redouter de perdre sa place »²⁷⁶⁶. En droit positif, le principe trouve son fondement à l'article 64 de la Constitution, lequel prévoit expressément que « les magistrats du siège sont inamovibles ». Il s'agit donc d'une obligation constitutionnelle.

464. La portée de la notion. Le Conseil constitutionnel en a précisé la teneur en affirmant « qu'il incombe au législateur organique, dans l'exercice de sa compétence relative au statut des magistrats, de se conformer aux règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en particulier, doivent être respectés non seulement le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire et la règle de l'inamovibilité des magistrats du siège, comme l'exige l'article 64 de la Constitution [...] »²⁷⁶⁷. Plus concrètement, elle signifie pour le magistrat l'assurance de conserver son indépendance et, notamment, qu'aucune mutation ne puisse lui être imposée, sauf à ce que celui-ci y ait consenti. Il s'agit là d'une garantie générale applicable aux magistrats de l'ordre judiciaire. Par extension de la décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 1980, érigeant l'indépendance des juridictions administratives en principe fondamental reconnu par les lois de la République²⁷⁶⁸, l'inamovibilité s'applique également à ses magistrats aux termes de

²⁷⁶⁴ Nous renvoyons, sur ce thème, à la thèse d'Olivier PLUEN, dont les développements ont largement éclaircis et précisés les contours et les enjeux de la notion. PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, Paris, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses, 2013, spéc. pp. 695-739.

²⁷⁶⁵ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 213.

²⁷⁶⁶ CONSTANT (B.), *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, Imprimerie de Hocquet, n° 4, 1814, p. 34. Disponible en ligne à l'adresse : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1131809/f3.image.texteImage>.

²⁷⁶⁷ Cons. const., n° 98-396 DC, 19 février 1998, *Loi organique portant recrutement exceptionnel de magistrats de l'ordre judiciaire et modifiant les conditions de recrutement des conseillers de cour d'appel en service extraordinaire*, cons. 3. Voir sur ce point, CANIVET (G.), « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16. Disponible à l'adresse, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-judiciaire-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel>. Le Conseil a par ailleurs confirmé cette position plus récemment. Voir, Cons. const., n° 2019-779 DC, 21 mars 2019, *Loi organique relative au renforcement de l'organisation des juridictions*, cons. 20.

²⁷⁶⁸ Cons. const., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6.

l'article L. 231-3 du Code de justice administrative²⁷⁶⁹. Une exception demeure, néanmoins, pour les membres du Conseil d'État, par l'absence de garanties textuelles précises, notamment en raison de double fonction de la juridiction (contentieuse et consultative). Les membres dits « ordinaires » peuvent également exercer d'autres fonctions administratives compatibles²⁷⁷⁰. Ainsi, l'inamovibilité est « une garantie essentielle »²⁷⁷¹ à l'accomplissement de leur fonction.

c. Des spécificités persistances concernant la juridiction constitutionnelle

465. La construction d'une légitimité démocratique sans le peuple. « C'est ici la notion de protection qui va être au centre de tous ces mouvements et de toutes les réformes relatives à l'augmentation croissante des pouvoirs et de la charge du juge. En principe, la logique est claire : le juge est mieux placé pour protéger les droits et les libertés individuelles en raison de son indépendance et de son impartialité »²⁷⁷². La qualification du juge constitutionnel en tant qu'autorité juridictionnelle permet d'apprécier sa légitimité, non sur un angle axiologique, mais du point de vue d'une légitimité légale. Selon une démarche descriptive, le caractère juridictionnel peut être considéré comme suffisant : c'est le modèle de tiers impartial qui fonde principalement sa légitimité démocratique. La logique est d'une certaine manière renversée, car le juge n'est ici pas présenté comme un acteur « transcendantal » de la communauté politique, mais comme un acteur immanent du système juridique²⁷⁷³. Tout d'abord, le référendum d'octobre 1958 a été le premier acte d'acceptation du juge constitutionnel par le peuple. Or, ce dernier témoigne son approbation sur une constitution sans la Déclaration de 1789 et sur un Conseil constitutionnel en tant qu'institution chargée d'assurer la séparation entre les domaines législatif et réglementaire. Concernant ensuite les grandes étapes de son émancipation, à savoir la décision du 16 juillet 1971²⁷⁷⁴, la réforme de 1974²⁷⁷⁵ ou encore celle de 2008 instaurant la

²⁷⁶⁹ « Lorsqu'ils exercent leurs fonctions de magistrats dans une juridiction administrative, les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ne peuvent recevoir, sans leur consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ».

²⁷⁷⁰ Voir, art. R. 121-5 et R. 131-1 du Code de justice administrative. Pour des développements détaillés sur cette question, voir : PLUEN (O.), *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, *op. cit.*, pp. 741-748..

²⁷⁷¹ CSM, *Rapport d'activité 2018*, Paris, La documentation française, 2019, p. 133.

²⁷⁷² GOLOVKO (L.), « Le rôle du juge, entre protection et légitimation », *op. cit.*, p. 40.

²⁷⁷³ JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2009, n° 2, p. 23..

²⁷⁷⁴ Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

²⁷⁷⁵ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, JORF du 30 octobre 1974, p. 11035.

QPC²⁷⁷⁶, celles-ci sont intervenues sans consultation du peuple. C'est la représentation nationale qui a constitué les droits fondamentaux protégés par la Constitution et les conditions nécessaires pour opposer des droits subjectifs au législateur. « La métamorphose du chien de garde du Parlement en une cour constitutionnelle ne repose qu'aucune légitimité populaire directe. La nouvelle Constitution et son juge s'inscrivent dans une légitimité sans le peuple »²⁷⁷⁷. Il demeure alors peu pertinent de lui allouer une légitimité politique basée sur l'organe, à l'instar des autres pouvoirs constitués. L'argument du Doyen VEDEL selon lequel le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot et doit céder face à la décision du constituant ne résout pas non plus le problème²⁷⁷⁸. La pratique montre, en effet, que ce cas de figure demeure surtout un cas d'école et ne permet donc pas de résoudre le problème de légitimité populaire précédemment énoncé.

466. La fonction légitimante du caractère juridictionnel. L'indépendance et l'impartialité accompagnent enfin un régime particulier de responsabilité qui complète et structure l'autonomie du pouvoir juridictionnel. Si elle est bien évidemment admise pour les magistrats sur le plan individuel, disciplinaire, pénal et civil, toute responsabilité politique est exclue concernant le pouvoir juridictionnel. En effet, « excluant une responsabilité devant les deux autres pouvoirs, l'instance juridictionnelle doit déployer une forme autonome et propre »²⁷⁷⁹. Ce point permet par ailleurs de soutenir le caractère juridictionnel Conseil constitutionnel²⁷⁸⁰. Considérant de nouveau la responsabilité politique comme un élément de reddition des comptes propres aux mécanismes politiques du régime représentatif²⁷⁸¹, cet argument vient soutenir la spécificité du pouvoir juridictionnel au sein de la séparation des pouvoirs, ainsi que la négation de sa nature d'organe politique au sens du droit positif. Dès lors,

²⁷⁷⁶ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n° 171 du 24 juillet 2008.

²⁷⁷⁷ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 264.

²⁷⁷⁸ Voir, VEDEL (G.), « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFD*, 1992, n° 2, p. 180.

²⁷⁷⁹ BIOY (X.), « L'émergence d'une troisième fonction constitutionnelle : la faculté d'empêcher juridictionnelle », *in* MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 231.

²⁷⁸⁰ Comme l'exprimait à ce propos Jean RIVERO, au sujet du juge constitutionnel et du contrôle de constitutionnalité des lois, « la substitution à la volonté du Parlement de celle d'un groupe dénué de responsabilité qui fait glisser ses propres préférences dans le moule flexible des formules constitutionnelles a cessé d'être un mythe et est devenue une possibilité ». RIVERO (J.), « Note sous la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 », *AJDA*, 1975, n° s. n, p. 134.

²⁷⁸¹ Il est ici considéré, à l'instar du Professeur MANIN, que la responsabilité est un élément d'identification du pouvoir politique dans un régime démocratique. « Les institutions représentatives visaient à soumettre les gouvernants au jugement des gouvernés. C'est la reddition des comptes qui, depuis l'origine, constitue l'élément démocratique fondamental du lien représentatif ». MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*, p. 301.

« le seul moyen de justifier le contrôle de constitutionnalité (quel que soit l'organe qui l'exerce — qu'on le nomme juge ou non), c'est alors justement de soutenir l'argument inverse selon lequel, la nature de la fonction n'est pas politique, mais plutôt juridictionnelle »²⁷⁸². Allant plus loin, il ne s'agit pas non plus de nier le caractère politique de sa fonction, au regard de la nature du contrôle qu'il exerce, mais justement, de prendre seulement conscience que son statut de juridiction consiste précisément à transformer un conflit politique en un litige juridique²⁷⁸³. En d'autres termes, « la nature "juridictionnelle" de son intervention constitue non pas la négation de sa portée politique, mais, au contraire, le moyen de l'asseoir et de la rendre légitime »²⁷⁸⁴.

B. La question de la légitimité par l'organe : la nomination plutôt que l'élection

467. La légitimité démocratique du juge a cela de spécifique qu'elle se passe d'un critère fondamental à la démocratie : l'élection. Pourtant, autant en droit comparé qu'en histoire, la question de l'élection des juges a toujours mis en perspective l'intégration de la figure du juge dans la démocratie. Il apparaît de prime abord un paradoxe : « le principe démocratique d'autonomie répugne à laisser le jugement de la loi commune, expression de la "volonté générale", à une caste fermée de juges "arrivés" »²⁷⁸⁵. Or, le modèle désormais conventionnellement établi est celui de l'autonomie de la fonction juridictionnelle. C'est cette dernière qui lui procure sa légitimité démocratique, et ce, notamment, en accord avec les principes exigés dans un État de droit. Il en résulte que la fonction du juge est un critère premier de légitimité ; le point de vue organique devient alors secondaire²⁷⁸⁶. Autrement dit, un premier constat permet de postuler que le critère de l'élection n'est pas une condition exclusive de la démocratie ; un second montre, quant à lui, que la garantie des droits par un tiers impartial et indépendant demeure suffisante. Pour aboutir à ce résultat, il convient de revenir, premièrement, sur l'échec historique de l'élection des juges (1) afin de voir, deuxièmement, que le rejet de l'élection des juges s'est en réalité progressivement incarné comme une garantie

²⁷⁸² BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 63.

²⁷⁸³ EISENMANN (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, réed. PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1986, p. 137.

²⁷⁸⁴ HUMMEL (J.), « Portait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle de la "délicatesse" », *op. cit.*, p. 113.

²⁷⁸⁵ JOUANJAN (O.), « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », *op. cit.*, p. 49.

²⁷⁸⁶ BECHET-GOLOVKO (K.), « Le rôle et le statut du juge : un élément de l'État à la croisée de la politique et de la société civile », in GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, *op. cit.*, p. 208.

supplémentaire d'indépendance (2) qui a achevé, troisièmement, la promotion du « juge technicien » (3).

1. L'échec historique de l'élection des juges

468. Les projets révolutionnaires. Dans son ouvrage *De la démocratie en Amérique*, TOCQUEVILLE pointe la contradiction de principe relative au problème de l'élection des juges par un défaut de représentation par rapport à celui du Parlement²⁷⁸⁷. C'est à la Révolution de 1789 que cette question trouve un éclairage, lorsque le principe de légitimité voit sa logique inversée : la souveraineté divine (par le haut) laisse place à une souveraineté par le peuple (venant du bas). Tout pouvoir doit émaner de cette dernière selon le processus de représentation et par le biais de l'élection. Ainsi, le juge n'échappe pas à la réflexion²⁷⁸⁸. « Si “représenter, c'est vouloir”, deux questions demeurent : fallait-il nécessairement que les représentants soient élus et pourquoi tous les élus n'ont-ils pas été qualifiés de représentants ? S'il y a là quelque évidence, doit-on s'en contenter ou l'interroger ? »²⁷⁸⁹. Si le juge œuvre « au nom du peuple français », alors son pouvoir doit être fondé démocratiquement. Ces réflexions sont, par exemple, très éloquentes chez THOURET lors des débats constitutants, dans son discours du 24 mars 1790, lorsque celui-ci émet une proposition visant à faire élire les juges. L'enjeu est le suivant : rompre avec le système d'Ancien Régime. Si la Justice demeure rendue au nom du Roi²⁷⁹⁰, les juges doivent être élus par les justiciables. Pour ce faire, il est nécessaire barrer la route à la justice privée, à la vénalité et au corporatisme du pouvoir judiciaire²⁷⁹¹. « Pour avoir des représentants, il faut les élire »²⁷⁹². Son argument principal est celui de la cohérence avec le nouvel ordre établi, celui de la Déclaration de 1789, proclamant solennellement que tout pouvoir émane de la nation

²⁷⁸⁷ « [...] en refusant aux juges le droit de déclarer les lois inconstitutionnelles, nous donnons indirectement au corps législatif le pouvoir de changer la constitution, puisqu'il ne rencontre plus de barrière légale qui l'arrête. Mais mieux vaut encore accorder la pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, qu'à d'autres qui ne représentent qu'eux-mêmes ». TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique*, t. 1, livre I, chap. VI.

²⁷⁸⁸ Pour un développement en ce sens, voir notamment : ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1979, p. 217-223.

²⁷⁸⁹ BRUNET (P.), « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n° 2, p. 27.

²⁷⁹⁰ Ce principe se retrouve dans la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire selon laquelle « la justice sera rendue au nom du Roi » (Titre II, art. 1^{er}).

²⁷⁹¹ « Le comité vous propose par les cinq premiers articles du titre 1^{er} de son projet, de consacrer, comme maximes inaliénables, que la justice ne peut être rendue qu'au nom du roi, que les juges doivent être élus par les justiciables, et institués par le roi, qu'aucun office de judiciaire ne pourra être vénal, et que la justice soit rendue gratuitement ». THOURET (J. G.), « Discussion sur la nouvelle organisation du pouvoir judiciaire », Discours du 24 mars 1790, *Archives parlementaires*, t. XII, p. 344.

²⁷⁹² THOURET (J. G.), Discours du 3 novembre 1789, *Archives parlementaires*, t. IX, p. 654.

expression de la volonté générale²⁷⁹³ et prévoyant l'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics²⁷⁹⁴. Ainsi sont ses mots : « Tous les pouvoirs avons-nous dit dans la Déclaration des droits émanent essentiellement de la nation, et sont confiés par elle ? Il n'y en a pas qui agisse plus directement, plus habituellement sur les citoyens, que le pouvoir judiciaire. Les dépositaires de ce pouvoir sont donc ceux sur le choix desquels la nation a le plus grand intérêt d'influer. [...] Les articles de la Déclaration des droits sont les phares que vous avez élevés pour éclairer la route que vous deviez parcourir. Vous ne pourriez donc plus, sans une inconséquence lâcheuse, maintenir les juges que les chances de l'hérédité et du commerce des offices ont placés dans les tribunaux par le plus inconstitutionnel de tous les titres, tant que ces titres ne seront pas purifiés par l'élection libre des justiciables. [...] Concluons qu'il est nécessaire de recomposer constitutionnellement tous nos tribunaux dont l'état actuel est inconciliable avec l'esprit et les principes de notre constitution régénérée »²⁷⁹⁵.

469. La recherche d'une autre légitimité. Dans cette lignée, la loi des 16 et 24 août 1790 proclame que « les juges seront élus par les justiciables »²⁷⁹⁶, suivie par la Constitution de 1791 énonçant que « le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple »²⁷⁹⁷. Or, le principe ne perdure pas. La Constitution du 24 juin 1793 maintient l'élection des juges criminels et de cassation selon le principe du suffrage indirect²⁷⁹⁸. Le principe de l'élection résiste surtout à travers le juge de paix²⁷⁹⁹ qui bénéficie de l'image la plus représentative de la justice exercée par le peuple. S'il symbolise à la fois la paix et l'inclusion de la société dans le processus de justice, trouvant par ailleurs inspiration bien auparavant dans l'histoire²⁸⁰⁰, il demeure une justice de conciliation ou de médiation visant à éviter un procès²⁸⁰¹. La légitimité de la justice au regard du principe de souveraineté trouve alors une autre justification par une

²⁷⁹³ Art. 6, DDHC 1789.

²⁷⁹⁴ Art. 15, DDHC 1789.

²⁷⁹⁵ THOURET (J. G.), « Discussion sur la nouvelle organisation du pouvoir judiciaire », *op. cit.*, pp. 344-345.

²⁷⁹⁶ Loi 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Titre II, art. 3.

²⁷⁹⁷ Const. 1791, titre III, art. 5.

²⁷⁹⁸ Const. 1793, art. 9 : Le peuple souverain « délègue à des électeurs le choix des administrateurs, des arbitres publics, des juges criminels et de cassation ». Art. 97 : « Les juges criminels sont élus tous les ans par les Assemblées électorales ».

²⁷⁹⁹ Const. 1793, art. 88 : « Il y a des juges de paix élus par les citoyens des arrondissements déterminés par la loi ».

²⁸⁰⁰ On peut citer, notamment, l'exemple du tirage au sort des citoyens par les citoyens de l'ecclésiastique pour former l'assemblée du peuple, l'Héliée, par la réforme intentée par SOLON. Ainsi le peuple était appelé à participer aux décisions de justice. On retrouve plus tard le concept de juge de paix dans le pamphlet de VOLTAIRE sur les « faiseurs de paix » où celui présente le modèle hollandais d'une justice conciliatrice dans le domaine des affaires civiles et commerciales permettant d'éviter le procès traditionnel et privilégiant un règlement amiable des litiges. Voir, VOLTAIRE (F.-M. A.), « Fragments d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande », 1739, *Œuvres*, Mélanges 2, t. 38, Paris, Firmin-Didot, 1830, p. 445.

²⁸⁰¹ HUMBERT (S.), « Les citoyens juges de paix », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, p. 175.

vision administrative de l'institution judiciaire, particulièrement à partir de l'Empire et des grandes codifications²⁸⁰². Pour la professeure KRIEGEL, c'est précisément l'avènement de l'État administratif qui a anéanti la justice dans son rôle politique²⁸⁰³. D'une part, la suprématie de la fonction législative, source fondamentale d'expression la volonté générale et, d'autre part, la volonté de faire du juge un strict « applicateur » de la loi²⁸⁰⁴, suffisent à en reconnaître l'origine populaire, aussi indirecte soit-elle. « Les juges n'étant pas élus, ils sont illégitimes ou, du moins, leur légitimité est faible. On n'admet guère qu'agissant ou décidant au nom du peuple, ils le *représentent*. À tout le moins, on leur concède une légitimité dérivée puisqu'ils sont nommés par une autorité élue (le président la République) et appliquent une loi votée par les représentants du peuple »²⁸⁰⁵. L'ancrage de ce principe se poursuit sous la III^e République sous couverture de la légitimité suprême du législateur. De manière symbolique, les salles d'audiences y sont par exemple ornées de l'expression « emplacement réservé au peuple », afin de rappeler que celui-ci participe à l'expression de la volonté générale²⁸⁰⁶.

470. La justice est imprégnée par la démocratie en représentant l'expression du souverain. Elle rappelle en même temps les réflexions relatives à un rôle potentiel des justiciables en démocratie par l'exemple de la controverse sur l'élection des juges. Aux origines, autrement dit, la politisation de la justice a été en quelque sorte manquée. Or, faute de pouvoir bénéficier d'une reconnaissance plus directe par le peuple, à l'instar des autres pouvoirs, la justice va développer une légitimité précisément *a contrario* de cette logique, en marquant sa singularité par son indépendance et sa spécialisation.

2. Une garantie supplémentaire d'indépendance

471. La confrontation des légitimités : l'élection ou la confiance. Bien entendu, l'émancipation historique du juge, notamment concernant la justice administrative, montre que

²⁸⁰² FOYER (J.), « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, pp. 20-25.

²⁸⁰³ KRIEGEL (B.), *Propos sur la démocratie. Essai sur un idéal politique*, Paris, Descartes & Cie, t. 3, 1994, pp. 64-69.

²⁸⁰⁴ La loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire est on ne peut plus claire à ce propos, « *les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* » (Titre II, art. 10) ; « *ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* » (Titre II, art. 12).

²⁸⁰⁵ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *op. cit.*, p. 145.

²⁸⁰⁶ POUMAREDE (P.), « L'élection des juges en débat sous la III^e République », in KRYNEN (J.) (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, p. 128.

la pratique s'est peu à peu détachée de la théorie sans que le modèle ne soit fondamentalement remis en question²⁸⁰⁷. C'est ensuite, après la Seconde Guerre mondiale, que le modèle universaliste des droits de l'homme a porté le juge sous un autre jour : il est celui qui protège l'homme dans sa globalité, même en cas de carence du législateur. Plus encore, il est considéré comme indispensable à rendre ces droits effectifs²⁸⁰⁸. Les droits de l'homme lient désormais tous les pouvoirs²⁸⁰⁹ et le juge en est un des porte-paroles privilégiés. À partir de là, la légitimité par la fonction s'élève à côté de la légitimité organique. Cette autonomisation du juge a ainsi contribué à lui procurer un modèle de légitimité par sa distance et par sa faculté d'opposition au pouvoir politique. En ce sens, d'aucuns se posent la question de savoir si l'élection des juges n'aurait pas pour conséquence une repolitisation de ces derniers qui, aujourd'hui, serait en contradiction avec la symbolique qu'il porte²⁸¹⁰. Or, dans cette logique, si le modèle du tiers impartial est l'élément identitaire du juge légitime pour la démocratie, alors une repolitisation ne viendrait ajouter qu'une contradiction à la contradiction et ferait ressurgir les problématiques évoquées à la Révolution. Néanmoins, cette focalisation sur la fonction a tout de même pu être réinterprétée comme une forme de repolitisation. En effet, concernant le juge constitutionnel, sa légitimité fonctionnelle a pu conduire à considérer que son interprétation des droits fondamentaux face à la loi votée faisait de lui un représentant du « peuple réel » (ou « peuple-principe »²⁸¹¹). Cependant, cette thèse ne peut être que de nature politique, au risque de contredire le droit positif et les principes d'indépendance et d'impartialité qui définissent sa légitimité. Tout n'est qu'affaire de construction et de justification. Comme le précise le professeur TROPER, « le juge constitutionnel est peut-être un représentant, mais pas celui du peuple réel. Le souverain qu'il représente n'est qu'une fiction, tout comme la notion dont le roi était un représentant en 1791 »²⁸¹². Son pouvoir d'interprétation laisse le principe d'autonomie démocratique face à une incertitude. En partant du postulat selon lequel l'interprétation est une activité de création de normes, il demeure impossible de savoir pertinemment si le juge fonde sa décision en raison ou en opportunité²⁸¹³, pas plus qu'il n'est possible de savoir si cette

²⁸⁰⁷ Voir sur ce point, SAINT-BONNET (F.), « Le droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au XIX^e siècle », *RDP*, 2012, n° 2, pp. 457-472.

²⁸⁰⁸ Voir, *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 1, sect. 1, §1, B.

²⁸⁰⁹ L'article 1^{er} de la loi Fondamentale allemande pour la République fédérale allemande du 23 mai 1949 en est un exemple éloquent : « *La dignité de l'être humain est intangible [...] Les droits fondamentaux lient les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires* ».

²⁸¹⁰ Voir, PORRET (M.), « Faut-il élire les juges ? », *L'Histoire*, 2012, n° 377, p. 1.

²⁸¹¹ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, p. 222.

²⁸¹² TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 346.

²⁸¹³ Voir par exemple, RIALS (S.), « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *op. cit.*, pp. 159-175.

décision favorise effectivement ou non la démocratie ou la garantie des droits de l'homme. Le professeur MILLARD s'interroge en ce sens : « en quoi la démocratie est encore démocratie si elle ne renvoie plus au pouvoir de ce que nous nommons les semblables de décider, mais aux valeurs que ces semblables, raisonnablement, choisiraient, et qu'un juge, raisonnable, peut finalement choisir pour eux ? »²⁸¹⁴ Selon ce point de vue, à défaut de certitude, une nomination équivaut à une « élection de confiance »²⁸¹⁵. Cette dernière est assurée précisément par les garanties relatives à l'impartialité et à l'indépendance ainsi qu'à la proximité que le juge est censé susciter vis-à-vis de la société civile.

472. La confrontation des fonctions : juger n'est pas gouverner. En effet, répondant à une requête présentée devant lui, le juge inspire « l'attention à toutes les particularités »²⁸¹⁶ du justiciable. La proximité est plutôt une conséquence de la fonction juridictionnelle qu'un sentiment éprouvé par les plaideurs. Partant de là, la légitimité démocratique du juge se satisfait d'une justice rendue « au nom du peuple français »²⁸¹⁷, corrigeant les écarts de la représentation politique. Mais pour le reste, celle-ci s'est déportée sur des aspects techniques propres à la fonction de juger. Le juge répond au modèle du tiers impartial et de « l'expert du droit »²⁸¹⁸ à côté du politique. Sa légitimité repose donc sur la justification et l'argumentation²⁸¹⁹. Cette logique trouve enfin un écho dans le débat bien connu autour du « gouvernement des juges »²⁸²⁰. « “Tarte à la crème” du constitutionnalisme classique » selon le Doyen FAVOREU²⁸²¹, ou simplement « mythe »²⁸²², celui-ci demeure et a été en partie renouvelé avec l'introduction de la Question prioritaire de constitutionnalité²⁸²³. Dans le cas présent, le critère de l'élection est

²⁸¹⁴ MILLARD (É.), « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionnalisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, op. cit., p. 249. Selon ces présupposés, le professeur MILLARD énonce à ce propos que cette vision de la démocratie change celle-ci en une « juristocratie » en annihilant son caractère. Ainsi poursuit-il : « En nous reposant sur les cours constitutionnelles, nous perdons assurément la démocratie : nous ne décidons plus et nous acceptons une juristocratie. D'un autre côté, nous ne pourrions jamais être certains que cette juristocratie protégera les droits de l'homme : parfois oui peut-être, parfois non sûrement ». (Ibid., p. 253).

²⁸¹⁵ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 257.

²⁸¹⁶ ROSANVALLON (P.), « La question de la légitimité démocratique des juges », *Après-demain*, 2014, n° 30, p. 6.

²⁸¹⁷ Par exemple, art. L. 2 du Code de justice administrative ; Art. L. 111-1 du Code de l'organisation judiciaire.

²⁸¹⁸ HAMON-MARGUIN (E.), « Conclusion », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, pp. 261-264.

²⁸¹⁹ ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 302.

²⁸²⁰ L'expression a été intronisée par Edouard LAMBERT, et a été ensuite largement médiatisée. Voir, LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, 276 p.

²⁸²¹ FAVOREU (L.), « De la démocratie à l'État de droit », op. cit., p. 157.

²⁸²² MASTOR (W.), « Énième retour sur la critique du “gouvernement des juges”. Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, 2021, n° 178, p. 37-50.

²⁸²³ Voir par exemple, TUKOV (C.), « La 5^e mue du Conseil constitutionnel ? Point sur l'État de droit et le gouvernement des juges », *JCP G*, 18 février 2013, n° 8, p. 386.

mobilisé afin de faire défaut à l'activité de « gouverner » du juge. Tout d'abord, le principe de séparation des pouvoirs a permis historiquement d'isoler le juge pour donner primauté à la loi. Ensuite, s'il peut être argué qu'aujourd'hui la limite de l'office du juge relève en grande partie d'une auto-contrainte (*self-restraint*) quant aux limites de ces compétences²⁸²⁴, il demeure que le juge n'a pas de pouvoir d'initiative ; ce qui constitue un critère majeur faisant défaut à sa faculté à gouverner²⁸²⁵. Cette garantie se concrétise par l'interdiction générale de saisine d'office²⁸²⁶, même si le Conseil constitutionnel a pu l'accepter dans certaines situations précises²⁸²⁷. En considérant, pour finir, que l'élection demeure le critère démocratique premier procurant une habilitation à gouverner, la non-élection des juges confirme leur inaptitude à prétendre se voir octroyer cette fonction. *Stricto sensu*, le juge étant habilité à trancher des litiges en confrontant des normes générales à des normes plus concrètes, « gouverner et juger constituent des fonctions qui s'excluent mutuellement dans un régime démocratique »²⁸²⁸.

²⁸²⁴ MASTOR (W.), « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 70.

²⁸²⁵ BECHILLON (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, n° 12, p. 973.

²⁸²⁶ En vertu des disposition de l'article 16 de la DDHC de 1789, le Conseil constitutionnel a en effet rappelé qu'« une juridiction ne saurait, en principe, disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ». Néanmoins, il précise, également, qu'il ne s'agit pas là d'une « interdiction générale et absolue, sauf si la procédure a pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition ». À l'exception de ces cas, celle-ci peut être justifiée à condition « qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité ». Cons. const., n° 2017-671 QPC, 10 novembre 2017, M. Antoine L. [*Saisine d'office du juge de l'application des peines*], cons. 6. En l'espèce, il a été jugé de la conformité de l'article 712-4 du Code de procédure pénale habilitant le juge de l'application des peines à se saisir d'office dans le cadre de mesures de suivi d'une mesure de sursis avec mise à l'épreuve. En revanche, il a également déclaré qu'un défaut d'impartialité s'oppose à toute capacité de saisine d'office. Cela a été, notamment, le cas de l'Agence française de lutte contre le dopage en raison d'une séparation insuffisante entre ses fonctions de jugement et de poursuite. Voir, Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, M. Axel N. [*Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives*], cons. 8 et 9.

²⁸²⁷ Le Conseil a par exemple accepté la faculté d'auto-saisine de certaines autorités administratives indépendantes auxquelles ont été reconnues une fonction juridictionnelle. Ce fut notamment le cas de l'Autorité de la concurrence. Voir, Cons. const., n° 2012-280 QPC, 13 octobre 2012, *Société Groupe Canal plus et autres* [*Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction*], cons. 21. Aussi a-t-il par ailleurs accepté l'auto-saisine d'un tribunal de commerce en matière d'entreprises en difficulté à condition que celui-ci ne prononce pas de sanction ayant le caractère de punition et qu'un motif d'intérêt général le justifie. Voir, Cons. const., n° 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres* [*Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire*], cons. 7. Voir, FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *Recueil Dalloz*, 2013, n° 1, chron., pp. 28-33.

²⁸²⁸ PFERSMANN (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in BRONDEL (S.), FOULQUIER (N.), HEUSCLING (L.), (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. Science politique, 2001, pp. 39-40.

3. La promotion du « juge-technicien »

473. L'absence d'élection est, par extension, une garantie d'indépendance et d'impartialité, car elle tient le juge à distance du politique et des engagements partisans. Il est, de ce fait, protégé par l'influence de l'opinion pour concentrer son action sur la résolution de litiges par la technique du droit. Telle est, d'ailleurs, une des conditions majeures de « dépolitisation ». Il s'agit là de deux composantes significatives de l'exigence d'impartialité de la démocratie constitutionnelle, tendant à assimiler la méthode du juge à une méthode scientifique. Comme l'évoque Carl J. FRIEDRICH, « l'attitude judiciaire et l'attitude scientifique ont, en commun, une qualité importante, le “désintéressement”, ou plutôt l'effort vers le désintéressement »²⁸²⁹. Ce présupposé est, là encore, produit par la modernité juridique. En effet, l'héritage historique relatif à l'élection des juges est aujourd'hui réduit à quelques exemples ciblés, tels les jurys et certains tribunaux spécialisés (a). Le modèle standard applicable aux juges demeure celui de la sélection par concours (b). Le modèle du juge technicien justifie effectivement ce type de recrutement. Néanmoins, si ce procédé domine sur le plan quantitatif, il n'est pas applicable au juge de la Constitution. La sélection des membres du Conseil constitutionnel est liée à la spécialité de son office. Si son caractère juridictionnel est affirmé, la sélection de ses juges témoigne pourtant, malgré la particularité de son habilitation, de certaines incertitudes à sa justification démocratique (c). Ces exemples montrent ainsi que l'ambition d'une repolitisation ne peut être comprise que dans sa spécificité et non dans les critères traditionnels qui fondent la nature politique d'un organe démocratique.

a. Les exceptions : les jurys et tribunaux spécialisés

474. L'impératif de représentativité. La représentation au sein des tribunaux concerne principalement les Conseils de prud'hommes ou les tribunaux de commerce, précisément de répondre à la spécialité de leurs compétences et dans un souci de représentativité de certaines catégories professionnelles²⁸³⁰. La question de l'impartialité de ce genre de formation de jugement s'est à ce propos posée, au sens où la représentation socioprofessionnelle, d'une certaine manière, entre en contradiction avec la logique du tiers impartial. La spécialisation de

²⁸²⁹ FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, op. cit., p. 135.

²⁸³⁰ Voir à ce propos, UNTERMAIER (C.), « Les tribunaux de commerce, une juridiction d'exception à la croisée des chemins », *Après-demain*, 2014, n° 30, pp. 25-26 ; WILLEMEZ (L.), « Élire les juges et représenter le monde du travail », *Travail et emploi*, 2015, n° 144, pp. 7-29.

ces tribunaux est ici ce qui semble compenser leur indépendance organique. Selon le Conseil constitutionnel, il s'agit, pour ce genre de juridiction, de privilégier l'impartialité envers le justiciable plutôt que l'indépendance en tant que telle²⁸³¹.

475. Les jurys, le reliquat historique du souverain-juge. L'autre implication du peuple à la fonction juridictionnelle est celle concernant les jurés d'assises²⁸³². Basé sur le système du tirage au sort à partir des listes électorales, le principe du jury concerne tout citoyen²⁸³³. Il confère la capacité de participer temporairement à la fonction juridictionnelle, aux côtés des magistrats professionnels au jugement des crimes, et est soumis à l'exigence de prestation de serment. Sauf exception, la fonction de juré est une obligation, dérivée des devoirs civiques dont doit s'acquitter tout citoyen, et demeure soumise à indemnité compensatoire²⁸³⁴. Selon un discours institutionnel, il s'agit là de « l'une des expressions les plus abouties de la démocratie »²⁸³⁵. L'idée n'est d'ailleurs pas sans rappeler les jurés dans l'Antiquité grecque (*dikastes*) et fait écho à *La Politique* d'ARISTOTE, pour qui juger et voter sont les deux qualités intrinsèques et inséparables de la citoyenneté²⁸³⁶. Démocratique²⁸³⁷, en effet, par la procédure et par le symbole, le rôle du juré a été tari par l'histoire²⁸³⁸. Il demeure cependant une exception à l'exigence de spécialisation et professionnalisation des juges qui s'est progressivement développée et formalisée comme élément identitaire de la fonction juridictionnelle²⁸³⁹. Elle vise

²⁸³¹ Cons. const., n° 2014-704 DC, 11 décembre 2014, *Loi relative à la désignation des Conseillers prud'hommes*, cons. 15-16.

²⁸³² De manière générale, voir les articles 259 à 267 du Code de procédure pénale.

²⁸³³ Pour prétendre à être juré, les conditions sont par exemple d'avoir la nationalité française, avoir au moins 23 ans, savoir lire et écrire et ne pas se trouver en situation d'incapacité ou d'incompatibilité avec la fonction. Voir, loi n° 78-788 du 28 juillet 1978 portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises, JORF du 29 juillet 1978, p. 2936.

²⁸³⁴ Pour une analyse critique, voir : JELLAB (A.), GIGLIO-JACQUEMOT (A.), « Les jurés populaires et les épreuves de la cour d'assises : entre légitimité d'un regard profane et interpellation du pouvoir des juges », *L'Année sociologique*, 2012, vol. 62, pp. 143-193.

²⁸³⁵ Voir, en ce sens, le « Guide des jurés d'assises » publié par le Ministère de la Justice : http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_jures_assises.pdf, p. 9.

²⁸³⁶ « Un citoyen au sens plein du terme se définit adéquatement par sa double participation à une fonction judiciaire et une fonction publique ». ARISTOTE, *La politique*, 1275, trad. P. Pellegrin, in *Les Politiques*, Paris, Flammarion, 1993, p. 207, cité in ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 199.

²⁸³⁷ Voir, SCHAFFHAUSER (D.), « L'échevinage en cour d'assises : la démocratie à l'épreuve », *Les cahiers de la justice*, 2012, n° 1, pp. 15-30.

²⁸³⁸ « Universellement célébré un siècle plus tôt comme une des formes les plus manifeste de la liberté, il finit par symboliser aux yeux des élites l'irrationalité du nombre ». ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 226. Pour une étude historique, voir, par exemple : SCHNAPPER (B.), « Le jury français aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles », in PADOA SCHIOPPA (A.), *The rial jury in England, France, Germany. 1700-1900*, Berlin, Dunker & Humblot, 1987, pp. 163-239 ; DAVID (M.), « Jury populaire et souveraineté », *Droit et société*, 1997, n° 36-37, pp. 401-449.

²⁸³⁹ Le cas des juges non professionnels trouve également une illustration avec les juges de proximité. Comme l'a précisé le Conseil constitutionnel, ces derniers sont soumis au même régime que les magistrats exerçant à titre temporaire en vertu de la loi organique relative au statut de magistrature associée à l'article 64 de la Constitution.

à une « représentation de la diversité sociale dans la justice »²⁸⁴⁰. Si l'importance de cette représentation sociale correspond de manière plus pertinente au modèle de justice américain²⁸⁴¹, par exemple, elle laisse entrevoir en France, par ailleurs, une contradiction avec le principe d'universalité²⁸⁴², qui reflète l'imperfection de la distinction entre citoyen, non-citoyen, national et non-national. Comme le fait remarquer Denis SALAS, « il reste un déséquilibre structurel entre le fait d'être jugé, qui concerne toute personne, et celui de la capacité à juger, qui exclut les personnes non titulaires de la nationalité française. Le jury a encore du chemin à parcourir pour être à l'image d'une société démocratique »²⁸⁴³. Le problème reste cependant entier, car si la justice est une fonction souveraine, comment justifier la participation à son exercice à un individu non identifié comme souverain ? L'universalité et la démocratie se confrontent ici encore, à l'avantage de la citoyenneté qui, comme vu précédemment, bénéficie de son héritage révolutionnaire. Néanmoins, cet héritage est aussi celui du juge nommé, qui s'est imposé comme modèle général de recrutement.

b. Le régime commun d'une sélection par concours

476. Selon un principe général, le statut des juges relève de celui de la magistrature. Cette appartenance à la fonction publique illustre, à ce propos, le modèle du juge « technicien ». D'une part, il garantit le caractère régalien de la justice. D'autre part, le recrutement par voie de concours assure une logique de sélection par la compétence. Principalement recrutés par voie de concours internes ou externes²⁸⁴⁴, que cela soit par l'École nationale de la magistrature pour

Ainsi sont-ils soumis aux mêmes droits et obligations que la magistrature judiciaire professionnelle sans pour autant en faire partie. Voir, art. 41-10 à 41-16, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; Cons. const., n° 2003-466 DC, 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, cons. 9 à 15.

²⁸⁴⁰ BIOY (X.), HOURQUEBIE (F.), « Justice et démocratie », *op. cit.*, p. 32.

²⁸⁴¹ Comme l'explique en ce sens Denis SALAS, la symbolique de la justice de *common law* reste la plus pertinente au regard de ce modèle. : « *Aux États-Unis, la notion de procès équitable et de fair trial exige que les listes de jurés représentent un "juste segment de la société" (fair cross-section of the society). Les plaideurs ont le droit de demander à ce que tout groupe visible ne soit pas exclu de cette liste. Dans la conception américaine du jury, l'égalité participation de tous à cette institution démocratique est un gage de légitimité, mais aussi d'exactitude des verdicts rendus* ». SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, p. 149.

²⁸⁴² Voir, *supra*, Partie 1, Titre 1, sect. 1, §2.

²⁸⁴³ SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *op. cit.*, p. 149.

²⁸⁴⁴ Le concours demeure la voie commune de recrutement et la première sur le plan quantitatif. Mais il est également prévu des recrutements hors concours, basés notamment sur des conditions d'âge et de qualification professionnelle. Pour les magistrats de l'ordre judiciaire, on trouve, par exemple, la nomination directe en qualité d'auditeur de justice à l'ENM (art. 18-1 et 18-2 du statut de la magistrature), l'intégration directe dans le corps judiciaire (art. 22 et 23 du statut de la magistrature), le détachement dans le corps judiciaire (art. 41 et 41-1 à 41-9 du statut de la magistrature), ou encore l'exercice de la magistrature à titre temporaire (art. 41-10 du statut de la magistrature). Concernant les membres des tribunaux administratifs le Code de justice administrative détaille

l'ordre judiciaire²⁸⁴⁵ ou, par exemple, par l'École nationale d'administration pour les juges administratifs²⁸⁴⁶, ceux-ci sont des agents de l'administration d'État. Ils sont ainsi dévoués au service public de la justice ayant cela de spécifique qu'il est orienté vers la garantie des droits²⁸⁴⁷. La légitimité démocratique de ce mode de désignation renvoie, par ricochets, aux critiques formulées envers la fonction publique d'État et ses représentations. Héritiers des « chefs de papier », et médiatisés sous le régime légicentriste de la III^e République²⁸⁴⁸, le fonctionnariat s'est donné l'image d'un « milieu fermé, assuré par la permanence, imbu de sa compétence et soudé par un fort esprit de corps : il entraîne une différenciation des rôles (fonctionnaire/administrés) et l'établissement d'une coupure tranchée avec l'extérieur »²⁸⁴⁹. Néanmoins, le cas des juges est ici spécifique, en ce que ces derniers sont, dans le principe, des agents de l'État indépendants de celui-ci²⁸⁵⁰. En outre, l'administration de la justice demeure un mode particulier par rapport à l'administration classique. En effet, « la justice suppose le procès, la mise en regard des parties, la sentence rendue *a posteriori*, la digitalisation et la capillarité de l'action [...] À l'opposé, l'Administration requiert l'arbitrage *a priori*, l'autorité et le commandement »²⁸⁵¹. Une illustration de cette spécificité est par exemple la supervision et le contrôle des recrutements est assuré par le Conseil national de la magistrature²⁸⁵², dont les missions ont été précisées par la loi organique

plusieurs voies d'accès. Il existe la nomination à tour extérieur (art. L. 233-3 et L. 233-4), le recrutement après détachement (art. L. 233-5) et, autre cas spécifique, par le concours de recrutement complémentaire (art. 233-6). Au sein du Conseil d'État, on peut également citer le cas des conseillers en service extraordinaire, participant à l'activité des sections administratives, nommés par décret pris en Conseil des ministres pour une durée de quatre ans et « *choisis parmi les personnalités qualifiées dans les différents domaines de l'activité nationale* » (art. L. 121-4). Pour finir, l'ensemble de ces recrutements se fait sous la surveillance du Conseil national de la magistrature. Voir, art. 25 de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n° 0186 du 11 août 2016, texte n° 1.

²⁸⁴⁵ Voir, Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; Décret n° 2001-1099 du 22 novembre 2001 relatif aux modalités de recrutement de magistrats prévu par l'article 21-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, modifié par le décret n° 2018-495 du 19 juin 2018.

²⁸⁴⁶ Concernant les concours internes et externes, voir les articles L. 233-6 et R. 233-8 à R. 233-14 du Code de justice administrative. Concernant le recrutement par le biais de l'École nationale d'administration pour les membres du Conseil d'État, voir l'article L. 233-2 du même code.

²⁸⁴⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre, Chap. 2, sect. 1, §2.

²⁸⁴⁸ LEGENDRE (P.), *Trésor historique de l'État en France : l'administration classique*, Paris, Fayard, coll. Les Savoirs, 1992, p. 397.

²⁸⁴⁹ CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, Paris, PUF, coll. Thémis/droit, 4^e éd., 2007, p. 26.

²⁸⁵⁰ BIOY (X.), « L'institution judiciaire sous la Ve République : de la logique administrative du service public appliquée à une autorité constitutionnelle », *RRJ*, 1999, n° 4, pp. 1093-1131.

²⁸⁵¹ KRIEGEL (B.), *Propos sur la démocratie. Essai sur un idéal politique*, op. cit., p. 68. L'auteur poursuit : « *Alors que la Justice met en scène le calcul des intérêts opposés et procède par sommation et débit, l'Administration se heurte à la difficulté de s'appuyer sur un consensus* ».

²⁸⁵² Selon le dernier rapport d'activité du Conseil supérieur de la magistrature, celui-ci s'est en effet prononcé sur 2182 nominations (hors nomination des juges de proximité) pour l'année 2018. CSM, *Rapport d'activité 2018*, Paris, La documentation française, 2019, p. 22.

n° 2016-1090 du 8 août 2016²⁸⁵³. Quantitativement, donc, le recrutement demeure la voie de principe et contribue à garantir au corps judiciaire l'image de juges spécialistes et professionnels. Cet enjeu est important pour la légitimité et la symbolique de la justice, car il s'agit de recruter, comme le rappelle par exemple Paul RICŒUR, « des hommes comme nous, mais élevés au-dessus de nous pour trancher les conflits au terme d'épreuves qualifiantes destinées à concourir à l'acceptabilité de la sentence »²⁸⁵⁴. Mais il ne s'agit pas non plus d'un absolu. Il demeure notamment une zone grise, et non des moindres, dans la nomination des juges constitutionnels.

c. Les incertitudes relatives à la nomination des juges constitutionnels

477. Un débat récurrent. La particularité de la justice constitutionnelle, notamment par ses relations avec le pouvoir politique, déteint en effet sur la sélection de ses membres. La question de la composition du Conseil constitutionnel renvoie à des débats relativement anciens et toujours d'actualité²⁸⁵⁵ en raison de l'autorité donnée aux pouvoirs exécutif et législatif sur la nomination²⁸⁵⁶. Souvent considéré comme une sorte de miroir de tendances politiques conjoncturelles, assumé lors de sa création, le Conseil s'est peu à peu affirmé en tant que juridiction²⁸⁵⁷. Si les juges constitutionnels sont de « vrais juges », tel que cela a pu être confirmé depuis la révision constitutionnelle de 2008 avec l'apparition du contrôle *a posteriori*, leur nomination fait néanmoins défaut aux exigences propres à la fonction juridictionnelle.

²⁸⁵³ Art. 3 à 24 de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, JORF n° 0186 du 11 août 2016, texte n° 1.

²⁸⁵⁴ RICŒUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2005, p. 30.

²⁸⁵⁵ Dès la création du Conseil constitutionnel, Charles EISENMAN évoquait déjà ce problème. Selon lui, « à considérer l'occupation de la majorité des fauteuils du Conseil, l'esprit de faveur, d'amitié et de complaisance est plus difficile à tuer que les malformations constitutionnelles ». EISENMAN (Ch.), « Palindromes ou stupeur ? », *Le Monde*, 5 mai 1959. Voir aussi, LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *RDP*, 1979, p. 27. Concernant des débats plus récents, voir (de manière non exhaustive) : WACHSMANN (P.), « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2010, n° 5. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html> ; ROUSSEAU (R.), « Les citoyens ne réclament pas davantage d'énarques ou de lois, mais des juges », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2014, n° 137, p. 7 ; PLUEN (O.), « La nomination des membres du Conseil constitutionnel à la lumière du discours présidentiel de 2010 pour l'inauguration de la QPC », *Constitutions*, 2019, n° 2 pp. 201-210.

²⁸⁵⁶ Aux termes de l'article 56 de la Constitution, « le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée. En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République. Le Président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage ».

²⁸⁵⁷ Nous renvoyons aux développements proposés par le professeur BECHILLON dans sa thèse, pour qui il s'agit « d'un problème qui n'en a plus un ». Voir, BECHILLON (D. de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, pp. 187-192.

L'exemple le plus frappant, qui dans la pratique ne semble pas être déterminant, est celui de la présence des anciens présidents de la République en tant que membre de droit²⁸⁵⁸.

478. L'inopportunité de l'élection. Des critiques d'ordre technique peuvent également être soulevées. Si la conjonction entre justice constitutionnelle et pouvoir politique est inévitable et si l'élection directe est, pour les raisons historiques précédemment énoncées, difficile à concevoir, l'enjeu est alors de se concentrer sur les principes de spécialisation et de professionnalisation qui font l'identité légitime de la fonction juridictionnelle aujourd'hui. C'est au regard de ces considérations qu'en 1928 Hans Kelsen a développé un ensemble de propositions. Tout d'abord, celui-ci préconise un nombre limité de membres dans le sens où le quorum des juges est investi d'une « mission purement juridique d'interprétation constitutionnelle »²⁸⁵⁹ qui n'obéit pas au principe de représentation politique, mais plutôt à celui de l'expertise juridique. Ce préalable conditionne, ensuite, la question du recrutement. À ce propos, le juriste autrichien prône une composition mixte : d'une part, par l'élection d'une partie des membres par le Parlement parmi une liste de candidats proposée par le gouvernement²⁸⁶⁰ et, d'autre part, par la nomination primordiale de professionnels du droit. Selon lui, « le tribunal a en effet le plus grand intérêt à renforcer lui-même son autorité en appelant à lui des spécialistes éminents »²⁸⁶¹. Cet équilibre permet ainsi de limiter le jeu des influences politiques au sein de la Cour sans nier pour autant les caractères propres à sa fonction. Il est ainsi assuré par la combinaison entre une légitimité démocratique et une légitimité d'expertise²⁸⁶². En effet, il ne s'agit pas de nier les prises de positions politiques, même de la part des spécialistes, mais avant tout de freiner les problèmes liés aux conflits d'intérêts issus des logiques partisans des partis politiques²⁸⁶³. L'argument de la spécialisation (et par

²⁸⁵⁸ La Commission dite « Jospin » en 2012 a fait remarquer en ce sens une des lacunes de la réforme de 2008, estimant que « l'appartenance de droit au Conseil constitutionnel de ceux qui ont été les plus hauts responsables politiques du pays entretient une forme de confusion entre fonctions juridictionnelles et fonctions politique » (Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, proposition n° 32, p. 102. Voir aussi, PLUEN (O.), « Pour une explication et une justification du maintien des anciens présidents au Conseil constitutionnel », *LPA*, 2016, n° spécial - n° 239, pp. 31-37.

²⁸⁵⁹ Kelsen (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 226.

²⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 227.

²⁸⁶¹ *Ibid.*

²⁸⁶² « Il faut que, par sa composition, la cour assure le mariage de types différents de légitimités, une légitimité démocratique (par l'élection d'une partie des juges au moins, par la présence même limitée de "politiques", ce que ne rejette pas Kelsen) et une légitimité d'expertise qui impose qu'un nombre significatif de juristes professionnels, qui ne sont pas toujours des juges, soit présent dans les collèges chargés de dire le droit constitutionnel ». JOUANJAN (O.), *Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation*, *op. cit.*, p. 48.

²⁸⁶³ « Si les autres sièges sont attribués à des spécialistes, ceux-ci peuvent tenir beaucoup plus compte des considérations purement techniques, parce qu'alors leur conscience politique est déchargée par la collaboration des membres appelés à la défense des intérêts proprement politiques ». (*Ibid.*).

extension de l'indépendance) peut être mobilisé, en outre, pour soutenir l'inopportunité d'une élection démocratique pour les juges ; premièrement parce que, symboliquement, l'élection est l'acte le plus éminemment politique, deuxièmement, parce qu'elle ne procure aucune garantie de choix d'une personne compétente et, troisièmement, en raison du fait qu'elle exige en amont l'utilisation d'une rhétorique politique visant à faire campagne, créer des ententes partisans, ce qui, en tout état de cause, vient se heurter à l'exigence d'impartialité et d'indépendance²⁸⁶⁴. L'argument est à la fois logique et historique. Il n'est en cela pas nouveau, et renvoie au plaidoyer déjà présenté outre-Atlantique par HAMILTON, pour qui les errements politiques des élections ne doivent imprégner la fonction des juges de la Constitution²⁸⁶⁵. « Une telle situation ne serait pas admissible dans la démocratie constitutionnelle française, la tradition juridique ne pouvant permettre de considérer le juge comme un relais, voire une tribune de l'opinion publique [...] Le pouvoir juridictionnel doit donc simplement entendre l'opinion sans lui obéir au risque de conforter les ressorts d'une opinion publique dont la première des caractéristiques est d'abolir toutes les distances institutionnelles »²⁸⁶⁶. Au regard de la pratique, il est aisé de constater que dans les démocraties européennes le principe de nomination des juges par le pouvoir exécutif et législatif demeure la norme. En revanche, il existe des différences quant aux conditions de sélection sur la spécialité des membres.

479. Des garanties insuffisantes de spécialisation et d'indépendance. En France, aux termes de l'article 56 de la Constitution, aucune obligation légale ne prévoit des critères de formation juridique, de même que le contrôle de la nomination n'est soumis qu'« seul avis de la commission permanente compétente à l'Assemblée nationale ». La nomination des membres est par ailleurs qualifiée d'« acte de gouvernement » par le Conseil d'État depuis sa jurisprudence *Dame Ba*²⁸⁶⁷ ce qui, comme l'a énoncé Jacques ROBERT²⁸⁶⁸, place ici le Conseil dans une situation analogue à celle du Parlement et de l'exécutif, ne le distinguant pas par sa fonction de garant des droits et libertés. Dans un arrêt de 2016, la haute juridiction administrative admet que l'exigence de l'avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature

²⁸⁶⁴ Voir sur ce point, HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 107.

²⁸⁶⁵ Selon ce dernier, « il y aurait, chez le juge, un trop grand désir d'acquiescer de la popularité pour espérer qu'il ne consulterait jamais que la Constitution et les lois ». HAMILTON (A.), *Le Fédéraliste* (1788), op. cit., p. 653.

²⁸⁶⁶ HOURQUEBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 44.

²⁸⁶⁷ CE ass., 9 avril 1999, *Dame Ba*, n° 195616.

²⁸⁶⁸ ROBERT (J.), « Nature juridique de la décision de nomination des membres du Conseil constitutionnel : à propos de l'arrêt *Dame Ba* du Conseil d'État », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n° 7. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/nature-juridique-de-la-decision-de-nomination-des-membres-du-conseil-constitutionnel-a-propos-de-l>.

prévue à l'article 65 de la Constitution « est une garantie essentielle de l'indépendance de l'autorité judiciaire et concourt au bon fonctionnement de l'institution judiciaire » et qu'en exerçant un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur cet avis, celui-ci peut vérifier « les mérites intrinsèques du candidat », son « d'adaptation au poste à pourvoir », au regard « des aptitudes de l'intéressé », des « exigences déontologiques et des besoins de l'institution judiciaire »²⁸⁶⁹. Si cette procédure est précisément prévue pour encadrer les nominations aux fonctions judiciaires, alors il est peut-être opportun de l'étendre aux institutions juridictionnelles *lato sensu*, et ainsi y impliquer le Conseil constitutionnel²⁸⁷⁰. Ensuite, depuis la révision de 2008, la nomination peut faire l'objet d'un éventuel droit de veto parlementaire à la majorité des 3/5^{ème}, ajouté au fait que les auditions des membres ont été rendues publiques²⁸⁷¹. Est en revanche assurée l'incompatibilité des membres du Conseil constitutionnel avec celle de ministre ou de membre du Parlement²⁸⁷². Le risque de politisation du Conseil reste cantonné, selon la formule emblématique de Robert BADINTER dans le journal *Le Monde* en 1982, à un « devoir d'ingratitude » des membres à l'égard ceux qui les ont nommés. À noter qu'à leur entrée en fonctions, les juges prêtent serment d'impartialité²⁸⁷³ et ont obligation, en vertu du décret du 13 novembre 1959, de « s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leurs fonctions »²⁸⁷⁴. En revanche, le fait d'avoir exercé des fonctions parlementaires ne porte pas atteinte au principe d'impartialité. En témoigne, par exemple, l'article 4 alinéa 4 du Règlement intérieur de Conseil prévoyant que « le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation » lors d'une séance²⁸⁷⁵. Si d'aucuns admettent un refus de « “normalisation” juridictionnelle », ou encore un

²⁸⁶⁹ CE, 8 juin 2016, n° 382736 et 386701.

²⁸⁷⁰ Voir à ce propos, WARSMANN (J.-L.), Rapport n° 892 du 15 mai 2008 au nom de la commission des lois sur le PLC n° 820 de modernisation des institutions de la V^e République, Ass. nat., 1^{re} lecture, p. 421.

²⁸⁷¹ Art. 16 et art. 46 des règlements du Sénat et de l'Assemblée nationale.

²⁸⁷² Art. 57 Const. 1958 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel vient préciser d'autres incompatibilités comme celles des fonctions au Conseil économique, social et environnemental, au défenseur des droits, ou à tout autre mandat électoral français ou au Parlement européen. L'article 10 prévoit ainsi la démission pour tout membre qui « *exerce une activité ou accepte une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre du Conseil ou qui n'aurait pas la jouissance des droits civils et politiques* ».

²⁸⁷³ « *Avant d'entrer en fonction, les membres nommés du Conseil constitutionnel prêtent serment devant le Président de la République. Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil* ». Art 3, Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, JORF du 9 novembre 1958, p.10129.

²⁸⁷⁴ Art. 1^{er}, Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations du Conseil constitutionnel, JORF du 15 novembre 1959 p. 10818.

²⁸⁷⁵ Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel. Il n'empêche cependant pas qu'un membre du Conseil décide de s'abstenir de siéger lors d'une séance à condition d'en

« rejet culturel de l'évolution du Conseil vers une vraie cour constitutionnelle »²⁸⁷⁶, ce dernier occupe donc toujours, parmi le modèle juridictionnel, la place du « cas à part ».

480. Un possible renforcement : quelques exemples de droit comparés. Dans d'autres pays européens, l'exigence de qualification et de formation est en revanche une obligation constitutionnelle. En Italie, par exemple, l'article 135 de la Constitution prévoit que les membres de la Cour constitutionnelle sont des juristes, ces derniers étant choisis parmi « les magistrats, même retraités, appartenant aux juridictions supérieures de l'ordre judiciaire ou administratif, les professeurs de droit des universités et les avocats comptent au moins vingt ans d'exercice ». Dans cette logique, l'article 159 de la Constitution espagnole dispose que les juges sont nommés « parmi les magistrats du siège et du parquet, les professeurs d'université, les fonctionnaires et les avocats », qu'ils doivent tous être des « juristes aux compétences reconnues », et comptant « plus de quinze ans d'expérience professionnelle ». En Allemagne, enfin, ceux-ci doivent posséder un « certificat d'aptitude aux fonctions de juge ». La loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale, associée à l'article 94 de la Loi fondamentale, prévoit notamment, que les juges doivent avoir « plus de 40 ans révolus », « satisfaire aux conditions d'accès à la magistrature du siège ou du parquet », « être habilités à exercer une profession juridique conformément aux modalités du traité d'union », de même que « toute activité professionnelle hormis celle de professeur de droit à une université allemande est incompatible avec la fonction de juge »²⁸⁷⁷. Il apparaît donc que si la politisation d'une Cour constitutionnelle est inévitable et logique, celle-ci peut être compensée par l'exigence de qualification de ses membres, de manière à ce que celle-ci jouisse du seuil de légitimité propice à conserver l'autorité de son nom.

481. Le critère de légitimité démocratique d'indépendance et d'impartialité semble finalement se substituer, voire aller à l'encontre, de la logique politique de l'élection. La fonction juridictionnelle trouve son autorité ailleurs, et plus précisément dans le modèle de la

informer le président (al. 1). De plus, les parties ont la possibilité de demander la récusation d'un membre en faisant une demande « *par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier.* » (al. 2). L'issue de la procédure est de l'appréciation du Conseil lui-même. En effet, le membre en question peut s'opposer à la présente demande, qui sera ensuite examinée par l'ensemble des juges, sans la présence du juge concerné.

²⁸⁷⁶ PLUEN (O.), « La nomination des membres du Conseil constitutionnel à la lumière du discours présidentiel de 2010 pour l'inauguration de la QPC », *op. cit.*, pp. 205-206.

²⁸⁷⁷ Loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale dans la version résultant de la notification du 11 août 1993 (Journal officiel fédéral – BGBl I p. 1473), modifiée en dernier lieu par l'article 2 de la loi du 8 octobre 2017 (BGBl I p. 3546), première partie, §3.

spécialisation, de la professionnalisation. Le référentiel est autre. À défaut d'être un représentant, il importe surtout que le juge soit un technicien du droit, et c'est ce qui permet de surmonter les contradictions relatives à sa légitimité démocratique, car c'est ce statut de technicien qui forme sa légitimité. « Ainsi, le juge non élu, pratiquement irresponsable, se trouve être le gardien de nos libertés, sans autre censeur que lui-même, au moins pour les cours souveraines que sont le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État, la Cour de cassation et les cours de Strasbourg et de Luxembourg [...] Mais puisque les juridictions n'ont guère de bornes normatives à leur libre arbitre, leur sagesse demeure leur seul garde-fou »²⁸⁷⁸. Cette position de tiers intermédiaire impartial n'est d'ailleurs pas exclusive au juge. S'il en est le principal représentant, d'autres autorités, comme les autorités administratives indépendantes s'insèrent, à leur manière, dans ce modèle. Cet exemple est alors l'occasion de montrer que la fonction juridictionnelle est en soi un facteur de légitimité, une référence en termes de garanties démocratiques. Le modèle de tiers impartial acquiert à sa manière une légitimité politique, non pas par une assimilation trompeuse avec le statut de représentant politique, mais plutôt parce qu'il représente une autre représentation de ce que le politique n'est pas en répondant, à sa façon, aux attentes de la société civile. Mais, ici encore, une telle argumentation se fonde sur une forme de politique, où la confiance est déplacée vers un tiers spécialisé dans sa fonction.

²⁸⁷⁸ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 81.

SECTION 2. L'EXPANSION DU MODELE : L'EXEMPLE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES

482. La garantie démocratique des droits fondamentaux, sous l'égide du modèle de tiers impartial et indépendant, n'est pas aujourd'hui exclusivement réductible à l'autorité juridictionnelle²⁸⁷⁹. Si, en effet, elle en est la plus représentative, la catégorie des tiers impartiaux s'est diversifiée, notamment avec l'émergence d'autorités administratives indépendantes de l'État²⁸⁸⁰. Selon la définition donnée par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2001, ces autorités agissent « au nom de l'État sans être subordonnées au Gouvernement » et bénéficient, « pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge. Elles disposent de pouvoirs plus ou moins étendus qui, dans certains cas, combinent à la fois un pouvoir de réglementation, d'autorisation individuelle, de contrôle, d'injonction, de sanction, voire même de nomination, et se limitent, dans d'autres cas, à un simple pouvoir d'influence »²⁸⁸¹. Ces dernières, comme le juge, se rejoignent dans leur légitimité d'impartialité en traduisant une dépolitisation de l'intervention de la puissance publique et un principe de spécialisation nécessaire à la protection des libertés publiques ou, plus largement, des droits fondamentaux. Cette finalité commune, issue du paradigme démocratique libéral, révèle encore la primauté donnée à une légitimité d'ordre fonctionnel. En revanche, les autorités

²⁸⁷⁹ Voir, en ce sens : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Journée d'études du 24 novembre 2006 organisée par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Presses universitaires de Paris X, 2008, pp. 19-20.

²⁸⁸⁰ L'essor des autorités administratives indépendantes a commencé avec la création de la (CNIL) avec la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Depuis leur nombre n'a cessé de croître, jusqu'à faire l'objet d'une rationalisation et d'une restructuration en 2017 pour les limiter à vingt-six (voir, Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et aux autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017, texte n° 1 ; Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017, Texte n° 2 ; IDOUX (P.), « Le nouveau statut général des AAI et API », *AJDA*, 2017, n° 19, pp. 1115-1121). En outre, parmi ces autorités figurent les autorités publiques indépendantes, lesquelles disposent, contrairement à leurs homologues, de la personnalité juridique. Pour des raisons pratiques, l'abréviation « AAI » sera utilisée au cours des développements suivants de manière générique, en englobant ces deux catégories.

²⁸⁸¹ Lequel poursuit : « Les autorités administratives indépendantes participent en fait d'un vaste mouvement, général aux grands pays démocratiques, qui tend, par-delà la politique de décentralisation ou de déconcentration, à un nouveau mode de répartition et d'exercice du pouvoir d'État, notamment dans les domaines sensibles de l'exercice des libertés publiques et en matière de régulation de certains secteurs ou marchés. Ce mouvement comporte une variété d'explications ; il procède en effet à la fois de méfiance et de suspicion vis-à-vis de l'État traditionnel, contesté dans sa toute-puissance et mis en cause quant à son impartialité et son efficacité, et d'aspiration à de nouveaux modes de régulation sociale, faisant une plus large place à la médiation ou aux compromis négociés et aussi soucieux de mise en œuvre effective des objectifs assignés à l'action publique que de respect formel de normes juridiques ». CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2001, n° 52, p. 257.

administratives indépendantes révèlent aussi et surtout l'opportunité de leur intervention dans ce le juge n'est pas, ou ne peut pas être. Elles sont également l'occasion de montrer que le standard de justiciabilité, bien qu'indispensable à la démocratie, doit être entouré de garanties qu'il ne peut pas satisfaire, en raison des exigences entourant la procédure juridictionnelle. Les AAI apportent, en effet, des alternatives à l'intervention classique des tribunaux. Par leurs statuts, leurs domaines d'action et leurs missions, en effet, elles participent à une relation entre la société et l'État basée autour d'une « magistrature d'influence »²⁸⁸². Cette position est soutenue par une légitimité d'ordre symbolique, mobilisant des performances de langage de manière à associer leur représentation et leurs fonctions²⁸⁸³. Ainsi est incarné, par exemple, le « Défenseur » des droits, inspiré de la dénomination encore plus évocatrice du « Défenseur du Peuple » espagnol²⁸⁸⁴, anciennement « Médiateur » de la République, lequel se considérait être « à la fois au service des citoyens et de l'administration »²⁸⁸⁵. Leurs implantations progressives dans le paysage institutionnel, ainsi que la pratique de leurs pouvoirs, semblent aujourd'hui orienter l'analyse vers la mise en évidence de deux logiques contradictoires. D'un côté, les AAI s'incarnent comme une solution alternative à la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux par leur habilitation à exercer une fonction de régulation (§ 1). D'un autre côté, les autorités disposant d'un pouvoir de sanction se sont vues contraintes de respecter les principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité prévus à l'article 16 de la DDHC²⁸⁸⁶.

²⁸⁸² Nous renvoyons ici à la thèse de Julien MOUCHETTE précisément dédiée à cette notion et dont le but est de montrer les spécificités propres aux AAI en évitant toute confusion avec les autres formes traditionnelles de pouvoirs institutionnalisés. En effet, n'étant assimilable à aucun modèle de « pouvoir » classique, la notion de « magistrature d'influence » se propose de résoudre les ambiguïtés de qualifications quant à leurs moyens d'interventions, l'indépendance de leur statut, ou autrement dit leur manière singulière d'exercer leur autorité. Elle désigne « *un office public dont le principe d'action consiste à exercer du pouvoir de manière non coercitive [...] En effet, leur activité ne repose pas uniquement sur le principe de légitimation de l'institution — leur indépendance — ou sur l'impartialité supposée de ses membres, mais également sur l'existence d'un ensemble de stratégies d'influence tendant à persuader les personnes à adopter un comportement déterminé ou une position précise* ». MOUCHETTE (J.), *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2019, p. 29.

²⁸⁸³ CHEVALLIER (J.), *Science administrative, op. cit.*, p. 561

²⁸⁸⁴ Ce type d'institution prend ses racines historiques dans l'*Obudsman* créé en Suède en 1809. Le système ibérique a en effet choisi la dénomination de « Défenseur du Peuple », appuyant l'intérêt démocratique de l'institution. Voir à ce propos, GELY (D.), « Le Défenseur du Peuple en modèle », *AJDA*, 2008, n° 17, pp. 1481-1483 ; LÖHRER (D.), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Paris, LDGJ, Lextenso, Institut Universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2014, pp. 34-42. En France, la dénomination de Défenseur des droits évoque également l'idée de la nécessité démocratique d'avoir une institution médiatrice dont la mission est la préservation des droits fondamentaux. On peut par ailleurs noter que le « Rapport Balladur » avait évoqué l'idée de l'intitulé de « Défenseur des droits fondamentaux ». Voir, Rapport remis le 29 octobre 2007 au Président de la République, JORF, 30 octobre 2007, p. 17699.

²⁸⁸⁵ Médiateur de la République, *Rapport annuel d'activité 1980*, p. 8. Disponible à l'adresse : <http://www.juripole.fr/Mediateur/1980/index.html#A0>.

²⁸⁸⁶ Le Conseil constitutionnel résume ainsi cette logique. « *Ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne font obstacle à ce qu'une autorité administrative ou publique indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement* ».

Cette assimilation progressive aux obligations incombant aux juges permet de constater un phénomène de « juridictionnalisation » des AAI (§ 2).

de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. En particulier, doivent être respectés [...] les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives], cons. 4.

§ 1. Une solution alternative à la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux : la régulation comme protection

483. La position d'intermédiaire institutionnel entre la société et l'État que représentent les autorités administratives indépendantes en font des institutions de médiation en raison de la spécificité de leurs moyens d'action. Contrairement au modèle juridictionnel, elles incarnent un mode alternatif de règlement des conflits basé sur la régulation ; conséquence du recul de l'interventionnisme de la puissance publique²⁸⁸⁷. Pour ce faire, leur pouvoir et les procédures de saisine font preuve d'une plus grande souplesse. Par le recours au « droit souple », leur action peut se résumer à trois mots d'ordre : « inciter, recommander, orienter »²⁸⁸⁸, contrairement aux critères habituels d'identification de la norme juridique basés sur l'habilitation, la prescription, l'interdiction et l'autorisation. Par ces moyens, la fonction des AAI se dédouble sous deux aspects complémentaires : la protection des droits fondamentaux et la régulation de la démocratie²⁸⁸⁹. De ce fait, la « déjudiciarisation » du contentieux des droits fondamentaux²⁸⁹⁰ est reléguée par une logique de *monition*²⁸⁹¹, pour venir pallier le « risque de non-recours »²⁸⁹² dû à la rigidité procédurale des recours juridictionnels. Cette plus-value est alors considérée comme un gage supplémentaire d'effectivité de la protection des droits. Ainsi, répondant au modèle de tiers indépendant et impartial, les AAI répondent, comme le juge, aux conditions inhérentes à la légitimité d'impartialité (A). Néanmoins, au-delà de leur fonction commune de protection des droits fondamentaux, leur intervention peut être perçue à la fois comme concurrente et complémentaire à la protection juridictionnelle (B).

²⁸⁸⁷ Voir, à ce propos : CHEVALLIER (J.), « L'État régulateur », *RFAP*, n° 111, 2004, p. 478.

²⁸⁸⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2013, n° 64, p. 191. Selon l'étude annuelle présentement citée, le droit souple répond à trois critères cumulatifs. Il agit selon des règles ayant « pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion », ne créant « pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » et présentant « par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit ». (*Ibid.*, p. 9).

²⁸⁸⁹ OBERDORFF (H.), *Les institutions administratives*, Paris, Dalloz, coll. Sirey université, 6^e éd., 2010, p. 113.

²⁸⁹⁰ DEZALLAI (A.), « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 932.

²⁸⁹¹ COLLIARD (C.-A.), « Préface », in COLLIARD (C.-A.), TIMSIT (G.) (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 11. Comme l'explique le professeur COLLIARD, reprenant les termes de MONTESQUIEU, le rôle des AAI peut se résumer, non pas à une faculté d'empêcher comme le juge, mais à une faculté de monition, laquelle consiste à l'exercice d'« une mission d'avertissement, de mise en garde, de dénonciation de péril, de déclenchement d'alarme et d'alerte. [...] En termes plus généraux, leur mission est une mission de surveillance, de régulation, de contrôle ».

²⁸⁹² Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits. Relations des usagers et usagers avec les services publics : le risque du non-recours*, mars 2017 : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/enquete-relations-usagers-servpublics-v6-29.03.17.pdf>.

A. Une autorité fondée sur une légitimité d'impartialité

484. À l'instar du modèle incarné par le juge, les autorités administratives indépendantes fondent leur légitimité sur leur fonction de protection des droits fondamentaux, par leur statut d'autorité impartiale. Si elles se distinguent du juge, à la fois sur le plan organique que sur le plan de leurs pouvoirs, elles obéissent, en revanche, elles aussi, aux exigences liées à la légitimité d'impartialité. Leur statut d'autorités « indépendantes » est autant un des impératifs démocratiques contemporains qu'un concept performatif. « Cette indépendance nécessairement associée à un déficit démocratique constitue la condition de l'impartialité et de la neutralité et ultimement de la légitimité de ces autorités »²⁸⁹³. En effet, c'est précisément cette représentation d'être « autre chose que l'État » qui procure à leur autorité sa légitimité²⁸⁹⁴, au sens où leur intervention se substitue à celle des pouvoirs publics selon d'autres modes d'action²⁸⁹⁵. « L'exigence d'impartialité est ici la reconnaissance de la multiplicité des identités, prise en compte de toutes les particularités que peuvent évoquer les différentes situations qui seront soumises aux instances »²⁸⁹⁶. Il s'agit alors de voir quelles conditions satisfont à cette représentation et quelles sont les garanties juridiques qui les concrétisent. À ce titre, deux exigences fondamentales peuvent être mises en lumière. La première s'illustre par un impératif de dépolitisation qui, conformément à la logique démocratique libérale, est conditionnel à la position d'intermédiaire institutionnel (1). La seconde se remarque, quant à elle, dans l'argument de la spécialisation, qui légitime leurs missions par leur situation d'expert dans leurs domaines d'intervention respectifs (2).

1. L'impératif de dépolitisation

485. Le détachement de la puissance publique. L'action des autorités administratives indépendantes tire son fondement d'une « rhétorique de l'apolitisme »²⁸⁹⁷. Elle traduit, autrement dit, une forme libérale d'exercice de l'autorité en démocratie, dont l'indépendance en est la condition première. Dès ses conclusions sous l'arrêt *Ministre des armées c. Ruffin* de 1968,

²⁸⁹³ BAUME (S.), « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, p. 26.

²⁸⁹⁴ Voir en ce sens, AUTIN (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes, un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, n° 5, p. 1225.

²⁸⁹⁵ LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, n° 10, p. 530.

²⁸⁹⁶ DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, *op. cit.*, p. 143.

²⁸⁹⁷ CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, *op. cit.*, p. 571.

le Commissaire du gouvernement Jacques RIGAUD énonçait déjà que ces autorités avaient pour objet « soit de permettre la participation des citoyens ou des intérêts organisés, soit de donner aux administrés la garantie de l'indépendance des personnes qui concourent à la décision »²⁸⁹⁸. Cette vision est d'ailleurs confirmée dans le discours institutionnel. Comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport de 2001, « la première justification, à savoir offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État, est probablement la raison la plus importante et en tout cas le motif transversal de la création de l'essentiel des autorités administratives indépendantes. Elle est née d'une méfiance à l'égard du pouvoir politique et administratif »²⁸⁹⁹. Face à cette méfiance, voire cette défiance²⁹⁰⁰, à l'égard des formes traditionnelles d'interventions de puissance publique, « l'indépendance est la condition de la confiance »²⁹⁰¹. Elle obéit d'ailleurs au paradigme libéral présupposant que la protection des libertés est indissociable de l'indépendance²⁹⁰² ; condition notamment confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle rappelle l'indispensabilité d'une distance avec l'État ou toute autre forme de tutelle pour garantir une protection efficace des libertés²⁹⁰³. En outre, cette exigence est renforcée par la sectorisation des domaines d'interventions des AAI²⁹⁰⁴ et trouve une justification pragmatique. Par exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) doit être indépendante en raison du fait qu'elle agit dans un domaine où l'action de l'administration peut s'avérer potentiellement dangereuse pour la vie privée des administrés. Il en est, entre autres, de même pour la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNTR), ou encore pour le Contrôleur national des lieux de privation de libertés (CGLPL). Autre exemple : le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) doit également se préserver de l'influence croissante des médias. Cette indépendance témoigne néanmoins de certains points de faiblesse et fait d'ailleurs l'objet de critiques récurrentes, notamment au

²⁸⁹⁸ RIGAUD (J.), Conclusions sur CE, 6 décembre 1968, *Ministre des Armées c. Ruffin*, n° 74284, RDP, 1969, p. 703.

²⁸⁹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 275.

²⁹⁰⁰ À ce propos, voir : ROSANVAILLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, op. cit., p. 257.

²⁹⁰¹ Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport d'activité 2011*, p. 11. Disponible à l'adresse : https://www.cglpl.fr/wp-content/uploads/2012/02/CGLPL_rapport-2011_texte.pdf.

²⁹⁰² DEBAETS (E.), « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'« indépendance » », *VIIIe Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel*, Mexico, 6-10 décembre 2010. Disponible à l'adresse : <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf>.

²⁹⁰³ CJUE, Gr. ch., 9 mars 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-518/07, §30.

²⁹⁰⁴ « La recherche d'un mode d'intervention de l'État plus indépendant apparaît comme le premier motif de création des AAI. Cette recherche de l'indépendance, entendue d'abord comme impartialité, fait des AAI la forme juridique adaptée tant à la régulation de nouveaux secteurs ouverts à la concurrence, lorsque des opérateurs historiques sont encore détenus par l'État, qu'à la protection des droits fondamentaux ». GELARD (P.), « Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) », fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, p. 20. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1.html>.

regard des conditions de nominations des membres²⁹⁰⁵, questions de cumuls des mandats, ou encore du contrôle institutionnel de leurs activités²⁹⁰⁶. En accord avec la révision constitutionnelle de juillet 2008, et aux termes de l'article 24 de la Constitution énonçant que le Parlement « évalue les politiques publiques », les AAI jouissent d'une « indépendance sous la garantie du Parlement »²⁹⁰⁷, laquelle forme un seuil de tolérance maximum²⁹⁰⁸. Cette condition de fidélité au modèle du tiers indépendant et impartial est donc la condition *sine qua non* à leur légitimité d'action, celle-ci allant parfois jusqu'à imposer aux autorités dotées d'un pouvoir de sanction les mêmes obligations que celles imposées au juge²⁹⁰⁹. Ces dernières agissant dans des domaines où l'intervention de la puissance publique est potentiellement liberticide, l'indépendance garantit *in fine* leur place d'institutions-relais entre la société et l'État.

486. La position intermédiaire entre la société et l'État. Le rôle d'intermédiaire prend appui sur une justification politique de la démocratie libérale, dont les préceptes se retrouvent inscrits dans le droit positif. À l'instar du juge²⁹¹⁰, la position de tiers indépendant et impartial se fonde sur l'alternative qu'elle propose au processus électoral de la démocratie représentative. La légitimité d'impartialité évoque alors une autre façon d'appréhender la représentation des intérêts identifiés dans la société, faisant d'elles des institutions de réflexivité²⁹¹¹. « Dès lors, la question qui se pose, est de savoir qu'est-ce qui permet aux AAI de se prévaloir de manifester une volonté qui soit imputée à l'être collectif et non à celle de la vie des membres qui composent les organes considérés ? »²⁹¹² Cette légitimité politique par l'impartialité promeut une logique ascendante de l'énonciation de l'intérêt général, prenant son initiative dans la société civile et justifiée par sa « nécessité fonctionnelle »²⁹¹³, de sorte que « le projet de généralité d'impartialité

²⁹⁰⁵ À titre d'illustration, on peut citer le fait que le Défenseur des droits soit nommé par le Président de la République. Voir sur cette question, KOUBI (G.), « Recoins constitutionnels : le "Défenseur des droits" », disponible à l'adresse : <https://koubi.fr/spip.php?article117>.

²⁹⁰⁶ Face à l'ampleur du débat, nous renvoyons à la synthèse formulée dans la thèse de Stéphanie DUBITON. Voir, DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., spéc. pp. 109-113 et 209-254.

²⁹⁰⁷ DOSIERE (R.), VANNESSE (Ch.), *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, Assemblée nationale, 13^e législature, Comité d'évaluation et de contrôle, 28 octobre 2010, rapport d'information n° 2925. Disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tl.asp>.

²⁹⁰⁸ AUTIN (J.-L.), « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *Droit et société*, 2016, n° 93, p. 288.

²⁹⁰⁹ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, chap. 1, Sect. 2, §2.

²⁹¹⁰ Voir, *supra*, Partie 2, Titre 2, chap. 1, sect. 1, §1, B., 1.

²⁹¹¹ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., pp. 140-147.

²⁹¹² DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 138.

²⁹¹³ ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., p. 342.

met en place des formes d'institutions que personne ne peut conquérir »²⁹¹⁴. Partant de là, la concrétisation de ces présupposés dans le droit positif peut se remarquer selon divers indices. Premièrement, la place d'intermédiaire se dévoile, par exemple, dans l'habilitation conférée au Défenseur des droits par l'article 71-1 de la Constitution²⁹¹⁵, lequel s'incarne comme « une instance de pacification des relations entre administrés et Administration »²⁹¹⁶ par son rôle de protection des droits et libertés. Secondement, la représentation de la société civile au sein des AAI est prescrite pour un certain nombre d'autorité, en raison de leurs domaines spécialisés d'intervention²⁹¹⁷. De manière non exhaustive, la loi exige, par exemple, une représentation socioprofessionnelle au sein de l'Autorité des marchés financiers (AMF)²⁹¹⁸, la présence de consommateurs au sein de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)²⁹¹⁹, ou encore l'obligation de débats publics pour certains projets, pilotés par la Commission nationale du débat public²⁹²⁰. Ainsi, cette position de jonction entre l'État et la société civile, dans un rôle arbitral, incarne la « philosophie »²⁹²¹ des autorités administratives indépendantes. La scission avec le pouvoir politique est d'autant plus renforcée avec les autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale. Comme le démontre le professeur CHEVALLIER, il y a là un écho aux vœux de MONTESQUIEU, lequel préconisait une séparation entre l'État, personne morale de droit public, et l'État comme pouvoir politique²⁹²². Pour ce faire, « l'État s'oblige unilatéralement, mais il s'y oblige de façon objective »²⁹²³. Leur arbitrage leur permet, dès lors,

²⁹¹⁴ DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 146.

²⁹¹⁵ « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa ».

²⁹¹⁶ WACHSMANN (P.), « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, n° 5, 2010. Disponible à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/Nouvelles-techniques-permettant-de.html>.

²⁹¹⁷ Sur cette question, nous renvoyons aux réflexions proposées in LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », op. cit., p. 530.

²⁹¹⁸ Art. L. 621-2 du Code monétaire et financier.

²⁹¹⁹ Art. 5, loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JORF n° 284 du 8 décembre 2006, texte n° 1.

²⁹²⁰ Art. L. 120-1 du Code de l'environnement.

²⁹²¹ CHEVALLIER (J.), « COB, CNIL, CNCL et Cie : la “philosophie” des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, 1988, n° 146, p. 17.

²⁹²² « Comme il ne semble guère possible de réaliser vieux rêve dans notre système constitutionnel, on a vu apparaître des écrans entre le pouvoir politique et l'administration cette dernière étant toujours chargée d'exécuter les missions traditionnelles du pouvoir politique ». CHEVALLIER (J.), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n° 30, p. 3254.

²⁹²³ DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 186.

une participation à la chose publique en rationalisant les intérêts éventuellement opposés entre la société et les pouvoirs publics.

487. La dépolitisation comme politique. Si la dépolitisation découle de la soumission aux principes d'indépendance et d'impartialité prescrits en droit, elle est principalement l'interprétation politique de la démocratie libérale contemporaine. Or, il convient de garder à l'esprit que le contrôle de l'action des pouvoirs publics et la protection des administrés par un tiers impartial, matérialisant la légitimité d'impartialité, sont eux-mêmes la traduction d'une forme de politique prônant la dépolitisation des lieux de régulation du pouvoir au nom de la garantie effective des droits et libertés²⁹²⁴. Le paradigme libéral créé, en effet, « un ordre qui “est sa propre finalité” et qui rejette toute idée de planisme et d'objectifs politiques posés *a priori* »²⁹²⁵. Comme le fait remarquer le Conseil d'État, « les AAI apparaissent à la fois comme le symbole du désengagement de l'État, mais aussi comme l'expression de la volonté du même État d'assurer la réalité des garanties »²⁹²⁶. Cette justification n'est cependant pas exempte de difficultés. « Dans le domaine de la protection des droits et libertés, la mise en place d'AAI répond à une demande, à un besoin spécifique : il s'agit d'instaurer des mécanismes de protection selon une conception qui tend à “neutraliser” certains domaines, avec l'idée paradoxale que, dans ces domaines, le pouvoir est potentiellement liberticide, mais son intervention indispensable »²⁹²⁷. La protection des droits exige ici un droit hors du politique, « le politique se trouvant juridicisé à mesure que le droit se dépolitise »²⁹²⁸. Mais une telle affirmation appelle une autre difficulté, relative à la question du sens à donner à cette « dépolitisation ». En effet, elle peut être entendu, soit comme une démarche visant à se protéger des influences des préoccupations et des directives des partis politiques véhiculés par les pouvoirs publics, soit en tant que traduction juridique de certaines questions soulevées par des requêtes individuelles, lesquelles se retrouvent généralisées en problèmes d'interprétation et d'application des droits et libertés inscrits dans l'ordre juridique. Si ces deux options se complètent, la seconde semble ici la plus pertinente, car elle se concentre sur la fonction de ces autorités et évite de retomber dans la problématique des nominations politiques des membres

²⁹²⁴ Dans une approche similaire, voir : GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *op. cit.*, pp. 258-288.

²⁹²⁵ GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *Revue des droits de l'homme*, 2015, n° 6, p. 4.

²⁹²⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 275.

²⁹²⁷ GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *op. cit.*, p. 4.

²⁹²⁸ VINCENT (V.), *Les conceptions néolibérales du droit*, Paris, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p. 240.

et des cumuls de mandats. Ainsi, d'un côté, les AAI sont chargées d'assurer le respect des droits et libertés proclamés par le législateur et non celles non issues d'un « ordre spontané »²⁹²⁹. D'un autre côté, ces dernières ne manquent pas d'investir le champ politique, en justifiant leurs actions et leurs évaluations par des arguments fondés sur des normes juridiques et leurs interprétations par les juges nationaux et internationaux²⁹³⁰.

2. L'argument de la spécialisation

488. La justification de la spécialisation. La justification libérale de l'établissement des autorités administratives indépendantes présente pour argument principal la spécificité et la technicité de leurs domaines d'interventions, de sorte que cette configuration exige une forme institutionnelle détachée de l'État. Pour ce faire, leur légitimité d'impartialité doit passer les « épreuves de validation »²⁹³¹, lesquelles consistent à démontrer l'opportunité de leur intervention pour la démocratie libérale. Trois épreuves peuvent ici être signalées. La première s'illustre par les *épreuves procédurales*, consistant à ce que les AAI agissent en stricte conformité aux normes procédurales posées par l'ordre juridique²⁹³², les *épreuves de contrôles*, passant par la transparence et l'obligation de rendre des comptes et, enfin, les *épreuves d'efficacité*, consistant en ce que leurs actions soient considérées comme plus appropriées et plus pertinentes que celles des institutions démocratiques traditionnelles. Cette dernière épreuve semble, à ce propos, avoir été mobilisée pour justifier la création des AAI en raison, notamment, d'un

²⁹²⁹ GAZIER (F.), CANNAC (Y.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Études et documents du Conseil d'État, 2001, n° 35, p. 261.

²⁹³⁰ On peut par exemple citer les avis rendus par la Commission nationale consultative des droits de l'homme relatifs aux projets de loi sur l'immigration (Avis sur « le concept de pays sûr » du 19 décembre 2017 ; Avis sur le projet de loi « Pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif » du 5 mai 2018 ; disponible à l'adresse : https://www.cncdh.fr/sites/default/files/180502_avis_pjl_asile_et_immigration.pdf) ou d'éducation dans le contexte de la crise sanitaire (Avis du 26 mai 2020 « État d'urgence sanitaire : le droit à l'éducation à l'aune de la Covid-19 ; disponible à l'adresse : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-etat-durgence-sanitaire-le-droit-leducation-laune-de-la-covid-19>), ou encore les avis du Défenseur des droits au Parlement attirant à des débats de sociétés, comme le dernier projet de loi de bioéthique (avis 19-11 concernant le projet de loi n° 2187 relatif à la bioéthique ; disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=29866), ou encore celui relatif à l'insertion dans l'éducation des personnes handicapées (avis 19-06 du 10 avril 2019 relatif à l'inclusion des élèves handicapés dans l'école et l'université ; disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=28421).

²⁹³¹ Les trois types d'épreuves présentés ici sont tirés de la systématisation proposée par Pierre ROSANVALLON. Voir, ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, op. cit., pp. 150-154.

²⁹³² Il s'agit là d'un référentiel classique de légitimité remontant à la légitimité légale rationnelle déjà développée par Max WEBER. Voir, WEBER (M.), « Les trois types purs de la domination légitime (1917) », trad. É. Kauffmann, *Sociologie*, 2014, n° 5, pp. 291-302.

dessaisissement du Parlement des domaines faisant appel à un certain degré de technicité²⁹³³. Le Professeur AUTIN explique en ce sens que « la position du Parlement lors des débats qui ont accompagné cette création donnait le sentiment que les représentants de la nation se défaussaient sans déplaisir de missions délicates qu'ils ne pouvaient traiter qu'à travers des commissions d'enquête ou de contrôle à l'efficacité incertaine. Sans aller jusqu'à parler de démission de la part du Parlement, certains ont invoqué une sorte de dessaisissement consenti des instances démocratiques, dans la mesure où la Constitution place les libertés publiques sous la protection de la loi »²⁹³⁴. Dès lors, chaque domaine particulier d'intervention appelle la création d'une autorité chargée de réguler de la manière la plus efficace possible son secteur d'affectation. La fin justifiant les moyens, la création d'une AAI a pour objectif de répondre à un besoin de la démocratie²⁹³⁵ : celui de la promotion de l'effectivité des droits en encourageant les pouvoirs publics à une meilleure concrétisation de ces derniers²⁹³⁶. À titre d'exemple, la création de la HALDE par la loi du 30 décembre 2004 (laquelle a ensuite été fusionnée au Défenseur des droits) a été motivée par une réaction à des directives européennes²⁹³⁷ prescrivant la création d'institutions spécialisées de manière à lutter efficacement contre les discriminations. Cette compétence s'étend ensuite à un rôle de conseil envers les pouvoirs publics. La loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme illustre parfaitement cet objectif, en prescrivant que les avis émis par celle-ci peuvent porter « sur toutes les questions de portée générale » relatives à sa compétence pour assister le Premier ministre et les ministres, et dont la faculté d'auto-saisine lui permet d'« appeler publiquement l'attention du Parlement ou du gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme »²⁹³⁸. Ainsi, de cette manière, « la spécificité de leur moyen d'action et de leur objet permet de parachever et ainsi

²⁹³³ DOSIERE (R.), VANNESSE (Ch.), *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, Assemblée nationale, 13^e législature, Comité d'évaluation et de contrôle, 28 octobre 2010, rapport d'information n° 2925. Disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tl.asp>.

²⁹³⁴ AUTIN (J.-L.), « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *op. cit.*, p. 288.

²⁹³⁵ Voir à ce propos, COLLET (M.), « La création des AAI : symptôme ou remède d'un État en crise ? », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, p. 5.

²⁹³⁶ MOUCHETTE (J.), *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 427.

²⁹³⁷ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOUE n° L303 du 02/12/2000, pp. 0016-0022 ; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOUE, n° L 269 du 05/10/2002, pp. 0015-0020.

²⁹³⁸ Art. 1^{er}, loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme, JORF n° 55 du 6 mars 2007, texte n° 6.

de renforcer l'action des institutions traditionnelles de l'État »²⁹³⁹.

489. La légitimité de l'expert. L'argument de spécialisation soutient l'image de « l'expert » donnant validation à la légitimité d'impartialité dont bénéficient ces autorités. Cette posture sert précisément de justification aux compétences qui leur sont octroyées. Elle prend la forme d'une « expertise critique », entendue comme « l'usage de données et d'un discours expert pour critiquer les lois et politiques existantes et promouvoir des réformes »²⁹⁴⁰. Comme vu précédemment, c'est tout d'abord ce qui justifie leur faculté d'auto-saisine, autorisée par leur statut d'autorités indépendantes. Ensuite appréhendée sous l'angle de la protection des libertés fondamentales, elle est considérée comme une prérogative nécessaire²⁹⁴¹ afin d'en anticiper les éventuelles atteintes et violations. *Bis repetita*, la fin justifie les moyens. Le Conseil constitutionnel a, à ce propos, confirmé la constitutionnalité d'une telle faculté²⁹⁴². « Par son immersion dans le secteur régulé, l'AAI est quotidiennement au contact de la réalité. Davantage que le législateur, les instances de régulations sont confrontées aux évolutions de la société »²⁹⁴³. Cette posture explique, ensuite, les compétences dont elles jouissent et notamment leur possibilité de rendre des avis obligatoires envers pouvoirs publics. Tel est, par exemple, le cas de la CNIL qui, en vertu des dispositions de la loi du 6 janvier 1978²⁹⁴⁴, doit être sollicitée pour l'adoption d'un décret en Conseil d'État pour des motifs d'intérêt public, le traitement de données sensibles ou pour les actes réglementaires pris par des personnes morales gestionnaires de services publics de procéder un traitement de données relatives à la condamnation d'infraction et de mesures de type individuelles. Également, la Commission de sécurité des consommateurs, associée à la DGCCRF²⁹⁴⁵ peut donner le même type d'avis au gouvernement concernant l'interdiction ou la réglementation de produits jugés dangereux²⁹⁴⁶. En outre, cette posture leur permet de proposer des mesures législatives ou réglementaires et ainsi de

²⁹³⁹ DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 196.

²⁹⁴⁰ REVILLARD (A.), « L'expertise critique, force d'une institution faible ? », *RFSP*, 2009, n° 2, p. 281.

²⁹⁴¹ GAZIER (F.), CANNAC (Y.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Études et documents du Conseil d'État, 2001, n° 35, p. 36.

²⁹⁴² Cons. const., n° 2012-280 QPC, 13 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 21. Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 1, Section 1, §2, A., 2., b.

²⁹⁴³ DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 159.

²⁹⁴⁴ Art. 30 al. 3 et 31 al. 3, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiés par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, JORF n° 0288 du 13 décembre 2018.

²⁹⁴⁵ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

²⁹⁴⁶ Art. L. 224-2 du Code de la consommation.

contribuer aux réformes et à l'évolution du droit²⁹⁴⁷ ou encore être mobilisées pour informations lors de l'élaboration des lois²⁹⁴⁸. D'une autre manière, le pouvoir de recommandation en équité, dont dispose le Défenseur des droits, l'habilite « à faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement »²⁹⁴⁹. Cette disposition vise les hypothèses dans lesquelles un usager du service public se voit lésé par une décision de l'administration, pourtant conforme à la loi, mais engendrant des conséquences difficilement supportables. Le rapport qui en découle peut alors servir d'élément d'analyse de l'application de la loi et de guide à l'action de politiques publiques pour l'élaboration de nouvelles lois. Les exemples pourraient être multipliés, mais ils laissent comprendre que le rôle d'expert des AAI justifie que leurs moyens d'action soient différents de ceux traditionnellement employés par la puissance publique. C'est en effet l'une des fonctions de ces institutions : « leur capacité à se spécialiser dans un domaine en fait des centres d'“expertise” qui peuvent être sollicités par les autorités normatives selon des modalités différentes »²⁹⁵⁰. De manière générale, l'innovation réside dans le fait que ces autorités agissent par les moyens d'un « droit souple », technique propre à la fonction de régulation.

490. La spécificité de leurs modes d'actions accompagne donc la singularité de leur rôle démocratique, qu'elles partagent d'ailleurs avec le juge en tant que représentants du modèle du tiers indépendant et impartial. À ce propos, la pertinence de leur intervention est souvent

²⁹⁴⁷ Selon l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 (précitée), la CNIL peut en effet proposer au gouvernement des mesures législatives ou réglementaires de nature à adapter la protection des libertés à l'évolution des procédés techniques et informatiques. Dans le même sens, l'article 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (JORF n° 0075 du 30 mars 2011, texte n° 1), donne au Défenseur des droits des compétences similaires. Par exemple, dans sa décision n° 2020-011 du 9 juillet 2020, ce dernier a formulé un ensemble de recommandations adressées au ministère de la Justice concernant les modalités de recours aux moyens de télécommunication audiovisuelle dans le cadre des procédures de prolongation du maintien en rétention des étrangers. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=19943. Dans le même registre, ce dernier a également émis des propositions au ministère de l'Intérieur et à l'Office français de l'immigration et de l'intégration concernant le constat de défaillances relatives aux conditions matérielles d'accueil de demandeurs d'asile, en s'appuyant notamment le non-respect de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour EDH. Voir, Défenseur des droits, décision 2020-150 du 10 juillet 2020 relative aux défaillances des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20039.

²⁹⁴⁸ Voir par exemple la note d'information formulée par la CNIL relative à la proposition de loi relative à la protection de l'identité, séance plénière, Assemblée nationale, 25 octobre 2011. Disponible à l'adresse : <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL-PPLidentite-Noteobservations-25-10-2011.pdf>.

²⁹⁴⁹ Art. 25, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (précitée).

²⁹⁵⁰ GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *Revue des droits de l'homme*, 2015, n° 6, p. 8. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.779>.

confrontée, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, à celle de l'autorité juridictionnelle. Pourtant distincts dans leurs statuts et leurs compétences respectifs, l'analogie pose la question de leur complémentarité ou de leur concurrence.

B. Entre complémentarité et concurrence avec la protection juridictionnelle

491. « Le juge est source exclusive de justice sans être source exclusive de lumière. Il a ses lumières, mais il a besoin de celles des autres »²⁹⁵¹. Le paradigme démocratie libéral place l'intervention des AAI et la protection non juridictionnelle comme une garantie supplémentaire d'effectivité dans la protection des droits fondamentaux²⁹⁵². La souplesse procédurale caractéristique de ce type de cette protection donne aux victimes l'occasion de solliciter des solutions visant à un apaisement des conflits. Elle permet alors de contourner la rigidité inhérente aux recours juridictionnels avec néanmoins pour inconvénient d'échapper à un pouvoir plus contraignant de décision, notamment incarné par l'autorité de chose jugée. Afin d'illustrer cette confrontation, le Défenseur des droits semble être un exemple opportun. Depuis sa fusion avec plusieurs autres autorités depuis la loi organique du 29 mars 2011²⁹⁵³, ce dernier est une des autorités les plus représentatives en termes de protection des droits fondamentaux par son large domaine d'intervention, sa notoriété sur le plan institutionnel, et sur la diversité des affaires qu'il traite²⁹⁵⁴. Ainsi, donner une place si importante aux AAI dans

²⁹⁵¹ CORNU (G.), « Rapport de synthèse », in *Les contrôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, X^{ème} colloque de l'IEJ de Poitiers, Paris, PUF, 1976, p. 107.

²⁹⁵² GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *op. cit.*, p. 2.

²⁹⁵³ En guise de bref rappel, le Défenseur des droits est né de la suppression par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497, modifiée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2) de quatre autorités administratives indépendantes : le Médiateur de la République, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la Commission nationale de la déontologie et de la sécurité et le Défenseur des enfants. La loi organique lui donne alors compétence pour traiter des affaires attrayant au domaine de ces différentes AAI.

²⁹⁵⁴ Si cette réforme institutionnelle a été critiquée (voir, par exemple l'avis rendu par la CNCDH à ce sujet : CNCDH, Avis sur le projet de loi organique relatif au Défenseur des droits adopté par le Sénat en juin 2010 ; https://www.cncdh.fr/sites/default/files/10.09.30_avis_defenseur_des_droits_plo_senat.pdf), elle a permis un accroissement significatif de son activité ces dernières années, comptabilisant, par exemple, pour l'année 2019, 4305 dossiers. Les chiffres communiqués par le Rapport d'activité de 2019 en témoignent. Voir, Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2019*, pp. 12-25. Disponible à l'adresse : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2019-num-accessopti.pdf>. Cette pluralité de domaines d'interventions lui confère une compétence relativement large en termes de protection des droits fondamentaux, ce qui justifie que de nombreux exemples exposés dans les développements qui suivent y sont consacrés.

la protection des droits fondamentaux peut se justifier par les avantages inhérents à la protection non juridictionnelle (1). Ses spécificités traduisent des qualités qui ne se retrouvent pas chez le juge. Cette distinction peut, de prime abord, laisser supposer une forme de concurrence. Or, il apparaît que l'intervention des AAI, par ces avantages, et ses collaborations occasionnelles, à l'initiative des juridictions ou de leur propre initiative, laisse plutôt entrevoir un moyen de combler les lacunes de la protection juridictionnelle (2).

1. Les avantages inhérents à une protection non juridictionnelle

492. Une logique de souplesse et d'informalité. La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux se présente comme une solution alternative au règlement des conflits. Elle incarne en ce sens un « droit de renoncer au juge »²⁹⁵⁵, de sorte à échapper à la rigidité procédurale du recours juridictionnel. Seule demeure le respect du contradictoire, exigence à laquelle aucune autorité ne peut déroger²⁹⁵⁶. De cette manière, elle se définit, en quelque sorte, en opposition avec cette dernière. « Il s'agit d'une forme de garantie privilégiant le recours à des mécanismes incitatifs pour remplir son office, dont les interventions se caractérisent par la souplesse et l'informalité et, en tout état de cause, n'aboutissent pas l'édition de décisions juridictionnelles revêtues de l'autorité de chose jugée, mais laissent au contraire, à leurs destinataires la liberté de s'y conformer »²⁹⁵⁷. Par leur rôle régulateur, les autorités administratives indépendantes en sont une illustration opportune.

493. Des avantages en termes d'accessibilité et d'efficacité. « Dans l'optique de saisir le corps social dans toutes ses dimensions, les AAI doivent au préalable être largement accessibles. Ce qui suppose qu'elles doivent être immergées dans le secteur régulé afin d'être appréhendées des individus "vulnérables" et de leurs alliés dans l'espace public »²⁹⁵⁸. La protection non juridictionnelle, pour justifier sa raison d'être et son efficacité, se présente ainsi au service des victimes et, pour ce faire, applique un modèle de souplesse. Tout d'abord, cette

²⁹⁵⁵ RENOUX (T. S.), SENATORE (A.) « Droit au juge », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir), *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., p. 306. Voir également, CEDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, série A, n° 35.

²⁹⁵⁶ C'est notamment ce qu'a rappelé le Conseil d'État à propos de l'ancienne HALDE. Voir, CE, 22 février 2012, *Chambre syndicale d'agriculture, Provence-Alpes-Côte d'Azur, Mme Arnaud-Eraud*, n° 343410 ; AJDA, 2012, p. 410.s

²⁹⁵⁷ LÖHRER (D.), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Paris, LDGJ, Lextenso, Institut Universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2014, p. 19.

²⁹⁵⁸ DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, op. cit., p. 154.

souplesse se remarque sur le plan de l'accessibilité. Les modalités de saisine sont moins contraignantes que celles exigées devant le juge. Le dépôt d'une réclamation est gratuit, n'oblige qu'à peu de formalisme et les délais de traitements sont relativement courts. Le statut du réclamant est apprécié de manière objective, de sorte que toute personne, physique ou morale, peut introduire une réclamation. Ces modalités se retrouvent, par exemple, devant la CNIL²⁹⁵⁹, ou encore le Défenseur des droits dont la saisine est gratuite et dépourvue de l'obligation de ministère d'avocat. Sur le plan formel, la loi organique du 29 mars 2011 prévoit pour seule exigence de mentionner par écrit les faits invoqués au soutien de la réclamation²⁹⁶⁰. Au niveau de la procédure, celle-ci prévoit l'obligation pour le réclamant d'effectuer les démarches nécessaires devant l'organisme mis en cause, préalablement à la saisine du Défenseur des droits. Cette formalité est néanmoins abolie dès lors que la saisine porte sur une atteinte aux droits de l'enfant, aux discriminations et à la déontologie de la sécurité. Sur le plan matériel, l'ensemble de ces obligations doit permettre au plaignant d'arguer d'un intérêt à agir²⁹⁶¹. « Dépourvu de pouvoirs contraignants, le Défenseur des droits recourt à des mécanismes incitatifs pour remplir son office. Ses interventions se caractérisent par l'informalité [...] Il n'a d'autre autorité que morale et s'appuie sur le dialogue, la persuasion et la publicité pour inciter les destinataires de ses interventions à suivre la conduite suggérée »²⁹⁶². La distinction par rapport à la fonction juridictionnelle se prolonge, par ailleurs, dans la portée non contraignante des décisions, lesquelles ne disposent donc pas de l'autorité de chose jugée. Ces caractéristiques permettent, ensuite, une posture singulière de l'autorité de protection. Ne se contentant pas de recevoir les plaintes et de résoudre l'affaire, celle-ci s'évertue à veiller à un accompagnement des réclamants tout au long de la procédure. Il s'agit d'aiguiller ces derniers « de façon individualisée en tenant compte de leur situation personnelle afin de leur permettre de faire valoir utilement leurs droits »²⁹⁶³. C'est selon ces moyens que le règlement des litiges s'accompagne d'une mission d'accompagnement pour une meilleure accessibilité et intelligibilité du droit. Pour parfaire à

²⁹⁵⁹ L'article 77 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), applicable à la procédure devant la CNIL, énonce que « *sans préjudice de tout autre recours administratif ou juridictionnel, toute personne concernée a le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle, en particulier dans l'État membre dans lequel se trouve sa résidence habituelle, son lieu de travail ou le lieu où la violation aurait été commise, si elle considère que le traitement de données à caractère personnel la concernant constitue une violation du présent règlement* ».

²⁹⁶⁰ Art. 6-1, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497.

²⁹⁶¹ Art. 6-2, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (précitée).

²⁹⁶² LÖHRER (D.), « La fonction d'aide à l'accès au juge du défenseur des droits », *RFDC*, 2020, n° 121, p. 189.

²⁹⁶³ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2012*, p. 53. Disponible à l'adresse : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_ra_2012.pdf.

cette ambition, le Défenseur des droits, à l'instar de la HALDE autrefois, a également opté pour une logique de proximité en décentralisant ses offices par un réseau de délégués territoriaux²⁹⁶⁴.

494. Des pouvoirs de médiation. La logique de la souplesse et de l'informalité se prolonge dans les procédures mises en place, en orientant la protection des droits autour de l'individualisme et de l'autorégulation, donnant une importance toute particulière aux choix individuels et à la valorisation. Cette « méthode » de résolution des conflits se veut être précisément le lieu de leur épuisement, et ce, en recul des modes traditionnels du commandement étatique. En cela, elle incarne une forme de contractualisation du règlement des litiges en mobilisant, pour ce faire, une forme de responsabilité comme « véritable technique de gouvernement, valorisant l'indépendance individuelle plutôt que la participation politique et étendant la contractualisation à tous les rapports sociaux »²⁹⁶⁵. Parmi les mécanismes utilisés, la transaction est un parfait exemple. D'une part, il peut s'agir de la transaction administrative. Cette procédure se retrouve notamment devant l'Autorité des marchés financiers (AMF) sous le nom de « composition administrative ». Prévue à l'article L. 621-14-1 du Code monétaire et financier, cette procédure permet de proposer à une personne soupçonnée de ne pas s'être conformée à ses obligations professionnelles cette « composition » en vue d'aboutir à un accord de transaction. Le but est ici de trouver une alternative à la sanction par des négociations dans un délai de quatre mois, avant d'être soumis à un collège. La sanction n'est alors qu'un dernier recours, en cas de refus ou d'impossibilité de trouver un accord²⁹⁶⁶. La procédure est alors interne à l'autorité administrative, sans intervention du juge. D'autre part, certaines autorités, comme le Défenseur des droits, peuvent arbitrer des transactions pénales. Ici aussi, la finalité première est la recherche d'un accord, le rôle de l'autorité, quant à lui, est principalement pédagogique. Aux termes de l'article 28 de la loi organique²⁹⁶⁷, cette transaction peut être qualifiée de « pénale » par son contact avec la transaction pénale prévue à l'article 41-

²⁹⁶⁴ Selon son rapport d'activité de 2019, l'institution compte 510 délégués présents, et 874 points d'accueil sur l'ensemble du territoire. Voir, Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2019*, p. 3. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=19829.

²⁹⁶⁵ GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *op. cit.*, p. 6.

²⁹⁶⁶ Une procédure similaire peut être observée devant l'Autorité de la concurrence. Aux termes de l'article L. 464-2-III du Code de commerce. La transaction est proposée dès lors qu'un organisme ne conteste pas les griefs qui lui sont reprochés. Les parties peuvent alors s'entendre, sous l'autorité du rapporteur général, du montant minimum et maximum de la sanction pécuniaire.

²⁹⁶⁷ Art. 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (précitée),

1-1 du Code de procédure pénale ou la composition pénale à l'article 41-2 du même code²⁹⁶⁸. Elle comprend l'intervention du procureur de la République et débouche sur le paiement d'une amende. Elle peut entrer en jeu dès lors que le Défenseur des droits constate l'existence d'une discrimination²⁹⁶⁹, lequel peut alors « proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3 000 euros s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 euros s'il s'agit d'une personne morale et, s'il y a lieu, dans l'indemnisation de la victime »²⁹⁷⁰. En outre, elle peut être publiée selon divers procédés et doit être acceptée par la victime et l'auteur des faits, pouvant être assisté d'un avocat, et est enfin homologuée par le procureur de la République. Ces différents exemples montrent ainsi la spécificité de la protection non juridictionnelle. Or si son mot d'ordre est celui de l'efficacité, il convient alors de s'interroger sur son opportunité réelle comparée au recours juridictionnel.

2. Un palliatif aux lacunes de la protection juridictionnelle

495. L'argument de la concurrence. La légitimité de la protection exercée par les AAI trouve finalement une partie de sa justification dans sa participation à combler les carences du contrôle juridictionnel dans leurs domaines d'intervention, notamment face à « l'incapacité du juge à faire face à l'omniprésence des pouvoirs publics »²⁹⁷¹. Souplesse et spécialisation sont les deux mots d'ordre servant à mettre en lumière les faiblesses relatives au recours au juge, dont la solution est ici formulée par des garanties de rapidité, de continuité et d'accompagnement,

²⁹⁶⁸ La composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale est proposée par le procureur de la République, à l'occasion de certains délits, dès lors que la personne physique reconnaît les faits, et consiste en l'exécution de plusieurs mesures, dont le versement d'une amende au Trésor public calculée en fonction du montant des préjudices causés à la victime. La proposition est validée à condition que l'agent accepte et après homologation par le Tribunal de grande instance. Selon la transaction pénale prévue à l'article 41-1-1, ensuite, « l'officier de police judiciaire peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement et sur autorisation du procureur de la République, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite », concernant certaines contraventions et certains délits énumérés. Elle se solde également par le versement d'une amende et l'obligation de réparation des préjudices causés. Elle est, elle aussi, autorisée par le procureur, acceptée par l'auteur, et homologuée par le Tribunal de grande instance.

²⁹⁶⁹ Notamment celles prévues aux articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et les articles L. 1146-1 et L. 2146-2 du Code du travail.

²⁹⁷⁰ Art. 28, loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (précitée). Pour une illustration, voir : Défenseur des droits, décision MLD-2015-022 du 5 février 2015 relative à un harcèlement discriminatoire ainsi qu'à un licenciement en lien avec l'état de grossesse de la réclamante. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=11708.

²⁹⁷¹ LÖHRER (D.), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, *op. cit.*, p. 203.

et de simplification des procédures²⁹⁷². L'enquête sur l'accès au droit réalisée par le Défenseur des droits a également mis en avant la prolongation du problème en exposant la corrélation entre les disparités sociales et l'accès au juge²⁹⁷³, induisant notamment, selon certaines analyses de sociologie du droit, que « certaines catégories sociales détiennent [...] un quasi-monopole sur des procédures juridiques pourtant institutionnellement accessibles à tous »²⁹⁷⁴. Également, il a pu être avancé que, certaines AAI, comme le Défenseur des droits, seraient un moyen de pallier le problème de l'engorgement des tribunaux²⁹⁷⁵, comme en a témoigné *Étude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits* en septembre 2009²⁹⁷⁶. Cependant, cet ensemble de points peut se voir opposer quelques critiques. Tout d'abord, le rapport « Gélard » de 2006 a proposé, par exemple, une lecture *a contrario* du problème. Il évoque le fait que la solution aux problèmes de la justice peut être réglée par des réformes concrètes de la justice elle-même ; le déport des attentes vers les AAI n'étant qu'un trompe-l'œil. Il y est notamment évoqué un « échec judiciaire » à propos de la HALDE, et « qu'il aurait fallu aiguillonner le Parquet plutôt que de passer la main. Il aurait été préférable de cerner les juridictions en difficulté, et de les renforcer pour qu'elles puissent jouer pleinement leur rôle dans le domaine de la lutte contre les discriminations »²⁹⁷⁷. Du côté du Défenseur des droits, ensuite, certaines critiques s'orientent vers une insuffisance de sa constitutionnalisation en 2008, par rapport aux ambitions qui lui sont portées²⁹⁷⁸, de sorte que l'autorité se retrouve « indéniablement en retrait par rapport à la vocation “universelle” de défense des droits fondamentaux que voulait lui assigner initialement le “Comité Balladur” »²⁹⁷⁹. Une bonne partie

²⁹⁷² Sur ce point, voir notamment, DEZALLAI (A.), « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *op. cit.*, p. 925 ; GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *op. cit.*, p. 4 ; DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, *op. cit.*, pp. 194-195.

²⁹⁷³ En 2016, le Défenseur des droits a réalisé une enquête en se basant sur un échantillon représentatif de 5000 personnes (Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2016*, p. 21 et svt. Disponible à l'adresse : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2016-num-20.02.2017_1.pdf), ce qui sera prolongé l'année suivante dans une enquête spécialement dédiée à cette problématique. Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits. Relations des usagers et usagers avec les services publics : le risque du non-recours*, 2017, *op. cit.*

²⁹⁷⁴ SPIRE (A.), WEIDENFELD (K.), « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? », *Droit et société*, 2011, n° 79, p. 694.

²⁹⁷⁵ LAGELLE (A.), « Le Défenseur des droits : un ombudsman à la française », *Revue juridique de l'Ouest*, 2009, n° 4, pp. 456-457 ; SENGHOR (R.), « Les grands chantiers du Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, pp. 507-515.

²⁹⁷⁶ En ce sens, *Étude d'impact portant sur le projet de loi organique relatif à la création du Défenseur des droits*, septembre 2009, p. 38, en ligne. Disponible sur www.senat.fr.

²⁹⁷⁷ GELARD (P.), « Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) », fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, p. 20.

²⁹⁷⁸ Par exemple, HERVIEUX (M.), « Le Défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *LPA*, 2010, n° 133, p. 12 ; TEIGTEN-COLLY (C.), « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et le Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, pp. 409-420.

²⁹⁷⁹ DENAJA (S.), « Le Défenseur des droits », *Politeia*, 2009, n° 15, p. 514.

de cette critique s'oriente autour d'une formulation confuse de ses compétences exposées à l'article 71-1 de la Constitution²⁹⁸⁰, résultant de la fusion dont il a été l'objet²⁹⁸¹. Par extension, le cumul des compétences qu'elle a engendré présente à son tour le risque d'un engorgement du Défenseur lui-même²⁹⁸². Le problème de l'ambition est là, la pluralité des domaines dont il a à traiter rehausse le seuil d'exigence auquel il est soumis ; sa légitimité de protecteur des droits fondamentaux en dépend, afin que, de « défenseur des droits », celui-ci ne risque pas d'être réduit à un « défenseur de droits »²⁹⁸³. Comme il l'énonce lui-même, sa légitimité demeure tributaire « de sa capacité à exercer ses missions de manière effective et efficace, à offrir à chacun l'accès l'ensemble de ses droits ». L'égal accès aux droits fondamentaux, l'effectivité des droits, la prévention des risques de discrimination ou de rupture d'égalité et la sanction des infractions aux principes républicains fondamentaux sont au cœur d'une culture des droits qui doit se déployer dans l'ensemble de la vie sociale et dont le Défenseur des droits doit être le garant. Enfin, l'opportunité de son intervention peut céder devant celle du juge dans les situations d'atteintes graves ou urgentes. Le recours juridictionnel peut s'avérer, dans ce cas, plus judicieux, en raison de l'autorité de chose jugée des décisions, en prenant en compte le fait que les plaintes déposées devant le Défenseur des droits n'ont pas forcément toutes les chances d'aboutir²⁹⁸⁴, ou encore que le juge des référés dispose lui aussi de moyens efficaces pour faire cesser une irrégularité dans les plus brefs délais. « À cela s'ajoute encore, que l'on aurait tort d'omettre, la position suréminente occupée par le juge — de fait, mais également dans l'imaginaire collectif — parmi les organes de garantie des droits et libertés ». Le manque de notoriété est, en effet, un des éléments avancés par l'institution elle-même²⁹⁸⁵. L'argument de la concurrence apparaît finalement assez peu instructif et renforce d'ailleurs le risque de tomber

²⁹⁸⁰ Que nous rappelons ici : « *Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office. La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions* ».

²⁹⁸¹ Sur ce point, nous renvoyons à l'analyse détaillée proposée par Dimitri LÖHRER. LÖHRER (D.), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, op. cit., pp. 572-577.

²⁹⁸² En ce sens, voir : TEIGTEN-COLLY (C.), « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et le Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, p. 417.

²⁹⁸³ AUMOND (F.), « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *RFDA*, 2011, n° 5, p. 916.

²⁹⁸⁴ Voir, NATALI (F.), MARTINEL (A.), « Le Conseil Supérieur de la Magistrature, protecteur des magistrats ou des justiciables », *Après-demain*, 2014, n° 30, pp. 33-35 ; MENARD (J.-C.), « Le défenseur des droits : monstre bureaucratique, gadget constitutionnel ou garantie effective des droits ? », *LPA*, 2008, n° 214, p. 4.

²⁹⁸⁵ Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits Volume 4 – Place et défense des droits de l'enfant en France*, 2017, p. 17. Disponible à l'adresse : https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/enquete-enfant-v4_0.pdf.

dans une logique de « marchandisation de la justice »²⁹⁸⁶. Le système de protection des droits fondamentaux à l'aune de la participation des AAI doit plutôt être appréhendé selon une relation de complémentarité.

496. L'argument de la complémentarité. La logique ne consiste pas, cette fois-ci, à savoir qui protège mieux, mais comment mieux protéger. L'intervention des AAI venant combler les lacunes de la protection juridictionnelle est ici perçue comme étant exclusivement au service de la protection des droits. La collaboration de certaines autorités à l'exercice de la fonction juridictionnelle, tout en restant organiquement séparées, peut se résumer en quatre points principaux. Premièrement, ces AAI peuvent intervenir dans le déclenchement de poursuites si ces dernières constatent un manquement aux obligations d'un organisme dont elles ont la charge, pour ensuite diriger ces poursuites devant les juridictions. À ce propos, le pouvoir d'investigation dont disposent certaines d'entre elles en est une illustration. Cette compétence est détenue, par exemple, par la CNIL²⁹⁸⁷, le CSA²⁹⁸⁸, l'AMF²⁹⁸⁹, l'Autorité de la concurrence²⁹⁹⁰ ou encore le Défenseur des droits. Au sujet de ce dernier, les articles 18 à 23 de la loi organique du 29 mars 2011 lui permettent d'effectuer des « vérifications sur place »²⁹⁹¹ et demander à toute personne, physique ou morale, des explications et (ou) de lui communiquer toutes informations et pièces nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Si sa demande se révèle sans suites, il peut mettre en demeure les personnes intéressées dans un délai qu'il fixe, puis saisir le juge de référés afin qu'il procède à toute mesure utile. L'article 22 de la loi prévoit ensuite que lors des vérifications sur places, l'autorité publique compétente peut faire valoir un droit d'opposition²⁹⁹², laissant au Défenseur des droits la possibilité de saisir le juge des référés pour qu'il en autorise les vérifications. Dans le cas d'une opposition d'un responsable de locaux

²⁹⁸⁶ CADIET (L.), « Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 10, p. 522.

²⁹⁸⁷ Selon l'article 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 (art. 1), la CNIL peut envoyer des agents habilités, après information préalable du procureur de la République, dans les lieux, locaux enclavés installations ou établissements servant à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel. Deux hypothèses sont ensuite envisagées concernant l'intervention du juge des libertés et de la détention : soit en cas d'opposition du responsable des lieux, soit dans la situation où la gravité des faits ou l'urgence génère un risque de dissimulation ou de destruction des documents.

²⁹⁸⁸ Voir en ce sens, l'article 19 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²⁹⁸⁹ Art. L. 621-10 et svt. du Code monétaire et financier.

²⁹⁹⁰ Voir, loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, modifiée par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (art. 27).

²⁹⁹¹ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (précitée).

²⁹⁹² Ce droit d'opposition peut être exercé pour « des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique ».

privés, il peut solliciter l'autorisation des vérifications auprès du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance qui en supervise et en contrôle le déroulement²⁹⁹³. Deuxièmement, la collaboration à la fonction juridictionnelle intervient lorsque ces autorités présentent des observations devant des juridictions avant l'ouverture des poursuites. Faisant suite à plusieurs saisines par des associations, le Défenseur des droits a par exemple recouru à cette prérogative afin d'argumenter l'illégalité d'un arrêté préfectoral portant interdiction de distribution de denrées en certains lieux du centre-ville de Calais en prévention de risques sanitaires et des risques liés à la salubrité publique²⁹⁹⁴. Le troisième point concerne la sollicitation des AAI en cours d'instances. Ici encore, c'est la spécialité de leur domaine d'intervention qui motive les juridictions à faire appel à elles en tant que tiers intervenants afin de susciter leur expertise dans des affaires complexes. Cette pratique est d'ailleurs de plus en plus fréquemment utilisée²⁹⁹⁵, notamment sur des sujets importants de société²⁹⁹⁶. Concernant, une fois de plus, le Défenseur des droits, l'article 33 de la loi organique lui octroie la faculté de présenter des observations écrites ou orales devant toutes les juridictions nationales²⁹⁹⁷ et européennes²⁹⁹⁸, de

²⁹⁹³ À noter que le juge des libertés et de la détention peut autoriser des vérifications sans que le responsable des locaux ait été informé de son droit d'opposition, et sans qu'il puisse l'exercer, « *lorsque l'urgence, la gravité des faits à l'origine du contrôle ou le risque de destruction ou de dissimulation de documents le justifient* » (Art. 22, Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 (précitée)).

²⁹⁹⁴ Défenseur des droits, décision n° 2020-179 du 18 septembre 2020 relative à interdiction de distribution de denrées en certains lieux du centre-ville de Calais en prévention de risques sanitaires et des risques liés à la salubrité publique. Disponible à l'adresse : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20086.

²⁹⁹⁵ Cette collaboration s'observe en effet de manière fréquente envers les Autorités de régulation dans le domaine économique, comme l'AMF ou l'Autorité de la concurrence. Voir, STAHL (J.-H), « Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif. Conclusions sous CE, 26 mars 1999, *Société Eda*, n° 202260 », *AJDA*, 1999, n° 5, p. 427.

²⁹⁹⁶ Par exemple, à l'occasion d'une affaire relative à la question des mères porteuses, la Cour de cassation a invité le président du Comité consultatif national d'éthique, laquelle avait émis un avis à ce sujet. La Haute juridiction ne mentionnera pas l'avis dans ses visas, mais en reprendra le raisonnement dans la décision. Voir, Comité consultatif national d'éthique, Avis sur les problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle, n° 3, 23 octobre 1984. Disponible à l'adresse : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis003.pdf> ; Cass, ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

²⁹⁹⁷ Son intervention auprès des cours suprêmes des deux ordres de juridictions s'observe par exemple à l'occasion des décisions de renvoi en QPC. Pour la Cour de cassation, voir : décision MLD-2013-26 du 1^{er} mars 2013 relative à une demande de transmission d'une QPC concernant la rémunération d'un détenu. Pour le Conseil d'État : décision n° 201-087 du 7 mars 2018 relative au délai de recours contre une obligation de quitter le territoire français notifiée en détention (observations au soutien de la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité. Enfin, s'il lui était auparavant impossible d'intervenir dans un procès devant le Conseil constitutionnel, cette possibilité lui a été admise récemment. Voir : décision n° 2020-159 du 5 août 2020 relative à la loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine.

²⁹⁹⁸ Concernant la Cour de justice de l'Union européenne, voir, par exemple : Décision n° 2017-326 du 30 novembre 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour de justice de l'Union européenne portant sur le droit au déréfèrement. À propos des interventions devant la Cour EDH, voir : Décision n° 2017-113 du 23 mars 2017 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme portant sur l'effectivité des recours mettant en cause des conditions de détention contraires à l'article 3, R. I. et autres c. France ; décision n° 2018-148 du 23 mai 2018 relative à une tierce intervention devant la Cour européenne des

sa propre initiative, à la demande du juge ou des parties et ce, en toute indépendance, de sorte que son appréciation se construit « à partir et au-delà des causes particulières »²⁹⁹⁹. Le quatrième point, enfin, concerne la fonction de soutien à l'exécution des décisions de justice. S'il s'agit, pour le Défenseur des droits, d'une « compétence d'étendue incertaine »³⁰⁰⁰, n'étant pas prévue par les textes³⁰⁰¹. Elle demeure le prolongement logique de sa mission de protecteur des droits fondamentaux. Cette initiative est principalement apparue en réaction au problème de l'exécution par la France des décisions de la Cour EDH, notamment en relation avec le problème de la longueur excessive des délais d'exécution. « En associant les débiteurs des décisions de justice à la prise de décision, et par conséquent, à la rectification de leurs propres erreurs, le Défenseur des droits est effectivement susceptible de faire accepter et respecter l'autorité qui s'attache à la chose jugée »³⁰⁰². Il découle, par ailleurs, une garantie supplémentaire du droit à un recours juridictionnel effectif³⁰⁰³. Son rôle d'expert et d'accompagnement des victimes est ainsi mis au service d'un enrichissement de la fonction juridictionnelle³⁰⁰⁴.

497. Leur concurrence apparente résulte du fait que chacun exerce sa mission de manière distincte, avec des outils différents. « La création des autorités indépendantes répond précisément à des considérations peu compatibles avec l'intervention classique du juge : soit du fait que les questions soulevées exigent une expertise qui appartient à des spécialistes expérimentés ; soit, s'agissant notamment de la régulation de l'économie de marché, du fait que l'efficacité de la mission des autorités indépendantes suppose une très grande célérité qui n'est pas forcément la caractéristique majeure de l'intervention juridictionnelle »³⁰⁰⁵. Mais tous deux se rejoignent vers une finalité commune : la garantie des droits, sous l'égide du modèle de tiers impartial et indépendant. Ce croisement a progressivement fait apparaître une forme de

droits de l'homme dans plusieurs affaires illustrant les difficultés rencontrées par les personnes détenues pour faire respecter leurs droits.

²⁹⁹⁹ SERVERIN (E.), GRUMBACH (T.), « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *Revue du droit du travail*, 2010, n° 7-8, p. 458.

³⁰⁰⁰ LÖHRER (D.), « Le soutien du Défenseur des droits à l'exécution des décisions de justice », *RFDA*, 2016, n° 4, p. 727.

³⁰⁰¹ Cette idée est notamment le fruit de l'initiative de Dominique Baudis en 2011, en coordination avec le président de la Cour EDH de l'époque. Voir, Défenseur des droits, *Rapport d'activité 2011*, p. 5 et 30. Disponible à l'adresse : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_ra_2011.pdf.

³⁰⁰² LÖHRER (D.), « Le soutien du Défenseur des droits à l'exécution des décisions de justice », *op. cit.*, 4, p. 730.

³⁰⁰³ Voir, *supra*, Partie I, Titre 1, chap. 2, sect. 1, §2, B.

³⁰⁰⁴ Pour une synthèse sur la question, voir aussi : MOUCHETTE (J.), *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, pp. 467-474.

³⁰⁰⁵ AUTIN (J.-L.), « Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit », *op. cit.*, p. 294.

mimétisme, de sorte que les pouvoirs de certaines autorités indépendantes se sont vus soumis aux mêmes exigences que celle du juge, annonçant un phénomène de « juridictionnalisation ».

§ 2. Un phénomène de « juridictionnalisation » : une volonté d'assimilation au juge

499. La légitimité de l'intervention des AAI, inhérente à leur fonction de protection des droits, a engendré, particulièrement chez les autorités agissant dans le domaine de la régulation économique³⁰⁰⁶, la soumission de leur pouvoir de sanction aux exigences découlant du principe d'impartialité. Initiée par la Cour EDH, l'infiltration des garanties relatives au procès aux procédures exercées devant les AAI a été réceptionnée par le Conseil d'État dans son arrêt *Didier* en 1999³⁰⁰⁷, laquelle s'apprécie au regard de la nature, la composition et aux attributions de l'organe concerné. Par une sorte de théorie des apparences, les exigences propres à la fonction juridictionnelle se sont progressivement étendues, par assimilation, à celles opérant au sein des commissions de sanction de ces autorités. Autrement dit, dans l'exercice de leur pouvoir de répression, celles-ci doivent souscrire aux exigences d'un tiers impartial à part entière. Il s'agit d'une manifestation significative de l'attraction du modèle juridictionnel et de son caractère de « label » démocratique. Pour généraliser, c'est le standard de justiciabilité qui, une fois de plus, s'étend à toute procédure visant à la revendication ou à la contestation de droits. Pour les AAI, il s'agit là d'une voie toute tracée, comme en témoigne le processus de juridictionnalisation dont elles ont fait l'objet (A). Néanmoins, une telle progression suscite deux remarques. D'une part, la fonction de régulation allouée à ces autorités a été précisément conçue afin de proposer des solutions alternatives aux fonctions traditionnellement exercées par le juge pour en combler les lacunes. D'autre part, il apparaît problématique d'octroyer le statut de juridiction à des autorités qui, au sens du droit positif, s'en voient refuser le nom³⁰⁰⁸. Ce phénomène de juridictionnalisation met ainsi en lumière une certaine évolution des obligations incombant aux AAI, sans pour autant témoigner d'une stricte et pleine équivalence avec celles imposées aux juridictions. Le phénomène reste donc nécessairement limité (B).

³⁰⁰⁶ À ce propos, nous renvoyons à deux travaux de doctorats attrayant à ce sujet. Voir, PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2011, 1316 p. ; TAIBI (A.), *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique. Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, 2018, 658 p. Voir également, BOITEAU (Cl.), LOUVARIS (A.), « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, 2020, n° 27, pp. 1521-1526.

³⁰⁰⁷ CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434.

³⁰⁰⁸ Par exemple, DAIGRE (J.-J.), « Les Commissions des sanctions de l'ACP et de l'AMF ne sont-elles pas des juridictions ? », *Bulletin Joby Bourse*, 1^{er} décembre 2011, n° 12, p. 629.

A. Une juridictionnalisation progressivement affirmée

500. Consécutivement aux impulsions données par l'arrêt *Didier* en 1999, l'assimilation de l'action des AAI à une fonction juridictionnelle s'est généralisée. Si, comme l'affirme le Conseil constitutionnel, « le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles »³⁰⁰⁹, et si les AAI disposant d'un pouvoir de sanction se voient soumises à ce principe, alors l'exercice d'une fonction juridictionnelle par ces dernières interroge³⁰¹⁰. Cependant, cette juridictionnalisation pose problème, car elle est le fruit d'interprétations croisées entre la Cour EDH, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Le pragmatisme et l'interprétation large du principe d'impartialité par la Cour de Strasbourg a conduit généraliser le principe selon lequel les exigences relatives au procès ne sont pas réservées aux autorités juridictionnelles, mais s'étendent également aux autorités administratives au sein desquelles la procédure de sanction peut être assimilée à celle suivie devant un « tribunal » (1). Mais ce croisement est aussi source de confusions, car il naît de divergences de sens données aux notions de « juridiction » et de « tribunal » (2).

1. Une soumission aux exigences relatives au procès

501. Le respect des principes inhérents au procès n'est pas l'apanage du juge. Néanmoins, si la transposition de ces principes à l'action administrative a été initiée par la Cour de Strasbourg, c'est en faisant le choix d'apprécier l'équité de la procédure de manière globale et souple³⁰¹¹. Dès 1981, la Cour est venue autoriser la possibilité pour les États de décharger leurs juridictions pour contourner, pour certaines sanctions, la lourdeur et la lenteur de la procédure juridictionnelle³⁰¹². Ainsi déclare-t-elle que « des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs »³⁰¹³. Cette compatibilité induit en outre que, si ces derniers ne sont pas entièrement liés aux prescriptions énoncées à

³⁰⁰⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*, cons. 8.

³⁰¹⁰ GUYOMAR (M.), FOURVEL (J.), « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, p. 157.

³⁰¹¹ FERRARI-BREEUR (Ch.), « La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration », *RFDA*, 2001, n° 1, p. 33.

³⁰¹² Voir, DELMAS-MARTY (M.), TEITGEN-COLLIN (C.), *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Paris, Economica, 1992, p. 18.

³⁰¹³ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, n° 6878/75 et 7238/75, §51.

l'article 6§1 de la Convention, leurs sanctions doivent, en revanche, faire l'objet d'une possibilité de recours devant un « organe judiciaire de pleine juridiction, présentant, lui, les garanties de cet article »³⁰¹⁴. L'admission d'un pouvoir de sanction a des « autorités » ou « organismes » administratifs, présentant un caractère « non juridictionnel »³⁰¹⁵ a également été admise par le Conseil Constitutionnel, à condition que ladite sanction soit « exclusive de toute privation de liberté » et qu'elle s'assure de « sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »³⁰¹⁶.

502. L'affirmation progressive du champ d'application des exigences d'impartialité. C'est ensuite avec la jurisprudence du Conseil d'État que l'application des principes inhérents au procès va se préciser. C'est dans l'affaire *Didier*³⁰¹⁷, en 1999, que la Haute juridiction administrative présente sa formulation de principe. S'inspirant de son avis *Méric* rendu quatre ans plus tôt³⁰¹⁸, celle-ci reprend l'exigence énoncée par la Cour EDH. Elle rappelle que l'existence d'un recours de pleine juridiction satisfait aux prescriptions de l'article 6§1 de la Convention³⁰¹⁹, autorisant de ce fait une inflexion au principe du contradictoire. L'innovation

³⁰¹⁴ CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, série A, n° 58, §29, n° 7299/75 et 7496/76 ; CEDH, 27 octobre 1987, *Bodén c. Suède*, série A, n° 125-B, §§34 et 40. Selon la Cour, l'exigence de ce contrôle de pleine juridiction implique, par exemple, pour le juge concerné, de réexaminer « les questions de fait et celles de droit » (CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, série A, n° 132, §71). Sur cette question, voir : MAMONTOFF (C.), « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanction administrative », *RFDA*, 1999, n° 5, p. 1004 ; DELVOLLE (P.), « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 18.

³⁰¹⁵ Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 18. Voir aussi, Cons. const., n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la Loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 50 ; Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 36.

³⁰¹⁶ Cons. const., n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 27 à 29. Voir en ce sens, GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215.

³⁰¹⁷ CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434. À noter que le même jour, l'assemblée du contentieux a délibéré une autre affaire fondée sur des moyens similaires (CE, ass., 3 décembre 1999, *Caisse de Crédit Mutuel de Bain-Tresboenf*, n° 197060). L'analyse est néanmoins centrée sur l'arrêt *Didier* en raison des précisions qu'il apporte dans son considérant de principe.

³⁰¹⁸ CE, sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c. SARL Auto-Industrie Méric*, n° 164008.

³⁰¹⁹ À ce titre, le contentieux des autorités administratives indépendantes est scindé entre les deux ordres de juridictions. Peuvent par exemple faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État, les sanctions prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature (CSA) (Art. 17-1, loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), la Commission de régulation de l'électricité (CRE) (art. L. 134-4 du Code de l'énergie), l'Autorité des communications électroniques et des postes (ARCEP) (art. L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques), la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) (Art. 45 et 46, Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés), ainsi que certaines de celles prononcées par l'Autorité des marchés financiers (AMF) (art. L. 621-30 et R. 621-45 du Code monétaire et financier). D'autres sanctions émises par l'AMF (art. R. 621-45 du Code monétaire et financier), ainsi que celles de l'Autorité de la Concurrence (art. L. 464-8 du Code de commerce) relèvent de la compétence de la Cour d'appel de Paris, avec pourvoi possible devant la Cour de cassation.

apportée par l'arrêt arrive dans la suite du considérant, lequel énonce que, même si le Conseil des marchés financiers « n'est pas une juridiction au sens du droit interne », le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité peut être invoqué « eu égard à la nature, la composition et aux attributions de cet organisme ». Il s'agit ici d'une juridictionnalisation mesurée en ce que, d'un côté, comme l'ont aussi énoncé la Cour de cassation³⁰²⁰ et le Conseil constitutionnel³⁰²¹, une autorité administrative disposant d'un pouvoir de sanction doit se soumettre à un certain nombre d'obligations découlant des principes d'indépendance et d'impartialité (et ce, d'ailleurs, sans que législateur n'ait besoin de le rappeler³⁰²²). Mais, d'un autre côté, cette soumission demeure plus souple et est garantie par celle imposée à un organe juridictionnel, auquel il revient, le cas échéant, de contrôler ces sanctions³⁰²³. Cette logique explique ainsi que l'applicabilité globale de l'article 6 soit accompagnée d'atténuations, ou même de « tronçonnages »³⁰²⁴. Par exemple, si ces garanties incluent les droits de la défense³⁰²⁵, elles n'exigent pas forcément l'assistance gratuite d'un avocat³⁰²⁶. Selon Matthias GUYOMAR, cette souplesse permettrait de préserver « les autorités administratives indépendantes d'un excès de formalisme qui serait de nature à diminuer l'efficacité de leur activité de régulation »³⁰²⁷. Ce pragmatisme conduit, soit dit en passant, à confirmer que la qualité de tribunal n'est pas une condition d'applicabilité de l'article 6 de la Convention³⁰²⁸. Elle est en outre circonscrite à des critères matériels, que sont la présence de « droits et obligations de caractères civils » et « d'accusations en matière pénale ». Dégagés relativement tôt par la Cour de Strasbourg³⁰²⁹, ceux-ci ont fait l'objet d'une adhésion plus tardive de la part du Conseil d'État quant à la

³⁰²⁰ Cass., ass. plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c. Oury*, n° 97-16.441.

³⁰²¹ Cass., com., 12 juillet 2011, n° 10-28.375, *RTD com*, 2011, p. 607, obs. N. RONTCHEVSKY : « le principe des droits de la défense s'impose, sous le contrôle du juge, aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence ».

³⁰²² Cons. const., n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 16. Le Conseil prévoit, en effet, qu'une autorité administrative indépendante, de nature non juridictionnelle, doit respecter « les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

³⁰²³ CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86, *AJDA*, 1994, p. 511, chron. J.-F. FLAUS.

³⁰²⁴ DUBRILLE (J.-B.), « La difficile conciliation de l'article 6 de la CEDH avec le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes. Note sous CE, 27 octobre et 17 novembre 2006, *M. P et autres*, n° 276069 et 276926 », *LPA*, n° 133 du 04 juill. 2007, p. 19.

³⁰²⁵ CE, 31 mars 2004, *Société Etna finance*, n° 243579.

³⁰²⁶ CE, 27 octobre 2006, *Parent*, n° 276069.

³⁰²⁷ GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « La frontière entre le retrait d'agrément prononcé par la Commission des opérations de Bourse au titre de ses pouvoirs de police et celui prononcé au titre de son pouvoir de sanction est précisée. Note sous CE, 22 juin 2001, *Sté Athis*, n° 193392 », *AJDA*, 2001, n° 7, p. 634.

³⁰²⁸ Voir notamment, CEDH 15 janvier 2009, *Argyrou c. Grèce*, n° 10468/04, §22 ; CEDH 11 juin 2009, *Société Dubus c. France*, n° 5242/04, § 38

³⁰²⁹ Pour la notion de « droits et obligations de caractère civil », voir : CEDH 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73, §88. Pour la notion d'« accusation en matière pénale », voir : CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §8.

reconnaissance de leur caractère autonome³⁰³⁰. La Cour de Strasbourg a en effet adopté une conception large de ces deux critères. Car, « s'en tenir à une acception stricte de ces notions, dépendante de la qualification retenue en droit interne, aurait conduit à limiter de manière significative l'étendue matérielle du droit à un procès équitable »³⁰³¹, de sorte qu'aujourd'hui les deux notions balayent de très larges domaines, n'épargnant pour ainsi dire que le « cœur de l'*imperium* étatique »³⁰³². De même que si pendant longtemps, la juridiction française n'imposait les prescriptions de l'article 6 qu'aux autorités statuant en matière pénale³⁰³³, elle a finalement inclus celles se prononçant sur des « droits et obligations de caractère civil » depuis l'arrêt *Groupe Canal Plus* du 12 décembre 2012³⁰³⁴. Le ralliement a donc été effectué.

503. Une extension à toutes les phases de procédures. Comme vu précédemment, l'exigence d'impartialité peut subir des atténuations susceptibles d'être ensuite compensées par un recours de pleine juridiction en aval³⁰³⁵. Sur le plan interne, cette exigence a été consacrée en tant que principe général du droit³⁰³⁶ applicable « à tout organisme administratif »³⁰³⁷. Ces inflexions s'accompagnent néanmoins d'une extension des exigences inhérentes au procès équitable au-delà de la seule procédure de sanction. Au sein des autorités administratives indépendantes, ce principe peut s'étendre à tous les actes de la procédure, en comprenant la phase d'enquête. En effet, « la recherche des preuves est le fondement sur lequel peut s'étoffer un dossier, et qui peut justifier *in fine* une sanction. C'est pourquoi le droit positif montre une attention particulière à l'enquête, qui ne peut plus être radicalement séparée des procédures d'instruction et de sanction »³⁰³⁸. C'est ainsi que, dans son arrêt *Imbriosca c. Suisse* de 1993, la Cour EDH a considéré que la négligence des garanties liées au procès précédant la phase des poursuites pouvait être de nature à « compromettre gravement le caractère équitable » de ladite procédure³⁰³⁹. La Cour raisonne ici de manière casuistique, visant à protéger le justiciable, dès

³⁰³⁰ Pour le ralliement à l'acception européenne des matières civiles concernées, voir : CE, ass., 14 février 1996, *Maublen*, n° 132369. Concernant la matière pénale, voir : CE, sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c. SARL Auto-Industrie Méric*, n° 164008.

³⁰³¹ FAURE (Y.), MALVERTI (Cl.), « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *AJDA*, 2019, n° 9, p. 509.

³⁰³² MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, p. 120.

³⁰³³ Voir, CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392.

³⁰³⁴ CE, ass., 21 décembre 2012, *Groupe Canal Plus*, n° 362347. Cette éventualité reste par ailleurs conditionnée par l'existence d'une véritable contestation d'un droit au sens des prescriptions conventionnelles.

³⁰³⁵ CEDH, 29 octobre 2009, *Chaudet c. France*, n° 49037/06, §§36 à 38.

³⁰³⁶ CE, 29 avril 1949, *Bourdeaux*, n° 82790.

³⁰³⁷ CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, n° 61958.

³⁰³⁸ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 1, p. 113.

³⁰³⁹ CEDH, 24 novembre 1993, *Imbriosca c. Suisse*, n° 13972/88, §36.

le stade de l'enquête, contre tout acte pouvant influencer ou déterminer le prononcé d'une sanction. Ainsi, l'applicabilité de l'article 6 durant la phase d'instruction dépend « des particularités de la procédure et des circonstances en cause » permettant alors de constater si « à la lumière de l'ensemble de la procédure, la restriction a privé l'accusé d'un procès équitable »³⁰⁴⁰. Les juridictions nationales ont repris ce principe³⁰⁴¹, généralisant notamment le respect des droits de la défense dès la phase administrative d'enquête³⁰⁴², à l'exception de l'assistance gratuite d'un avocat³⁰⁴³. Les droits de la défense recouvrent l'ensemble des garanties procédurales qui, sans être confondues avec le principe du contradictoire, ont vocation à conférer à l'administré « les outils nécessaires à une défense efficace tout au long de la procédure »³⁰⁴⁴. Parmi ces garanties, se retrouvent aussi le droit au silence ou de la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client³⁰⁴⁵, lesquels sont conjugués au respect du caractère contradictoire de la procédure et à l'impartialité de la décision³⁰⁴⁶. La raison demeure dans le fait que la phase d'enquête est considérée comme une étape de la procédure de poursuite, ceci justifiant alors que les enquêtes se déroulent « dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irréversible aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés »³⁰⁴⁷. L'impartialité s'étend, de ce fait, aux

³⁰⁴⁰ *Ibid.*, §38. Dans un arrêt plus récent, la Cour a de nouveau précisé que, « la phase de l'enquête peut revêtir une importance particulière pour la préparation du procès pénal : les preuves obtenues durant cette phase déterminent souvent le cadre dans lequel l'infraction imputée sera examinée au procès, et la législation nationale peut attacher à l'attitude d'un accusé au cours de la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences décisives pour les perspectives de la défense lors de la suite de la procédure ». CEDH, gr. ch., 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, n° 50541/06, §57.

³⁰⁴¹ Voir, par exemple : Cass., ass. plén., 5 février 1999, n° 97-16.441, *Commission des opérations de bourse (COB) c. Oury* ; Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.252 ; CE, 6 novembre 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300 ; CE, 14 décembre 2011, *SAS Optical Center*, n° 330762 ; CE, 7 mai 2012, *Société Isotherm*, n° 327995 ; CE, 27 juillet 2007, *Société AIS 2*, n° 340026.

³⁰⁴² Par exemple, CE, 15 mai 2013, *Société Alternative Leaders France*, n° 356054 ; CE, 12 juin 2013, *Société Natixis*, n° 349185. À noter que le respect des droits de la défense est, depuis la jurisprudence *Dame Tromprier Gravier*, un principe général du droit. CE, 5 mai 1944, *Dame Tromprier Gravier*, n° 69751.

³⁰⁴³ CE, 27 octobre 2006, *Parent*, n° 276069.

³⁰⁴⁴ POUJOL (M.), *Les droits de la défense dans les procédures administratives non juridictionnelles en droit de l'Union européenne*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, p. 24. Le Conseil constitutionnel fait de son côté découler les droits de la défense de l'article 16 DDHC (Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 22), lequel est applicable aux autorités administratives disposant d'un pouvoir de sanction. Voir, Cons. const., n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 56.

³⁰⁴⁵ Voir, par exemple : CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, §16 ; CEDH 25 février 1993, *Funke c. France*, n° 10588/83, §44. À noter, par ailleurs, que ces garanties ne sont pas absolues et peuvent par la loi, notamment concernant silence durant le stade de l'enquête qui peut faire l'objet de sanctions pénales en cas d'entrave aux investigations menées par les autorités administratives. Ceci concerne par exemple l'AMF (Art. L. 642-2 du Code monétaire et financier) ou encore la CNIL (Art. 51, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

³⁰⁴⁶ CE, 30 juillet 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères*, n° 238169.

³⁰⁴⁷ CE, 15 mai 2013, *Société Alternative Leaders France*, n° 356054 ; CE, 5 novembre 2014, *Société UBS SA*, n° 371585 (concernant l'ACP) ; CE, 18 novembre 2015, *Société PS Consulting*, n° 371196 (concernant la CNIL).

membres des autorités³⁰⁴⁸. Cette condition peut d'ailleurs motiver l'interdiction qu'une sanction soit prononcée par l'auteur des poursuites. Il en découle, pour un certain nombre d'autorités administratives indépendantes, une séparation fonctionnelle, voire organique, entre les phases d'instruction et de sanction³⁰⁴⁹. Le phénomène de juridictionnalisation est dès lors issu de cette pénétration progressive de l'impartialité conduisant, en quelque sorte, à faire de la procédure administrative « l'antichambre du procès »³⁰⁵⁰. Ainsi, de ce mouvement peut-il ressortir « une coïncidence quasi complète, dès la phase administrative, entre ce que l'on imposerait à une procédure juridictionnelle et ce qu'on exige de ces procédures administratives »³⁰⁵¹.

504. La compatibilité avec la faculté de saisine d'office. Si cette faculté n'est pas *a priori* incompatible par principe avec l'exercice de fonctions juridictionnelles et les exigences constitutionnelles découlant de l'article 16 DDHC³⁰⁵², elle demeure en revanche indispensable pour certaines AAI pour mener à bien leurs missions³⁰⁵³. C'est notamment le raisonnement qu'a tenu le Conseil constitutionnel au sujet de la CNIL dans sa décision du 18 septembre 1986³⁰⁵⁴. Or, comme l'a rappelé la Haute juridiction, les mêmes dispositions de l'article 16 DDHC imposent un minimum de garanties, la première étant la possibilité de saisine du juge en aval et la seconde veille à ce que demeure une séparation suffisante entre les fonctions d'instruction et de jugement³⁰⁵⁵. À ces limites, le principe d'impartialité a été en outre mobilisé par le Conseil d'État³⁰⁵⁶ et la Cour EDH afin de préciser que la saisine d'office ne doit pas laisser une

³⁰⁴⁸ Voir, CE, 18 juillet 2018, *Fédération des médecins de France*, n° 411345.

³⁰⁴⁹ C'est par exemple le cas de l'AMF et de l'ACP. Voir, Art. L. 612-9 du Code monétaire et financier. À titre d'illustration, le Conseil d'État a également prononcé une atteinte au principe d'impartialité au sein de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles « *eu égard à l'insuffisance des garanties dont la procédure est entourée, la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre d'une part, et sur la sanction d'autre part, est de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette autorité* ». CE, 22 décembre 2011, *Union Mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612. Ainsi, lorsqu'une autorité administrative indépendante prend une sanction, elle doit se conformer à ce que la Cour EDH considère à la fois comme une impartialité objective et subjective. Voir, CEDH, 11 juin 2009, *Dubus SA c. France*, n° 5242/04, §53. À ce propos, voir, FAURE (Y.), MALVERTI (CL.), « *Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ?* », *AJDA*, 2019, n° 9, p. 510.

³⁰⁵⁰ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 1, p. 118.

³⁰⁵¹ GUYOMAR (M.), FOURVEL (J.), « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37, p. 175.

³⁰⁵² Cons. const., n° 2017-671 QPC, 10 novembre 2017, *M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines]*, cons. 6. Voir, *supra*, P. 2, T. 2, chap. 1, sect. 1, §2, B, 2.

³⁰⁵³ KERLEO (J.-F.), « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, n° 2, p. 293.

³⁰⁵⁴ Cons. const., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 14.

³⁰⁵⁵ Cons. const., n° 2012-280 QPC, 13 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 21 ; Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, *M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives]*, cons. 8 et 9.

³⁰⁵⁶ CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Ban Limited*, n° 180122.

impression de culpabilité envers le requérant dès l'ouverture de la procédure³⁰⁵⁷. Dès lors, si l'extension du principe d'impartialité tend à assimiler la procédure suivie devant les autorités administratives indépendantes à une procédure juridictionnelle, elle amène également à constater leurs particularités.

2. Une application basée sur les confusions inhérentes aux notions de « juridiction » et de « tribunal »

505. Les divergences de positions entre Conseil d'État et Cour EDH. Au regard des éléments précédemment énoncés, il se dessine certaines incohérences entre l'approche du juge national et celle du juge européen. Dans l'avis *SARL Auto-Industrie Méric* de 1995, le Conseil d'État précise que les stipulations de l'article 6 de la Convention ne sont « applicables qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions [...] »³⁰⁵⁸. Le critère reconnu au contentieux des autorités administratives indépendantes de l'arrêt *Didier*, puis réitéré dans l'arrêt *Parent*, se fondant sur leur « nature », leur « composition » et leurs « attributions »³⁰⁵⁹, reprend une approche principalement organique. Si le droit positif s'abstient aujourd'hui de qualifier ces autorités de « juridictions », les prescriptions de l'article 6 doivent néanmoins correspondre à l'acception de « tribunal » au sens entendu par la Cour de Strasbourg. De son côté, cette dernière conditionne l'applicabilité de l'article 6 sur un critère matériel, traduit par les notions de « droits et obligations de caractère civils »³⁰⁶⁰ et « d'accusation en matière pénale »³⁰⁶¹, lesquelles sont appréciées de manière autonome³⁰⁶². D'ailleurs, certains arrêts ultérieurs de la juridiction administrative témoignent d'une application relativement fluctuante des critères posés par la Cour. Ainsi, tantôt le Conseil retient uniquement le critère de la qualification de « tribunal » au sens de la Convention³⁰⁶³, tantôt il se base sur l'habilitation législative de l'autorité

³⁰⁵⁷ CEDH 11 juin 2009, *Dubus c. France*, n° 5243/04, §60.

³⁰⁵⁸ CE, avis, sect., 31 mars 1995, *SARL Auto-Industrie Méric*, n° 164008.

³⁰⁵⁹ CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434 ; CE, 27 octobre 2006, *Parent*, n° 276069.

³⁰⁶⁰ CEDH, Gr. ch., 25 septembre 2018, *Denisov c. Ukraine*, n° 76639/11, §44. Aux termes des exigences posées par la Cour, l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention est applicable, dans ce cas de figure, en cas d'une contestation réelle et sérieuse d'un droit, reconnu en droit interne, protégé ou non par la Convention et dont l'issue de la procédure est déterminante pour le droit « civil » en question.

³⁰⁶¹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, §8.

³⁰⁶² GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Diverses applications du principe d'impartialité », *AJDA*, 2000, n° 2, p. 126 : « La définition du champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne se fonde sur un critère matériel et non sur un critère organique [...] Les qualifications données en droit interne aux sanctions prononcées (sanctions administratives ou sanctions juridictionnelles) ne permettent donc pas à elles seules d'apprécier si un litige se situe dans le champ de cet article ».

³⁰⁶³ CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, n° 180122 ; CE, 21 décembre 2018, *Agence nationale de l'habitat*, n° 424520.

à exercer un pouvoir de sanction³⁰⁶⁴, tantôt il prend en compte ces deux critères de manière cumulative³⁰⁶⁵. En revanche, il s'est aussi parfois cantonné au critère matériel retenu par la CEDH en écartant le critère organique³⁰⁶⁶. L'approche globale et casuistique proposée par la Cour se heurte ici à une « systématisation tourmentée »³⁰⁶⁷ de la part du Conseil d'État, qui a tendance à privilégier une fragmentation des garanties de l'article 6. Soit dit en passant, du côté du Conseil constitutionnel, l'impartialité fait également l'objet, dans son genre, d'une application plus étroite. Par exemple, depuis sa décision n° 2017-688 QPC, celui-ci exige systématiquement une séparation, *a minima* fonctionnelle, entre les phases de poursuites et de jugement, contrairement à la Cour EDH qui considère que l'absence d'une telle séparation ne forme pas une violation de l'article 6 si les requérants disposent d'un recours de pleine juridiction, lequel leur offrant les garanties de l'article 6.

506. Les incertitudes liées à la notion de « tribunal ». La notion de « tribunal » au sens de la Convention peut générer une ambiguïté dans l'appréhension du phénomène de juridictionnalisation. Tout d'abord, depuis la jurisprudence *Sramek c. Autriche*³⁰⁶⁸, la Cour de Strasbourg considère que la notion de tribunal au sens de l'article 6 ne se confond pas avec celle de juridiction au sens du droit interne. D'ailleurs la Cour a déjà eu l'occasion de refuser la qualification de tribunal à une juridiction, sous motif qu'elle ne remplissait les exigences posées par l'article 6³⁰⁶⁹. Son indépendance de qualification fait de cette notion de tribunal une notion autonome. Cette caractéristique induit que ladite notion dispose d'une faculté de soustraction au contexte, à sa définition et à son champ d'application juridique national, de sorte qu'elle puisse s'appliquer de manière uniforme à tous les États membres selon son interprétation au regard de la Convention³⁰⁷⁰. Aux termes de l'article 6§1, en effet, un « tribunal » s'apprécie

³⁰⁶⁴ CE, 31 mars 2006, *Robert*, n° 276605 ; CE, 24 mars 2006, *SA Martell & Co*, n° 257330. Par ailleurs, on notera que le Conseil constitutionnel a quant à lui balayé le critère organique pour se concentrer essentiellement sur le pouvoir de sanction. Voir, Cons. const., n° 2001-200 QPC, 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire]*, cons. 8.

³⁰⁶⁵ CE, 10 mai 2004, *Crédit du Nord, Banque Clément*, n° 241587.

³⁰⁶⁶ CE, 27 février 2006, *Kempff*, n° 257964.

³⁰⁶⁷ FAURE (Y.), MALVERTI (Cl.), « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *op. cit.*, p. 506.

³⁰⁶⁸ CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, série A, n° 84, §36. En l'espèce la cour a qualifié de « tribunal » une autorité régionale de transaction immobilière.

³⁰⁶⁹ Cela a par exemple été le cas pour le Conseil d'État. Voir, CEDH, 24 novembre 1994, *Consorts Beaumartin c. France*, n° 15287/89, *AJDA*, 1995, p. 124, chron. J.-F. FLAUSS.

³⁰⁷⁰ Pour une étude exhaustive sur le sujet, voir : SUDRE (F.), « Le recours aux “notions autonomes”, in SUDRE (F.) (dir.) *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, spec. pp. 93-123. À titre d'illustration, la Cour a par exemple explicité cette technique dans son arrêt *Engel et a. C. c. Pays-Bas*, énonçant que « si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction disciplinaire plutôt que pénale [...] le jeu des clauses des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention ». CEDH, 8 juin 1976, *Engel et a. C. c. Pays-Bas*, n° 5100/71,

matériellement par son « rôle juridictionnel »³⁰⁷¹, lequel consiste à trancher un litige sur la base du droit, avec plénitude de juridiction, à l'issue d'une procédure organisée, relevant de sa compétence³⁰⁷². Il n'est alors pas obligatoire que le tribunal en question appartienne aux structures judiciaires ordinaires d'un État parti³⁰⁷³, le critère déterminant étant celui du respect des garanties prévues à l'article 6§1 de la Convention, lesquelles exigent, sur le plan statutaire, un organe indépendant, impartial [et] établi par la loi »³⁰⁷⁴. Dès lors, en estimant que des inflexions aux principes d'indépendance et d'impartialité peuvent être compensées par la possibilité d'un « contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant les garanties de l'article 6 »³⁰⁷⁵, le juge opte pour une position moins contraignante et exigeante que celle du juge ordinaire et constitutionnel.

507. Une conséquence de fragilisation de la notion de juridiction. Ainsi, la soumission des autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir de sanction à l'article 6 est possible en tant que leur rôle est assimilable à celui d'un « tribunal » au sens européen, sans qu'ils aient besoin d'être qualifiés de « juridiction » au sens du droit interne. Si cette distinction ne pose pas de réels problèmes en pratique, en raison de l'approche casuistique adoptée par la Cour EDH et de l'évolution parallèle de la jurisprudence administrative depuis l'arrêt *Didier*³⁰⁷⁶, elle participe cependant à fragiliser la notion de juridiction. « En érigeant ce nouveau critère comme condition d'application des garanties procédurales de l'article 6 aux autorités administratives, il [le Conseil d'État] est lui-même venu fragiliser la portée des critères classiques [...] Certes, il est compréhensible d'exiger des autorités administratives lorsqu'elles exercent une fonction de type juridictionnel qu'elles soient indépendantes ; toutefois, leur appliquer un principe qui constitue le fondement même de la notion de juridiction ne peut que

série A, n° 22, §81. Par ailleurs, il est opportun de préciser que la Cour de justice de l'Union européenne retient, elle aussi, une notion autonome de tribunal, mais dans une fonction différente de celle allouée par la cour de Strasbourg. En effet, si cette dernière conçoit la notion comme un élément de garantie du procès équitable, la cour du Luxembourg l'entend, quant à elle, comme une condition de recevabilité du recours préjudiciel. Voir, par exemple, CJUE, 31 janvier 2013, *Valeri Hariev Belov c. Chez Elektro Bgaria AD*, aff. C-394/11, *AJDA*, 2013, p. 335, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et H. CASSAGNABERE. Sur ce point, voir : SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : 'je t'aime moi non plus' ? », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, pp. 31-49.

³⁰⁷¹ CEDH, 23 octobre 1985, *H. c. Belgique*, n° 8950/80, §50.

³⁰⁷² CEDH, Gr. ch., 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94, §223.

³⁰⁷³ CEDH, 28 janvier 2020, *Ali Rıza et autres c. Turquie*, n° 30226/10, 5506/16, §§194-195.

³⁰⁷⁴ Voir, CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, n° 9186/80, §33 ; CEDH, 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, n° 35605/97, §58.

³⁰⁷⁵ CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, §94.

³⁰⁷⁶ COSTA (D.), « Les autorités administratives indépendantes et le principe d'impartialité », *AJDA*, 2002, n° 24, p. 1492.

participer à brouiller et affaiblir la portée de ce principe »³⁰⁷⁷. La position du juge européen, étant plus englobante et pragmatique, plaide pour une application généralisée des exigences découlant de l'article aux procédures à la fois administratives et juridictionnelles. L'application des garanties du procès équitable n'est en effet pas liée à une approche organique, mais plutôt fonctionnelle ; ce qui n'empêche pas la possibilité de concilier les deux. Lorsque le Conseil d'État, appliquant les critères de l'arrêt *Didier*, estime qu'une autorité administrative indépendante est un « tribunal » au sens de la Convention, tout en réfutant sa qualité de juridiction au sens du droit interne « eu égard à sa nature, sa composition et ses attributions », il opère d'une certaine manière une conciliation entre les deux logiques. Du côté du juge de Strasbourg, la logique se superpose dans le sens où il peut qualifier une autorité administrative de tribunal, alors même qu'elle n'est pas une juridiction au sens interne. Autrement dit, il s'agit là d'un état de fait, qui demeure troublé par un problème de qualification, se répercutant *in fine* sur la notion de juridiction. En cela, et comme le préconise la professeure MILANO, la généralisation de la logique fonctionnelle permettrait de restaurer une certaine clarté. « Il s'agirait juste de pousser ce raisonnement à son terme en reconnaissant que, lorsque cet organe agit comme une juridiction au sens fonctionnel, il est une juridiction au sens du droit interne, ce qui n'empêchera pas de considérer que, dans l'exercice de ses autres missions non contentieuses, il continue d'être une autorité administrative. Le dédoublement fonctionnel serait ainsi pleinement pris en compte »³⁰⁷⁸.

B. Une juridictionnalisation nécessairement limitée

508. « La soumission à ce principe constitutionnel d'impartialité de toutes les AAI dotées d'un pouvoir de sanction conforterait donc encore leur fameuse “juridictionnalisation”. Mais comment appliquer ce principe à des organes dont on continue de dénier le caractère juridictionnel ? »³⁰⁷⁹ La juridictionnalisation trouve ses limites dès lors qu'elle est confrontée aux spécificités de la fonction juridictionnelle exercée par le juge. Pour plusieurs raisons, les AAI ne constituent pas de véritables juridictions. Leurs décisions n'ont pas autorité de chose jugée et demeurent toujours soumises au contrôle du juge. De plus, les sanctions qu'elles prononcent

³⁰⁷⁷ MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, n° 6, p. 1119.

³⁰⁷⁸ MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *op. cit.*, p. 1130. Dans le même sens, FAURE (Y.), MALVERTI (Cl.), « *Didier* a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *op. cit.*, p. 511.

³⁰⁷⁹ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 113.

se distinguent elles aussi de celles prononcées par le juge³⁰⁸⁰. Enfin, ces autorités peuvent être supprimées par la loi et ne disposent pas de budget de propre³⁰⁸¹. Or, si ces précisions sont évidentes et bien connues, des confusions persistent, et ce principalement à cause d'un problème de qualification. D'un côté, certains balbutiements législatifs ont engendré l'assimilation de certaines AAI à des juridictions³⁰⁸². D'un autre côté, la doctrine a, tant bien que mal, cherché une solution en proposant, par exemple, les dénominations de « quasi-juridiction » ou de « pseudo-juridiction »³⁰⁸³. Désormais, le principe semble clair : au sens du droit positif, les AAI ne reçoivent pas la qualification de « juridiction » (1). Néanmoins, l'application des principes inhérents au procès, ajoutée à l'assimilation à un « tribunal » au sens de la jurisprudence de la Cour EDH génère encore des problèmes de visibilité quant aux limites à la juridictionnalisation³⁰⁸⁴. Mais sur plusieurs points, il semble que le principe d'impartialité fasse l'objet d'une application différenciée entre les AAI et le juge (2). Il y a donc là un indice supplémentaire venant soutenir les limites à cette juridictionnalisation.

1. Le refus de qualification de « juridiction »

509. Des ambiguïtés de qualification. Le phénomène de juridictionnalisation des AAI est en partie alimenté par le problème de leur dénomination. Par principe, leur statut demeure lié à celui que leur attribue le législateur³⁰⁸⁵. C'est par exemple, selon ce même raisonnement, que le Conseil constitutionnel est venu confirmer le caractère « d'autorité de nature non juridictionnelle » à la Commission des opérations de bourse³⁰⁸⁶. Mais un autre litige peut se présenter lorsqu'une autorité se qualifie elle-même de « juridiction », et ce, en contradiction

³⁰⁸⁰ Les AAI, comme l'administration de manière générale, ont le pouvoir de prononcer des mesures à caractère répressif, qualifiées de sanctions ayant le caractère de punition. Comme le précise le Conseil d'État dans son étude annuelle consacrée aux AAI, « *il existe en fait deux grandes catégories de sanctions : les sanctions à caractère professionnel ou fonctionnel, apparues les premières, qui restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et peuvent même aboutir à leur cessation d'activité, et les sanctions pécuniaires qui commencent à apparaître dans les années 1980* ». Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 311.

³⁰⁸¹ PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., p. 44.

³⁰⁸² Par exemple, l'ancien article L. 613-23 du Code des marchés financiers qualifiait la Commission bancaire de « juridiction administrative ».

³⁰⁸³ COSTA (D.), « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA*, 2005, n° 6, p. 1174.

³⁰⁸⁴ Ce manque de clarté se répercute aussi en pratique sur les victimes, rendant le régime juridique applicable devant ces autorités parfois difficile à cerner. Comme s'interroge à ce propos le professeur COLLET, « *à quoi bon étendre les garanties offertes aux justiciables si ces dernières sont tellement illisibles qu'elles risquent d'en devenir illusoires ?* » COLLET (M.), « Autorités de régulation et procès équitable », *AJDA*, 2007, n° 2, p. 80.

³⁰⁸⁵ Voir, loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017, texte n° 2.

³⁰⁸⁶ Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 18.

avec toute qualification légale. C'est notamment de cette manière que l'Autorité de contrôle prudentiel a procédé dans une décision du 13 mai 2011³⁰⁸⁷, laquelle a fait son *mea culpa* deux ans après en précisant au passage que ces décisions demeuraient des décisions administratives³⁰⁸⁸. Le Conseil d'État a d'ailleurs confirmé cette position dans la foulée. Arguant que, « même si la Commission des sanctions est organisée et fonctionne de manière similaire à une juridiction, le législateur n'a pas entendu lui conférer cette qualité » dès lors que, de plus, l'article 311-4 du Code de justice administrative énonce que la Haute juridiction administrative juge « en premier et dernier ressort » les recours formés contre ses décisions³⁰⁸⁹. L'ambiguïté réside dans la distinction entre apparence et consistance, car dans le même temps, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à parler de « fonctions de jugement » au sujet des pouvoirs des commissions de sanction³⁰⁹⁰ tout en excluant un quelconque statut juridictionnel. Récemment le Conseil d'État a suivi cette position en précisant, au sujet de l'Agence française de lutte contre le dopage, que l'article L. 232-2 du Code du sport lui octroie un pouvoir de sanction et, « alors même qu'elle ne constitue pas une juridiction, [celle-ci] est investie, compte tenu de l'objet de son intervention ainsi que de sa composition et de son fonctionnement, de fonctions de jugement »³⁰⁹¹. L'approche fonctionnelle refait ici surface pour confirmer sa prévalence sur l'approche organique. C'est de cette dualité que ressort le « mimétisme juridictionnel »³⁰⁹² dont font preuve certaines AAI, lequel vient à la fois supporter le phénomène de juridictionnalisation et révéler ses limites.

510. Des conséquences sur le plan procédural. L'avis du 13 mai 2011 rendu par l'Autorité de contrôle prudentiel donne par ailleurs un indice supplémentaire des limites à la juridictionnalisation. Il y est notamment posé la question de savoir si une telle autorité peut renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité. En effet, selon les termes de l'article 61-1 de la Constitution, une QPC peut être soulevée devant « toute juridiction ». La qualité de « juridiction » est donc ici déterminante quant à ses enjeux procéduraux. En se ravisant, dans son avis du 10 janvier 2013, l'Autorité de contrôle prudentiel est néanmoins venue rappeler que son habilitation législative lui permettait seulement de prétendre à des fonctions de nature

³⁰⁸⁷ ACP, Comm. sanct., 13 mai 2011, n° 2010-06 bis ; *JCP E*, 2011, p. 1544, note A. COURET et B. DONDERO.

³⁰⁸⁸ ACP, Comm. sanct., 10 janvier 2013, n° 2012-04 et 2012-04 bis.

³⁰⁸⁹ CE, 30 janvier 2013, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 347357.

³⁰⁹⁰ Cons. const., n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]*, cons. 12.

³⁰⁹¹ CE, 20 mars 2020, n° 429427.

³⁰⁹² BOTTEAU (Cl.) LOUVARIS (A.), « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, 2020, n° 27, p. 1521.

juridictionnelle, sans en acquérir la qualité. Selon ses propres termes, « même si la Commission des sanctions est organisée et fonctionne de manière similaire à une juridiction, le législateur n’a pas entendu lui conférer cette qualité ; [...] par suite, bien que la commission ait, dans une décision du 13 mai 2011, regardée comme recevable une QPC avant de refuser de la transmettre faute de caractère sérieux, les trois QPC soulevées par la *BPCA* sont irrecevables »³⁰⁹³. En outre, celle-ci avait ajouté la question relative à sa faculté de poser une question préjudicielle devant la Cour de justice de l’Union européenne, laquelle, au sens de l’article 267 du TFUE, confirmerait sa qualité de juridiction. Là encore, l’Autorité s’est rétractée, mais, cette fois-ci, de manière plus évasive. En effet, elle s’est simplement contentée de constater sa compétence, en précisant qu’en l’espèce, il lui était inutile d’entamer cette procédure devant la Cour de justice³⁰⁹⁴. Ainsi, d’une part, la juridictionnalisation est limitée à une question d’habilitation, en l’occurrence législative, mais d’autre part, l’exigence constitutionnelle d’impartialité semble y demeurer indifférente. Comme l’indique, par exemple, le commentaire officiel de la décision n° 2012-280 QPC, « la protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d’une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu’elle exerce un pouvoir de sanction »³⁰⁹⁵. Dès lors, comme le remarque le professeur BRUNET, « il était prévisible qu’à force d’affirmer que l’organe de sanction agit “comme” un tribunal ou une juridiction, l’organe ainsi considéré finisse par prendre au sérieux cette qualification »³⁰⁹⁶. Or, le résultat est que la réunion de critères matériels, formels et organiques n’apparaissent plus comme des critères fiables, ou du moins systématiques, d’identification d’une juridiction³⁰⁹⁷. « Certes, on peut toujours objecter que c’est la réunion de ces trois critères qui caractérise une juridiction, mais on voit bien que le flou et la manipulation dont ils peuvent faire l’objet ont abouti à leur relativisation et ne permettent plus d’en tirer des conclusions définitives. Ceci explique la pléthore d’expressions destinées à rendre compte de la juridictionnalisation des autorités administratives, qui tout en mimant les juridictions, ne peuvent recevoir cette qualification »³⁰⁹⁸.

³⁰⁹³ ACP, Comm. sanct., 10 janvier 2013, n° 2012-04 et 2012-04 *bis*, *précitée*.

³⁰⁹⁴ ACP, Comm. sanct., 25 novembre 2013, n° 2013-01.

³⁰⁹⁵ Commentaire officiel sous la décision Cons. const., n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, p. 13.

³⁰⁹⁶ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 113.

³⁰⁹⁷ QUILICHINI (P.), « Réguler n’est pas juger », *AJDA*, 2004, n° 20, p. 1066.

³⁰⁹⁸ MILANO (L.), « Qu’est-ce qu’une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *op. cit.*, p. 119.

2. Une application différenciée du principe d'impartialité

511. La distinction entre fonctions administrative et contentieuse. La portée englobante conférée au principe d'impartialité par le Conseil constitutionnel depuis sa décision n° 2012-280 QPC³⁰⁹⁹ peut être génératrice de confusion. Le problème peut se résumer ainsi : l'impartialité s'impose aux AAI dotées d'un pouvoir de sanction, cette impartialité n'est pas celle applicable à l'administration, mais il s'agit une impartialité similaire à celle imposée au juge, sans pour autant que ces AAI soient de véritables juridictions. Cela ramène à la question du dédoublement organique au sein des autorités administratives disposant d'un pouvoir de sanction, laquelle se répercute sur une dualité fonctionnelle³¹⁰⁰ : une fonction administrative pour le collège, et une fonction contentieuse exercée par la commission des sanctions³¹⁰¹. À noter qu'au regard de la jurisprudence constitutionnelle, le législateur doit garantir une « séparation organique ou fonctionnelle »³¹⁰². Par suite, l'autonomisation du pouvoir de sanction permet l'assimilation à l'exercice d'une fonction juridictionnelle³¹⁰³, suscitant cette « juridictionnalisation rampante »³¹⁰⁴, et pose la question de savoir si l'impartialité conserve le même sens pour une autorité administrative ou pour un juge. L'application de l'impartialité peut se heurter à la finalité d'intérêt général de l'action administrative³¹⁰⁵, notamment sur le type de sanction administrative que les AAI sont habilitées à prononcer³¹⁰⁶. En effet, « on ne saurait exiger d'un organe administratif, présumé poursuivre l'intérêt général, les mêmes qualités

³⁰⁹⁹ Cons. const., n° 2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction]*, cons. 14-16. Dans le même sens, plus récemment, voir : Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, *M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives]*, cons. 4.

³¹⁰⁰ En ce sens, GUYOMAR (M.), « La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque & Droit*, 2009, n° 127, p. 9.

³¹⁰¹ Il s'agit là d'un modèle de séparation qui s'est progressivement développé depuis 2003 avec l'AMF, pour ensuite être adopté par l'ACP, la CRE, l'ARJEL ou encore l'Agence anti-dopage. Voir sur ce point, EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, n° 5, p. 1007.

³¹⁰² Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, *M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives]*, cons. 2.

³¹⁰³ IDOUX (P.), « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, n° 5, p. 920.

³¹⁰⁴ ROBLOT-TROIZIER (A.), TUSSEAU (G.) « Le Conseil constitutionnel arbitre des conflits de jurisprudence ou juge des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence ? Chronique sous Cons. const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC », *RFDA*, 2013, n° 6, p. 1263.

³¹⁰⁵ En ce sens, voir : CHEVALLIER (J.), « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 275.

³¹⁰⁶ À ce propos, les sanctions prononcées par ces autorités sont des sanctions administratives répressives, dans le sens où elles touchent « des personnes non liées à la puissance publique ou alors liées à elle, mais par un lien spécial et fait face à des atteintes portées à des règles d'une portée générale ». TAIBI (A.), *Le pouvoir répressif des autorités administratives indépendantes de régulation économique. Témoin de la consécration d'un ordre répressif administratif*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 27. Elles se distinguent, par ailleurs, des sanctions administratives contractuelles et disciplinaires *stricto sensu*. Voir, *Ibid.*, pp. 85-90.

d'indépendance et d'impartialité que l'on attend d'un juge, tiers impartial dont la mission consiste à départager des parties en conflit »³¹⁰⁷. En outre, une des justifications du pouvoir de répression administrative des AAI est celle d'une procédure juridique alternative à celle du juge, appelant à plus de souplesse. « Dès lors que l'administration peut prendre une décision suffisamment grave à l'encontre d'un administré, la légalité impose le respect d'une procédure analogue à celle qui prévaut devant une juridiction. Cette analogie n'est cependant pas une identité, car la sanction administrative se veut une solution pratique et efficace aux mains de l'autorité administrative, et non d'un juge »³¹⁰⁸. Le dédoublement fonctionnel est donc essentiel à l'application de principe inhérent à la fonction juridictionnelle³¹⁰⁹ (le juge constitutionnel³¹¹⁰, comme le juge administratif³¹¹¹ en assurant d'ailleurs le respect). Comme l'a justifié la jurisprudence, l'application différenciée de l'impartialité s'explique, d'une part, par l'existence d'un recours de pleine juridiction en aval³¹¹² et grâce à la notion de « tribunal » dégagée par la Cour EDH qui dépasse les catégories juridiques imposées en droit interne³¹¹³. D'autre part, il est possible de faire remarquer que le cumul des fonctions administratives et juridictionnelles n'est pas spécifique aux AAI et se retrouve, par exemple, chez le Conseil d'État, n'empêchant pas, au sein de l'institution, une formation consultative et une formation contentieuse³¹¹⁴. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il ne serait pas opportun d'affirmer le caractère juridictionnel des organes chargés des sanctions, à condition, néanmoins, de renforcer la séparation des fonctions, de sorte à bien distinguer les fonctions administratives des fonctions contentieuses. « Protéger le justiciable contre ce mélange des genres, qui peut s'avérer attentatoire à différentes garanties procédurales et en premier lieu au principe d'impartialité, consisterait, d'une part, à généraliser l'organisation opérant une séparation organique étanche entre la fonction de règlement des différends et les autres fonctions de l'autorité ; d'autre part,

³¹⁰⁷ MALVERTI (Cl.), BEAUFILS (C.), « AMF contre AMF », *AJDA*, 2020, n° 17, p. 934.

³¹⁰⁸ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 123.

³¹⁰⁹ FRISON-ROCHE (M.), « Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes », in *Rapport du Sénat sur les autorités administratives indépendantes*, Paris, Office parlementaire d'évaluation législative, 15 juin 2016, t. II, p. 105.

³¹¹⁰ Par exemple, Cons. const., n° 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire]*, cons. 6-7 ; Cons. const., n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, *Société Numéricable SAS et autre [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes]*, cons. 10 et 12 ; Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, *M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives]*, cons. 4.

³¹¹¹ Par exemple, CE 30 mai 2007, *Société Europe, finance et industrie*, n° 288538 ; CE 18 février 2011, *Genet c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

³¹¹² CE 6 janvier 2006, *Société Lebanese Communication Group*, n° 279596.

³¹¹³ CE, 27 octobre 2006, *M. Parent*, n° 276069.

³¹¹⁴ EVEILLARD (G.), « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, n° 10, p. 531.

à clarifier et approfondir cette organisation en donnant la qualité de juridiction à l'organe appelé à prononcer des sanctions »³¹¹⁵.

512. Le dilemme de la « juridictionnalisation » : entre spécialisation et banalisation de la fonction juridictionnelle. Cet argument oppose ainsi deux points de vue, le premier plaçant l'aboutissement de cette juridictionnalisation vers la transformation des organes de sanction en juridictions spécialisée, le second promeut, quant à lui, une « déjuridictionnalisation » afin de retrouver un principe de souplesse procédurale initialement constituer pour légitimer l'action des AAI. Le premier point de vue, notamment défendu par le professeur BRUNET, mobilise l'argument de la clarification. La transformation en « juridictions spécialisées » serait en effet gage d'éclaircissements, « tout en assurant la conciliation entre la rationalité du procès et la logique propre aux AAI »³¹¹⁶. Elle permettrait de réaffirmer la séparation des fonctions administrative et contentieuse, laquelle a été banalisée par les prescriptions découlant de l'article 6 de la Convention EDH telles que reprises dans la jurisprudence *Parent*, tout en permettant un contrôle plus qualitatif, par un juge spécialisé³¹¹⁷. À titre d'exemple, il en découlerait un renforcement des garanties d'impartialité qui, en l'état actuel des choses, n'obligent pas la publicité des séances et le droit à l'assistance gratuite d'un avocat³¹¹⁸, et donnerait ainsi au justiciable un soutien supplémentaire au sein de contentieux le plus souvent « éminemment techniques »³¹¹⁹. Cependant, selon le second point de vue, si cette logique fonctionnelle permettrait une juridictionnalisation au sein des autorités impliquées dans des contentieux économiques fortement techniques, il conviendrait *a contrario* de « déjuridictionnaliser, c'est-à-dire alléger, les contraintes procédurales pesant sur d'autres de ces autorités, souplesse retrouvée qui était, à l'origine, la raison d'être de leur création et qui permettrait de redonner tout son sens à la distinction entre fonction contentieuse et fonction juridictionnelle »³¹²⁰. Par ailleurs, comme l'évoque M. DUTHEILLET DE LAMOTHE, le parachèvement de la juridictionnalisation contreviendrait à la cohérence et à l'unité internes des

³¹¹⁵ MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *op. cit.*, p. 1129.

³¹¹⁶ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 126.

³¹¹⁷ On retrouve par ailleurs l'argument du juge « technicien » développé dans la section précédente. Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, chap. 1, Sect. 1, §2, B., 3.

³¹¹⁸ CE, 27 octobre 2006, *Parent*, n° 276069.

³¹¹⁹ COLLET (M.), « Autorités de régulation et procès équitable », *op. cit.*, p. 80.

³¹²⁰ MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *op. cit.*, p. 1130.

autorités en créant « une sorte d'autorité indépendante dans l'autorité indépendante »³¹²¹. Par exemple, dans le cas de l'AMF, le législateur a bien isolé les fonctions de jugement à la seule commission de sanction, mais en s'assurant de préserver l'unité de l'autorité en donnant la possibilité à son président d'exercer un recours contre les décisions de la commission des sanctions³¹²². Ensuite, selon le professeur DELVOLVE, la prolifération des juridictions spécialisées serait « préjudiciable à l'unité de la justice et à la cohérence de la jurisprudence »³¹²³. Parallèlement, il est argué un risque de « banalisation » de la fonction juridictionnelle³¹²⁴. Cette logique, plutôt centrée sur le plan organique, nécessiterait néanmoins de revenir à la grille de lecture antérieure à la jurisprudence *Didier*. « Certes, une telle solution ne s'accompagnerait pas de l'abandon des garanties de droit interne aujourd'hui applicables aux autorités administratives, mais signifierait seulement que ces garanties doivent s'appliquer à l'administration, indépendamment du caractère “juridictionnel” de son activité, aux seules fins de protéger les droits et intérêts des administrés. Elle permettrait, en outre, de raffermir la distinction entre l'administration et son juge »³¹²⁵.

513. Somme toute, le phénomène de « juridictionnalisation » demeure une interprétation doctrinale de l'évolution du droit positif. La logique fonctionnelle introduite par la Cour EDH, et suivie par le Conseil d'État, tout en étant pragmatique, bouscule les catégories juridiques de droit interne. Si les AAI disposant d'un pouvoir de sanction se voient octroyer l'apparat de la fonction juridictionnelle par le principe d'impartialité, le droit positif leur refuse leur consécration sur le plan organique. La fonction qu'elles exercent ne concurrence donc pas le juge. En outre, les garanties d'impartialité œuvrent en majorité pour la protection des droits des justiciables. Par leurs actions donc, les AAI peuvent se voir délivrer, selon un autre point de vue, un rôle d'accompagnement du juge par leur mission de protection des droits et libertés.

³¹²¹ DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Chronique sous CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Société Fosmax LN* », *AJDA*, 2016, n° 42, p. 2368.

³¹²² Art. L. 621-30 Code monétaire et financier.

³¹²³ DELVOLVE (P.), « Rapport de synthèse. Colloque du 15 octobre 2004 sur l'avenir des tribunaux administratifs », *JCP A*, 2005, p. 1302.

³¹²⁴ Dans ce sens, BONICHOT (J.-C.), « L'application de l'article 6§1 aux autorités de régulation : la position du Conseil d'État », *LPA*, 2000, n° 94, p. 5 ; FAURE (Y.), MALVERTI (Cl.), « *Didier* a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *op. cit.*, p. 506.

³¹²⁵ DELVOLVE (P.), « Rapport de synthèse. Colloque du 15 octobre 2004 sur l'avenir des tribunaux administratifs », *op. cit.*, p. 1303.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

514. La légitimité du modèle de tiers impartial et indépendant est tributaire de la justification de son autorité, laquelle s'impose par une fonction de protection des droits fondamentaux. Autrement dit, « à mesure que progresse la place du droit et des libertés, sa mission de gardien de la démocratie s'en trouve renforcée »³¹²⁶. L'indépendance et l'impartialité, en tant que garanties de justiciabilité, sont ainsi les garanties nécessaires à l'accomplissement de cette fonction. Ce paradigme donne un sens spécifique à la démocratie, en parallèle du modèle électif traditionnel. En effet, le tiers impartial devient le pilier indispensable à une « démocratie procédurale », laquelle obéit à trois principes essentiels : la confiance, assurée par une mise à distance de toutes positions partisans, le dialogue, permis par l'ensemble des règles relatives au procès équitable, et la proximité, gage d'efficacité de la décision et garantissant une attention particulière aux situations individuelles³¹²⁷. Comme une sorte de revers de la médaille de l'État de droit, l'exigence fondamentale du « savoir politique », qui jadis a construit et légitimé les institutions démocratiques, cède désormais le pas à celle de la « raison juridique ». Par voie de conséquence, « il ne saurait y avoir de “véritable” savoir politique sans savoir juridique, l'élément procédural décisif ne réside pas dans l'universalité du suffrage, mais dans la condition relative aux compétences juridiques »³¹²⁸. L'analyse de l'ensemble des garanties juridiques communes à l'autorité juridictionnelle et aux autorités administratives indépendantes confirme cette idée et procure au modèle du tiers impartial et indépendant sa justification : le rôle éminent de l'expert au service de la protection des droits. Là est, en quelque sorte, son argument d'autorité pour fonder sa légitimité démocratique. L'autorité juridictionnelle en est l'illustration, d'une part, en étant la plus ancienne au regard des théories de la séparation des pouvoirs et, d'autre part, en s'imposant comme la plus aboutie en raison de ses compétences. Cependant, là encore, des limites restent à surmonter, et « si les juridictions incarnent cet idéal, les conditions dans lesquelles elles sont saisies, en particulier le fait qu'elles ne se prononcent que sur des questions de droit, limitent leur rôle et manquent de souplesse »³¹²⁹. C'est alors que les autorités administratives indépendantes, créées en vue de répondre une nouvelle « crise » de

³¹²⁶ SAUVE (J.-M.), « Un juge indépendant et impartial », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 550.

³¹²⁷ En ce sens, GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n° spécial, p. 117 ; ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, *op. cit.*, pp. 15-16.

³¹²⁸ RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *op. cit.*, p. 39.

³¹²⁹ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 232.

l'État³¹³⁰, viennent combler ces lacunes en spécialisant leurs domaines d'intervention, en adoptant des procédures de saisine moins formelles, et en optant pour des techniques de régulation des conflits. Progressivement assujetties à des exigences conventionnelles et constitutionnelles similaires à celles du juge, certaines d'entre elles se sont vues, par mimétisme, assimiler leurs fonctions à celles des juridictions. Plus largement, ce phénomène s'explique, d'une part, par l'extension des prescriptions relatives à l'État de droit et, d'autre part, en raison du fait que la juridictionnalisation suit une logique de légitimation démocratique. « Cette analogie n'est cependant pas une identité, car la sanction administrative se veut une solution pratique et efficace aux mains de l'autorité administrative, et non d'un juge »³¹³¹. Elle n'affecte donc pas leur statut, et leur fonction de protection des droits se justifie dans ce que le juge n'est pas ou ne peut pas être. La légitimité démocratique de ce modèle est donc affirmée, mais celle-ci doit encore faire l'objet d'une évaluation. La forme procédurale a surtout un « caractère indiciel »³¹³². Si le tiers impartial est désormais perçu comme une institution de médiation entre la société et l'État, son statut dépolitisé ne peut lui permettre de prétendre endosser le rôle du représentant dans son acception traditionnelle. En revanche, elle participe de manière significative à l'ambition de repolitisation de la démocratie par la garantie des droits et libertés par des tiers indépendants et impartiaux au service des attentes de la société civile. À présent, il s'agit de mesurer dans la pratique la portée d'une telle ambition. L'opportunité pour le justiciable de porter ses intérêts devant le juge, après les avoir traduits en arguments de droit, pose plus précisément la question de leur réception et de leur éventuelle transformation au cours de la procédure. Là est le point faible de cette logique. Il est donc opportun d'étudier dans quelle mesure le conflit juridictionnel assure concrètement une représentativité des intérêts revendiqués par les justiciables.

³¹³⁰ COLLET (M.), « La création des autorités administratives indépendantes : symptômes ou remèdes d'un État en crise », in *Regards sur l'actualité*, Paris, La Documentation française, 2007, n° 330, p. 7.

³¹³¹ BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 125.

³¹³² TIMSIT (G.), « L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, p. 637.

CHAPITRE 2. LA SUREVALUATION D'UNE APPROPRIATION DE LA CONSTITUTION : UNE REPRESENTATIVITE CONFUSE DES INTERETS REVENDIQUES PAR LES JUSTICIABLES

« Avec de tels devoirs, on peut craindre, ne pensez-vous pas, que son ignorance soit inconfortable ? Imaginez l'homme de Cro-Magnon pensionnaire à la tour de Babel ! Il y souffrirait de dépaysement, au moins. Mais non celui-ci ne sent pas son exil, il va son chemin, rien ne l'entame. Une des rares phrases que j'aie entendues de sa bouche proclamait que c'était à prendre ou à laisser »³¹³³.

515. La légitimité du juge en tant que tiers impartial et protecteur des droits des justiciables peut être démontrée selon un point de vue positiviste. Or, la question de la représentativité est de son côté plus difficile à appréhender. Selon le libéralisme politique, le juge peut être perçu, comme une nouvelle alternative visant à répondre aux attentes des justiciables dans la protection de leurs droits. Comme l'argumentait par exemple THOURET, « les tribunaux doivent être composés et distribués de la manière la plus favorable à l'intérêt des justiciables »³¹³⁴. Apprécier la subjectivisation du droit comme un moyen de progrès social d'une lutte pour les droits de la communauté ne doit cependant pas conduire à la conclusion trop péremptoire selon laquelle il reviendrait au juge d'exaucer les vœux de la société face aux carences d'un législateur perçu comme défaillant. C'est précisément à ce niveau que l'ambition de repolitisation de la démocratie est mise à l'épreuve. Georges BURDEAU ne manquait pas, lui aussi, de rappeler le fait que la justice est pour l'individu un moyen, un instrument au service d'une démarche concrète de revendication. Selon ses mots, « c'est l'homme situé, l'homme concret qui cherche à faire passer son vouloir dans la règle ; c'est donc sa place et son rôle dans les procédures d'élaboration de la règle qu'il faut examiner »³¹³⁵. Si, en effet, l'idée d'une justice tournée vers les justiciables est séduisante, il reste à analyser comment ces intérêts, revendiqués par les justiciables et formalisés en droits subjectifs, sont appréhendés, voire transformés, lors du contrôle du juge. Il faut, autrement dit, la confronter à sa réalité ; et cette dernière appelle à prendre en considération le rôle joué par le *medium* juridictionnel qui, en tant que tel, va opérer une assimilation entre l'intérêt subjectif revendiqué et l'intérêt objectif inscrit dans la

³¹³³ CAMUS (A.), *La chute*, Paris, Gallimard, coll. folio, 2013, p. 8.

³¹³⁴ THOURET (J. G.), « Discussion sur la nouvelle organisation du pouvoir judiciaire », Discours du 24 mars 1790, *A.P.*, t. XII, p. 345.

³¹³⁵ BURDEAU (G.), *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 1973, t. VII, p. 47.

Constitution. Si le standard de justiciabilité permet de garantir aux justiciables un cadre suffisamment de protection de leurs droits, la démarche visant à considérer que cette protection redéfinit le rapport de l'individu au pouvoir appelle, quant à elle, à mesurer les manifestations concrètes qu'une telle relation met en place. Car, il s'agit là d'une question de représentativité des intérêts portés devant la justice, principalement en confrontation avec un phénomène d'objectivation du contentieux. Elle détermine, de surcroît, la concrétisation, en pratique, du caractère participatif des revendications en justice des individus quant à leur contribution à l'évolution du droit. Le principe de représentativité pose la question du degré de superposition existant entre prétentions et résultats mis en jeu lors du recours, afin de voir si, à l'issue de la décision du juge, ces intérêts subjectifs sont satisfaits ou non. Pour ce faire, il convient de prendre en compte deux variantes statistiques³¹³⁶ : l'identité du requérant et la nature de l'intérêt revendiqué devant le juge. Une telle entreprise va également dépendre du degré de concrétisation du contrôle, entendu ici comme la part allouée par la juge aux effets futurs de sa décision sur la situation des requérants³¹³⁷. Au regard de son office, le juge demeure avant tout un gardien du droit, comprenant aussi bien les droits subjectifs des individus que le droit objectif. Autrement dit, quels que soient les auteurs du recours et leurs motivations, la démarche des justiciables demeure toujours intéressée³¹³⁸, alors que le raisonnement du juge est, quant à lui, théoriquement désintéressé (tel est le fondement de sa légitimité). Le justiciable ne peut donc pas prévoir si ses intérêts vont être entendus, pris en compte, ou même valorisés. Le juge, de son côté, est aussi au service de la cohérence d'un tout, celle du système juridique. Sa tâche vise à rationaliser ces intérêts en un conflit de normes afin de les concilier et les interpréter, au risque d'en produire une traduction « objectivée », pouvant générer une forme de malentendu quant à son rôle. L'exemple le plus parlant sur ce point semble être le contentieux QPC, en ce qu'il touche directement à la norme la plus générale et abstraite de l'ordre juridique (la Constitution), et qu'il est depuis une décennie un recours se voulant concrétisé par son caractère incident. Il est à ce titre présenté comme le point d'orgue de la

³¹³⁶ Concernant le support de cette analyse, nous renvoyons au bilan statistique très complet publié par le Conseil constitutionnel dans sa revue *Titre VII*. Voir, « QPC 2020, les statistiques du Conseil constitutionnel », *Titre VII*, octobre 2020, hors-série, pp. 293-313.

³¹³⁷ Au sens strict, le caractère concret d'un contrôle juridictionnel se mesure par l'utilisation des faits par le juge dans son contrôle des droits fondamentaux. Autour de cette question, voir par exemple : PARDINI (J.-J.), « La jurisprudence constitutionnelle et les “faits” », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8. La question de la représentativité des intérêts justifie, en ce qui concerne le présent raisonnement, une vision plus large, centrée sur la situation du justiciable et sur les effets des décisions.

³¹³⁸ D'autant plus qu'il s'agit d'un critère de recevabilité du recours. Voir, *supra*, Partie 1, Titre 2, Chap. 2, sect. 2, §2.

démocratie constitutionnelle. Or, si le justiciable peut effectivement contester directement une atteinte à ses droits subjectifs en vertu d'une interprétation de la Constitution, tire-t-il concrètement bénéfice de la décision en cas de non-conformité ? À quel degré d'effectivité répond-il pour qu'il soit possible de conclure à une véritable représentativité des intérêts ? Mais, à partir de là, une autre interrogation intervient : l'ambition de repolitisation par la revendication des droits et justice ne s'opère-t-elle pas plutôt par l'objectivation des intérêts subjectifs revendiqués et objectivés, de sorte à rétroagir sur l'ensemble de l'ordre juridique ? À ce sujet, deux logiques s'opposent : une logique « espérée », celle du justiciable, qui soutient une subjectivisation du droit face à la loi, et plus largement en opposition au principe traditionnel de représentation politique, et une logique « constatée », « portée par le vœu constituant exprimé par les organes représentatifs, et la construction du contrôle, à savoir la volonté d'aligner cette QPC sur les caractères du contrôle abstrait en le fixant dans les sphères d'une représentation qui détache l'expression de la volonté générale de la défense des droits subjectifs »³¹³⁹. L'entreprise de repolitisation nécessite, par nature, une conciliation, ou correspondance entre les intérêts particuliers et l'intérêt collectif. Sous l'égide de la condition démocratique de justiciabilité du droit, elle appelle à ce que le juge de la Constitution opère une médiation entre ces deux, de manière à ce que la somme des intérêts subjectifs rétroagisse sur un plan objectif. Cette translation présente néanmoins le risque d'un certain nombre de malentendus quant à la fidélité de traduction des intérêts subjectifs passant le filtre de l'office du juge. En tant que participation négative, comme cela a été vu précédemment³¹⁴⁰, la démarche de revendication de ses droits par le justiciable est surtout une opération d'interpellation (ou d'initiative), de sorte que, *in fine*, la décision revient au juge. Dès lors, il convient soit de se satisfaire du fait que cette initiative suffit à impliquer le justiciable dans le processus d'évolution du droit, soit de considérer que le phénomène d'objectivation du contentieux traduit une repolitisation idéalisée, en trompe-l'œil, dont la réalité du contentieux dévoilerait les fictions d'une plus-value pour le principe d'autonomie démocratique. Dès lors, il est indispensable de revenir sur ces « réalités » du contentieux constitutionnel *a posteriori*. Premièrement, par nature, il est inévitable que ce dernier conduise à une objectivation des intérêts revendiqués par le justiciable (section 1). Allant plus loin dans le détail, secondement, pour mesurer le bénéfice

³¹³⁹ Au sujet de cette dichotomie, voir : MOUTON (S.), « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Actes du colloque organisé le 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, p. 52.

³¹⁴⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, chapitre 1.

concret que celui-ci tire de la décision juridictionnelle et son adéquation avec les intérêts qu'il a revendiqués, il est essentiel de s'attarder sur l'effet utile des décisions QPC (section 2). Cette analyse permet finalement de montrer que la représentativité des intérêts revendiqués par le justiciable ne peut être que relative et que, si repolitisation il y a, celle-ci l'est tout autant et plus précisément selon ses propres termes. s

SECTION 1. L'OBJECTIVATION DES INTERETS REVENDIQUES PAR LE JUSTICIABLE

516. La complexité inhérente au contentieux constitutionnel *a posteriori* réside dans son caractère hybride³¹⁴¹. « Protéger à la fois la norme et les justiciables, telle est la mission du juge »³¹⁴², mais est aussi tel est le nœud du problème. Cette problématique n'est d'ailleurs pas récente et prend certaines de ses origines dans la doctrine administrative relative au recours pour excès de pouvoir, notamment dans la distinction entre contentieux objectif et contentieux subjectif³¹⁴³. Si le contrôle de constitutionnalité est un contrôle initialement et par essence abstrait, l'entrée de l'individu justiciable dans le procès a été l'occasion de questionner sa subjectivisation. Or, à cela s'interposent aussitôt des limites d'ordre pratique et d'ordre logique. Sur le plan pratique, même si le contrôle de la loi en application suggère la prise en compte d'éléments concrets issus du litige incident, de nombreuses caractéristiques propres à ce contentieux semblent toujours trahir une « nature essentiellement abstraite »³¹⁴⁴. Sur le plan logique, ensuite, la QPC a été présentée, à son introduction, comme un progrès pour l'État de

³¹⁴¹ Selon le professeur FROMONT, cette hybridation est celle du mécanisme de question préjudicielle et du recours individuel. En effet, « la procédure de la question préjudicielle a pour fonction principale d'épurer l'ordonnancement juridique du pays et a donc fondamentalement une dimension objective ; au contraire, la procédure du recours individuel a principalement pour fonction de protéger des droits ou des intérêts d'une personne et a donc fondamentalement une orientation subjective ». FROMONT (M.), « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la question prioritaire de constitutionnalité », *ADE*, 2009, vol. VII, p. 28.

³¹⁴² BARTHELEMY (J.), BORE (L.), « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, n° 4, p. 553.

³¹⁴³ Il s'agit là d'un thème qui a par exemple été largement traité et médiatisé en droit administratif au sujet du recours pour excès de pouvoir comme recours objectif, ou « procès fait à un acte » selon la formule célèbre d'Édouard LAFERRIERE (LAFERRIERE (É.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2^e éd., 1896, t. 2, p. 561). L'évolution de ce contentieux a suscité jusqu'à aujourd'hui de nombreuses réflexions et controverses, lesquelles vont en majorité vers une dissipation de la stricte distinction entre recours objectif et subjectif. Comme le démontre par exemple Ariane MEYNAUD-ZEROUAL dans sa thèse, cette évolution est aujourd'hui marquée par le passage progressif du « *procès fait à un acte au procès entre parties* ». En ce sens, voir : MEYNAUD-ZEROUAL (A.), *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit public, 2020, pp. 3-10. Voir également, MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2001, 466 p. ; « La distinction des contentieux est-elle archaïque ? », *JCP A*, 2005, n° 30-34, p. 1296.

³¹⁴⁴ « Il est vrai que la vaste révision constitutionnelle de 2008, en particulier à l'origine de la QPC, n'a été adoptée qu'à une voix près, et il aurait été contre-productif de faire table rase du passé ». C'est donc, en partie, par tradition que le contrôle *a posteriori* a récupéré certains gènes du contrôle *a priori*. Plusieurs éléments découlant de l'article 61-1 de la Constitution et de la loi organique du 10 décembre 2009 en attestent : le filtre des juges ordinaires empêchant une véritable saisine directe, un mémoire distinct et séparé détachant la requête du litige au fond, la non-annulation du renvoi du Conseil constitutionnel en cas d'extinction de l'instance au fond (art. 23-9 de la loi organique) ou enfin, plus généralement, la perpétuation de l'intervention de droit du Président de la République et des présidents des assemblées montrant une préoccupation persistante à vouloir purger l'ordonnancement juridique des lois inconstitutionnelles dans l'intérêt objectif de tous et non pas dans l'intérêt particulier du requérant. BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, p. 83.

droit³¹⁴⁵. S'il s'agit principalement d'un discours institutionnel légitimant, il trahit néanmoins ce qui fonde originellement l'État de droit, c'est-à-dire une construction de l'ordre juridique initialement fondée sur la sécurité juridique plutôt que sur la revendication des droits subjectifs³¹⁴⁶. Bien entendu, il ne fait aucun doute que le contentieux subjectif des droits fondamentaux s'est considérablement développé tout au long du XX^e siècle. Mais du fait de son jeune âge, le contentieux QPC demeure une source d'incertitudes³¹⁴⁷. Sans remplacer sa finalité objective d'origine, ses versants objectif et subjectif, ou abstrait et concret, sont aujourd'hui, pour le juge, deux éléments à concilier. La fonction de ce dernier n'est pas essentiellement centrée sur la protection des libertés de l'individu³¹⁴⁸, elle n'est qu'une facette de son office, qui comprend également la préoccupation de garantir une cohérence objective de l'ordre juridique. Lorsque, en effet, un requérant saisit le Conseil constitutionnel d'une QPC, son argumentation s'oriente vers « son » interprétation de la Constitution, de sorte que celle-ci sert ses intérêts subjectifs générateurs du litige. Sa « participation » est ici « proposition ». Le Conseil constitutionnel l'a rappelé lui-même dans sa décision n° 2010-9 QPC³¹⁴⁹ : la conformité d'une disposition législative à la Constitution est réputée l'être au regard de l'ensemble des droits et libertés constitutionnels. Il y a dès lors toujours une distance plus ou moins grande entre les prétentions subjectives du justiciable et la nécessité pour le juge d'assurer l'adéquation de ces revendications avec les exigences de cohérence de l'ordre juridique. Pour le dire autrement, parce qu'elle porte sur une interprétation de la Constitution, la requête du justiciable est donc inévitablement objectivée lorsqu'elle atteint l'office du juge. Or, en même temps, il s'agit, là aussi, d'une condition à une forme de repolitisation, laquelle n'est possible que si les requêtes particulières trouvent une répercussion, de quelque manière ce soit, directement ou indirectement, sur la communauté. La décennie de contentieux a d'ailleurs confirmé le fait que « la QPC ne vise pas tant à préserver les droits d'une personne dans une situation subjective

³¹⁴⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, chap. 1, Sect. 1, §1, A.

³¹⁴⁶ VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Paris, Pedone, 2014, p. 177.

³¹⁴⁷ Voir notamment, MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771 ; BONNET (J.), « La QPC et l'intérêt du justiciable », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 23-42.

³¹⁴⁸ MATHIEU (B.), « La justice : quel statut pour quelles fonctions ? », in GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, Paris, Mare & Martin, coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne, 2018, p. 35.

³¹⁴⁹ Cons. Const, n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons* [Article 706-53-21 du code de procédure pénale], cons. 2-5.

particulière, mais à obtenir une évolution du droit plus protectrice des droits fondamentaux. La dimension objective de la QPC semble ainsi exacerbée par rapport à sa dimension subjective dans certains domaines »³¹⁵⁰. Il s'agit là d'une des problématiques générales du phénomène d'objectivation et c'est là l'occasion de revenir sur les incertitudes entourant ce contentieux. D'une part, il appelle à prendre en compte la prédominance d'une garantie de la conformité des normes au sein de l'ordre juridique (§ 1). La présence du justiciable peut alors être perçue d'une manière plus particulière, car l'objectivation des intérêts subjectifs revendiqués devant le juge revient finalement à comparer son action une forme de ministère public (§ 2).

³¹⁵⁰ Nous renvoyons ici à l'expertise proposée dans le projet « QPC 2020 » initié par le Conseil constitutionnel. Voir, ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *Titre VII. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2020, hors-série, p. 109.

§ 1. La prédominance d'une finalité objective visant à garantir la conformité des normes au sein de l'ordre juridique

517. D'un point de vue formel, le contrôle de constitutionnalité est initialement conçu comme un mécanisme de « “nettoyage” de l'ordre juridique »³¹⁵¹ et s'ancre, dans le contentieux *a priori*, au sein d'une relation institutionnelle entre le Conseil constitutionnel et le Parlement en excluant l'individu. Or, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, le contrôle est également substantiel. Dès lors, la contestation par un individu de la mise en œuvre concrète de la loi est l'élément déclencheur du procès, ce qui introduit un élément de subjectivisation dans le contrôle. Pour le justiciable, il s'agit d'une opportunité de demander la cessation d'une inconstitutionnalité lors d'un procès. Pour le Parlement, il se présente comme « l'occasion de corriger la législation en se nourrissant de l'expérience de la loi vécue et mise à l'épreuve »³¹⁵². Ainsi, en restant un contrôle de norme à norme, le contentieux *a posteriori* reste un contentieux de nature objective dont le déclenchement est conditionné par l'application concrète d'une loi. D'une part, par sa nature objective, ce contentieux témoigne d'une difficulté évidente de traitement des données subjectives qui l'ont provoquées (A). D'autre part, « le juge est le média du contrôle incident. L'initiative des parties peut être modifiée, voire totalement redéfinie »³¹⁵³. Il en découle inévitablement l'impossible maîtrise du litige par le justiciable (B). Encore une fois, pour le justiciable, l'enjeu, et le problème, sont de faire confiance au juge.

A. Un traitement difficile des données subjectives dans un recours objectif

518. La subjectivisation du contentieux QPC est un phénomène qui semble *a priori* aisé à postuler, du fait qu'il découle d'une initiative individuelle à l'occasion d'un procès. Or, celle-ci doit être mesurée au regard de l'objet du contrôle. Son apparition, à la suite de la révision constitutionnelle de 2008, est venue s'ajouter à cinq décennies de contrôle DC, lequel a toujours été purement objectif. Cette nouvelle façon de concevoir un contentieux de constitutionnel concret impose alors un changement de méthode et de tradition. La difficulté principale

³¹⁵¹ FAVOREU (L.), « “L'exception d'inconstitutionnalité” est-elle indispensable en France ? », *AJJC*, 1994, n° 8, p. 22.

³¹⁵² BONNET (J.), « La revalorisation du Parlement et la QPC », *Politeia*, 2013, n° 23, p. 231.

³¹⁵³ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, 2010, p. 152.

concernant la persistance de l'objectivité du contrôle provient de sa norme de référence. La Constitution étant la norme « fondamentale » de l'ordre juridique, son interprétation ne peut se limiter, en termes de conséquences, à un cas d'espèce isolé. Elle se répercute inévitablement sur l'ensemble de l'ordre juridique. Ainsi, bien que « subjectivé » ou « concrétisé », le contentieux *a posteriori* demeure un contrôle objectif par nature (1) mais, s'il diffère du contrôle *a priori* par son mode de saisine et sur la qualité de la loi qu'il vise à contrôler, il s'en rapproche néanmoins dans son exercice (2).

1. Une objectivité inhérente à la nature du contentieux

519. Un contrôle de norme à norme. De la même manière dont insistait le Doyen FAVOREU, le contentieux de constitutionnalité « n'est pas un moyen direct de protection des droits fondamentaux, mais un moyen indirect [...] ce qui compte c'est finalement la constitutionnalisation progressive des branches du droit et le progrès que cela représente pour la protection des droits fondamentaux »³¹⁵⁴. En suivant ce postulat, l'ambition du constitutionnalisme ne semble qu'être partiellement satisfaite. Cette logique reprend d'ailleurs les souhaits de Hans KELSEN qui y voyait un moyen indirect, par la saisine des particuliers, de « provoquer l'intervention du tribunal constitutionnel »³¹⁵⁵. Cette affirmation soutient effectivement que ce contentieux, parce qu'il est un contentieux contrôlant la conformité des normes par rapport à la Constitution, dévoile une nature éminemment objective. Le phénomène de spécialisation de la hiérarchie des normes, par la constitutionnalisation des droits ainsi que l'impératif de conformité, traduit l'exercice d'un office tourné majoritairement vers un souci de cohérence au sein de l'ordre juridique³¹⁵⁶.

520. L'adoption insuffisante de la forme processuelle. Le fait que la QPC soit un contrôle incident, provoqué à l'occasion d'une « instance en cours »³¹⁵⁷ et qu'il ait été adopté une procédure contradictoire devant le Conseil³¹⁵⁸ implique l'existence de parties et donc d'un

³¹⁵⁴ FAVOREU (L.), « “L'exception d'inconstitutionnalité” est-elle indispensable en France ? », *op. cit.*, p. 15.

³¹⁵⁵ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 45, p. 246.

³¹⁵⁶ DORD (O.), « Droits fondamentaux », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 335.

³¹⁵⁷ Art. 61-1 Const. 1958.

³¹⁵⁸ Selon l'article 23-10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel inscrit la procédure relative à la QPC, « les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs

véritable procès. Prôné par l'institution elle-même³¹⁵⁹, et prescrit par le droit conventionnel³¹⁶⁰, le principe du contradictoire ne fait pas pour autant du procès constitutionnel, comme l'affirme l'adage, « la chose des parties »³¹⁶¹. Comme le démontre Thierry SANTOLINI, « le litige étant de pur droit, le contact direct entre les divers acteurs du procès ne présente pas de réelle utilité [...] Le débat contradictoire se limite alors à un échange d'arguments antagonistes sur une question définie de façon pérenne »³¹⁶². La nature du contentieux en limite les effets en ce que celui-ci s'exerce par une marginalisation des faits générateurs du litige pour se concentrer sur un conflit opposant des normes. Sur un autre plan, la prise en compte des faits, peut néanmoins s'observer dans la théorie des changements de circonstances, visant évaluer une disposition législative au regard de « l'évolution du contexte économique, social, politique, voire des mœurs »³¹⁶³. L'aspect concret du contrôle s'illustre ici par l'appréciation portée par le juge sur le contexte entourant l'application de la loi. Cette appréciation peut, certes, profiter au requérant et aboutir au réexamen de la disposition, mais ces circonstances de faits ne sont pas appréciées au regard de sa situation particulière (celui-ci reste seulement déclencheur du litige). Elles le sont en vertu d'un contexte plus objectif, consistant à apprécier la norme législative et sa place au sein de l'ordre juridique, laquelle est mobilisée pour évaluer l'opportunité de réexaminer une question³¹⁶⁴. En d'autres termes, l'appréciation portée sur les circonstances de

observations ». Le principe est réaffirmé à l'article 3 du Règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC.

³¹⁵⁹ En 2011, le Président Jean-Louis DEBRE parle par exemple d'« une véritable "culture du contradictoire" » se construisant progressivement avec la QPC. DEBRE (J.-L.), « Discours prononcé à l'occasion de la Séance de rentrée de l'École du Barreau de Paris » le 3 janvier 2011. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/discours_interventions/2011/Discours_JLD_EFB_janvier_2011.pdf.

³¹⁶⁰ CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, n° 12952/87, §§62-70.

³¹⁶¹ Une question principale permet de résumer le problème : « *Les principes constitutionnels du procès sont-ils les principes du procès constitutionnel ?* » (NICOT (S.), « Le Conseil constitutionnel face à ses contradictions », *RDLF*, 2011, n° 13, chron. Disponible à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-face-a-ses-contradictions/>). Si ces principes sont bel et bien présents, ceux-ci demeurent difficiles à appliquer tels qu'ils le sont devant les juridictions ordinaires, en raison de la nature spécifique du contentieux de constitutionnalité. Sur cette question, voir : VERPEAUX (M.), « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA*, 2001, n° 17, n° 2, pp. 339-352 ; DRAGO (G.), « Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 439-444 ; ROUSSEAU (D.), « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 47-55.

³¹⁶² SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 283.

³¹⁶³ ROBLOT-TROIZIER (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, n° 2, p. 85. Pour une analyse plus large sur le sujet, voir : VLACHOGIANNIS (A.), « Le Conseil constitutionnel face aux changements de circonstances de fait : réflexions à la lumière de l'expérience américaine », *Jus Politicum*, 2013, n° 11. Disponible à l'adresse : http://juspoliticum.com/uploads/pdf/Jus_Policum-A-V-Changement_de_circonstances_de_fait.pdf.

³¹⁶⁴ Aux termes de l'article Art. 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (JORF n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379). Une QPC peut être transmise si elle « *n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* ». Pour la première application en QPC, voir : Cons. const., n° 2010-9 QPC, 2 juillet

fait n'est pas à proprement parler mobilisée comme un outil de contrôle, mais une justification au déclenchement d'un nouveau contrôle de la disposition législative, laquelle est présumée avoir une nouvelle application litigieuse au regard de la norme constitutionnelle. L'objectivité du contentieux QPC peut alors se réduire au fait qu'il ne répond pas à la forme juridictionnelle classique³¹⁶⁵. En cela, il met en œuvre, autant dans le discours que dans la pratique, deux justifications contradictoires. D'une part, il entend répondre à l'objectif de protection des droits et des intérêts du justiciable et, d'autre part, il obéit par sa nature à une logique de hiérarchisation normative³¹⁶⁶. Cette confrontation permet de relativiser le principe de représentation des intérêts revendiqués par le justiciable une fois que le juge a à en contrôler les traductions juridiques.

2. Un rapprochement avec le contentieux *a priori* dans l'exercice du contrôle

521. La véritable question n'est pas de savoir *qui* revendique l'inconstitutionnalité de la loi, mais essentiellement *pourquoi* ; le respect de la hiérarchie des normes reste l'objectif principal³¹⁶⁷. En effet, les normes invocables demeurent, tout d'abord, limitées aux seuls droits et libertés constitutionnellement garantis. Faute de précisions de la part du constituant, l'appréciation des normes relevant des droits et libertés invocables est de la compétence du Conseil³¹⁶⁸. Concernant l'exercice du contrôle, ensuite, les éléments du procès principal

2010, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale]*, cons. 3 et 5. Pour une réflexion générale sur la question, voir : DISANT (M.), « L'appréhension du temps par la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 54, pp. 19-29.

³¹⁶⁵ Voir *supra*, T. 2, Chap. 1, Sect. 1, §2, A, 1.

³¹⁶⁶ Voir, ODINET (G.), « La QPC suppose d'appréhender la loi de façon abstraite, et non simplement son application à l'espèce », *Constitutions*, 2019, n° 2, p. 213.

³¹⁶⁷ GAY (L.), « Du contentieux *a priori* au contentieux *a posteriori* ; l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJJC*, 2013, n° 29, p. 55.

³¹⁶⁸ Dès les premières décisions QPC, notamment dans la décision *SNC Kimberly Clark*, le Conseil refuse, par exemple, l'invocabilité du principe de consentement à l'impôt, basé sur l'article 14 de la DDHC 1789, arguant « que les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ». Dans la même décision, le Conseil que certains principes ne sont invocables qu'à l'appui d'un autre droit et liberté, comme cela est le cas pour l'incompétence négative. Ainsi, « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». Voir, Cons. const., 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]*, cons. 3 et 5. (Cette condition a d'ailleurs été assouplie peu après dans la décision Cons. const., n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, cons. 7). Autre exemple, dans sa décision relative à l'interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures, il a rappelé que la méconnaissance de l'article 6 de la Charte de l'environnement en pouvait, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une QPC. (Cons. const., n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches]*, cons. 19). L'évolution de la jurisprudence, enfin, permet de constater l'entrée progressive de nouveaux droits et libertés

n'apparaissent pas dans la décision, en raison du fait que le juge constitutionnel ne dispose pas de ces informations dans le mémoire QPC, alors que selon principe traditionnel du procès, la présentation des faits demeure une des prérogatives principales attribuées aux parties durant l'instance. Ceci explique, en outre, la place secondaire accordée à l'oralité, les éléments déterminants de l'affaire figurant précisément dans le mémoire. Les justiciables sont, pour ainsi dire, indispensables au déclenchement du procès, or leur implication et leurs appréciations dans un contrôle s'effectuant ensuite de normes à normes devient plus facultative. D'un point de vue pragmatique, il semble, par ailleurs, que la motivation des décisions « QPC » ne diffère pas fondamentalement de celle des décisions « DC » par « une dimension décisoire et aucune dimension justificative »³¹⁶⁹, ce qui ne permet pas d'attester, à la lecture de la décision rendue, d'une véritable distinction entre un contrôle dit « abstrait » et « concret ». Cette indifférenciation s'explique, par ailleurs, par un souci de cohérence dans la jurisprudence constitutionnelle entre les contentieux *a priori* et *a posteriori*, laissant plutôt supposer une complémentarité entre les deux contrôles³¹⁷⁰. Cette objectivation est finalement, en accord avec les caractères inhérents au contentieux de constitutionnalité où le juge, en tant que gardien de la Constitution, doit principalement se concentrer sur la préservation de l'ordre public contenu dans la Constitution. La norme de référence de son contrôle, par son degré de généralité et, ajouté à cela, l'effet *erga omnes* des décisions³¹⁷¹, impose une certaine objectivité. Le rappel de ces premiers éléments permet d'ores et déjà de mettre à mal une l'ambition d'une réappropriation de la Constitution. « La protection de l'intérêt général est au centre de l'activité du juge constitutionnel. La présence des parties ne peut le distraire de cette mission première »³¹⁷².

invocables. Pour prendre un exemple récent, on peut citer le principe de fraternité, prévu à l'article 2 de la Constitution et consacré par la décision du 6 juillet 2018. Voir, Cons. const., n° 2018-171-718 QPC, 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger], cons. 7. Sur cette question, voir : REDOR-FICHOT (M.-J.), « Le Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité et les "droits et libertés que la Constitution garantit" », *CRDF*, 2011, n° 9, pp. 41-53.

³¹⁶⁹ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Grands colloques, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole, 2016, p. 267. Dans le même sens, voir, MASTOR (W.), « La QPC, une occasion de systématiser le discours du juge ? », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, *op. cit.*, pp. 141-149.

³¹⁷⁰ Voir, BELLOUBET (N.), « Contrôle *a priori*, contrôle *a posteriori*, quelles différences, quelles ressemblances, quel avenir ? », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro Constitutionnalisme, 2018, spéc. pp. 35-42.

³¹⁷¹ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2, sect. 2, §1.

³¹⁷² SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 293.

B. L'impossible maîtrise du litige par le justiciable

522. L'introduction d'une requête est une opportunité pour le juge de multiplier les occasions de faire respecter l'autorité de la Constitution. Le principe de conformité est une nécessité objective du contrôle de constitutionnalité ; le contentieux *a posteriori* n'échappe pas à cette règle. Si la procédure n'est pas exempte d'éléments de subjectivité, ces derniers étant nécessaires au déclenchement de la procédure, elle manifeste une objectivation progressive au fur et à mesure de sa réalisation. L'appréciation des conditions de recevabilité d'une question est un premier indice quant aux limites à cette subjectivisation. C'est d'ailleurs au regard de cette même problématique que rejaillit la question de l'accès des justiciables au contentieux. En effet, « le double niveau de filtrage restreint l'accès des justiciables au Conseil constitutionnel, la juridictionnalisation inachevée du Conseil constitutionnel nuit à sa légitimité, et l'interdiction pour les juges du filtrage de relever d'office la QPC freine son essor »³¹⁷³. Si, en outre, l'instauration de la QPC a impulsé un mouvement de dialogue inédit entre les juges et a permis la production d'interprétations constitutionnelles variées entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation, cette variété s'est néanmoins payée au prix d'une diversification parfois complexe placée « tantôt sous le sceau de la complémentarité, tantôt sous celui de la concurrence »³¹⁷⁴. La manière dont les juges chargés du filtrage doivent user de leur pouvoir d'interprétation détermine en effet le sort de la confrontation entre la disposition législative contestée et la Constitution (1). Une fois renvoyée au Conseil constitutionnel, celui-ci dispose à son tour d'une relative liberté quant à la manière d'interpréter la question posée. L'illustration la plus parlante de ce procédé est son pouvoir de reformulation de la question (2), lequel démontre bien jusqu'où le litige initial, générateur du contentieux, peut être progressivement transformé (ou objectivé) avant d'être soumis à la sanction de constitutionnalité.

³¹⁷³ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 116.

³¹⁷⁴ VIALA (A.), « Les interprétations constitutionnelles du Conseil d'État et de la Cour de cassation », in ROUSSEAU (D.), PASQUINO (P.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, *op. cit.*, p. 49. Dans le sens, le professeur HOURQUEBIE affirme que l'apparition de la QPC a marqué « l'avènement d'une déconcentration asymétrique du contrôle de constitutionnalité des lois [...] concrétisant encore un peu plus l'idée d'un pouvoir juridictionnel structuré sur une branche ordinaire — elle-même fondée sur le principe de dualité de juridiction — et une branche constitutionnelle ». HOURQUEBIE (F.), « Le Conseil constitutionnel, pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », in MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, p. 120.

1. Le pouvoir d'interprétation des juges chargés du filtrage

523. Une objectivité découlant des critères de recevabilité. La procédure QPC présente un caractère atypique,³¹⁷⁵ et ce, notamment, en raison du filtrage exercé par les juges du fond et les cours suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation)³¹⁷⁶. Ceci est notamment dû au fait qu'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un recours individuel, mais bien d'un contrôle indicent de constitutionnalité. Ses particularités mettent en avant des spécificités appuyant le phénomène d'objectivation se manifestant au sein de ce contentieux. Deux arguments peuvent, à ce propos, être présentés. Le caractère abstrait ressort premièrement, sur le plan normatif, à la lecture de l'article 23-9 de la loi organique du 10 décembre 2009,³¹⁷⁷ énonçant que « lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question ». Cette disposition montre, en effet, un premier indice de détachement de la Question par rapport aux données factuelles du litige en cours et aux prétentions subjectives des parties ne correspondant pas aux principes directeurs d'un recours véritablement « concret ». Également, au regard des trois conditions internes de recevabilité de la QPC³¹⁷⁸, celle prescrivant que seule doit être contrôlée la disposition législative commandant l'issue du litige semble s'apparenter à un prétexte pour contrôler la loi dont l'application serait soupçonnée d'inconstitutionnalité. Autrement dit, si le déclenchement de la procédure, suspendant l'instance en cours, se base sur un litige concret, il est aussi et surtout une opportunité d'exercer ensuite un contrôle de normes à normes, entre la loi et la Constitution³¹⁷⁹.

³¹⁷⁵ Voir sur ce point, SANTOLINI (Th.), « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *RFDC*, 2013, n° 93, pp. 83-105.

³¹⁷⁶ La spécificité de la procédure de filtrage a fait l'objet de nombreuses études en doctrine. Voir notamment, CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, 544 p. Ainsi, les développements seront ici centrés sur les conséquences qu'a cette procédure sur l'objectivation du contentieux.

³¹⁷⁷ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n° 0287 du 11 décembre 2009, p. 21379.

³¹⁷⁸ Il est ici entendu les conditions dites « internes » de recevabilité d'une QPC. Les conditions « externes », exposées à l'article 61-1 de la Constitution exigent que la question doit être posée devant une juridiction et par un justiciable. Les conditions internes, quant à elles, sont régies par l'article 23-2 de la loi organique du 10 décembre 2009 (*précitée*), prescrivant l'applicabilité de la disposition législative au litige, l'absence de déclaration préalable de conformité et le caractère sérieux ou nouveau de la question soulevée. Voir à ce propos, BONNET (J.), GADHOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, pp. 29-69.

³¹⁷⁹ À propos de cet argument, voir : FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, *op. cit.*, p. 214.

524. Une objectivité imputée à l'interprétation des critères de recevabilité. Le phénomène d'abstraction se manifeste, secondement, dans l'exercice du filtrage par les juges ordinaires. L'opportunité de renvoi d'une QPC devant le Conseil constitutionnel étant tributaire de l'interprétation des juges du fond, et de manière plus significative de l'appréciation du caractère sérieux de la question par les cours suprêmes, la question s'expose ainsi au risque d'être éludée par des conflits d'interprétations. Comme l'a fait remarquer la doctrine, la compétence du filtrage a donné au juge ordinaire l'opportunité de maîtriser l'interprétation conforme de la loi au regard de la Constitution et, de cette manière, de devenir « un juge constitutionnel de droit commun et plénier »³¹⁸⁰. « On connaissait jusqu'à présent, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori, la possibilité que s'octroyait le Conseil constitutionnel pour énoncer, à l'endroit de juge ordinaire, des directives d'interprétation de la loi qui la rendent conforme à la Constitution pendant son application ; on découvre maintenant le moyen dont use juge ordinaire pour effectuer des interprétations conformes à la Constitution dans la perspective d'éluder le contrôle a posteriori de constitutionnalité »³¹⁸¹. Outre le conflit de compétences que cela génère, la relative « plasticité »³¹⁸² de la notion de caractère sérieux laisse le justiciable dans une relative incertitude fasse à l'autonomie et la marge d'interprétation dont dispose le juge exerçant le filtre³¹⁸³. D'une manière un peu contradictoire, l'objectivation du contentieux s'opère par une subjectivisation de l'appréciation du juge qui va contrôler³¹⁸⁴. Ceci se remarque, par exemple, lorsqu'il renvoie une QPC au regard de sa propre jurisprudence³¹⁸⁵,

³¹⁸⁰ BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « Les juges ordinaires, juges constitutionnels de droit commun », in MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, op. cit., p. 31.

³¹⁸¹ VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », RDP, 2011, n° 4, p. 981.

³¹⁸² Il s'agit en effet d'une notion qui « se prête à des interprétations évolutives, au fur et à mesure à la fois de l'acclimatation et de la banalisation de la procédure devant les juridictions administratives et judiciaires et des réponses apportées par le Conseil constitutionnel aux questions renvoyées ». MAUGUË (C.), STAHL (J.-H.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2013, p. 68.

³¹⁸³ Les exemples qui sont présentés ici sont mobilisés en tant qu'illustrations du caractère objectif de la procédure. Pour des études détaillées sur le mécanisme de filtrage, nous renvoyons aux études menées sur le sujet. Voir, par exemple : FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée*, Paris, LGDJ, coll. Colloques et essais, 2015, pp. 29-42 ; TÜRK (P.), DURAND (V.), « Regards croisés sur l'appréciation des caractères sérieux et nouveau par le Conseil d'État et la Cour de cassation » et « Convergences et divergences autour de l'appréciation des caractères sérieux et/ou nouveau des QPC par les juridictions suprêmes », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., pp. 375-495.

³¹⁸⁴ DEUMIER (P.), « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du filtrage) », RTDcin, 2010, n° 3, p. 504

³¹⁸⁵ Cette technique a été utilisée par le Conseil d'État dès les premières QPC. Dans l'arrêt *Mortagne* (CE, 25 juin, *Mortagne*, n° 326363), par exemple, celui-ci s'est opposé à l'invocation par les requérants d'une violation de l'objectif à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi contre les dispositions de l'article 92 J du Code général des impôts en se référant dans ses motifs à une de ses jurisprudences antérieures (CE, 14 novembre

substituant son raisonnement à celui du Conseil constitutionnel³¹⁸⁶ énonçant, d'une certaine manière, des « réserves d'interprétation d'inconstitutionnalité »³¹⁸⁷, ou créant des divergences d'interprétation sur la loi entre les Cours suprêmes³¹⁸⁸. Ajouté à la motivation relativement concise des arrêts de non-renvoi et leur insusceptibilité de faire l'objet d'un recours³¹⁸⁹, la dilution du contrôle de constitutionnaliste par « l'instrumentalisation »³¹⁹⁰ du filtre par le caractère sérieux fait parfois dépendre la procédure du *self-restraint* des juges³¹⁹¹, ou de l'interprétation concurrentielle du texte entre les juridictions. Ainsi, ce déplacement du litige vers ces questions d'interprétations et de coopérations entre les juges contribue à l'éloignement du justiciable par rapport à son procès et soutient le caractère objectif de ce contentieux. Mais alors, pour le justiciable, le problème est délicat. La destinée de l'intérêt revendiqué se retrouve prise entre deux hypothèses. Soit, si la question posée n'a jamais fait l'objet d'une jurisprudence

2003, n° 224285), jugée de surcroît suffisante pour arguer de l'existence d'une jurisprudence consolidée en la matière et justifiant de ce fait la possibilité de se prononcer une interprétation conforme des dispositions soulevées. Voir aussi, ROBLOT-TROIZIER (A.), « Question prioritaire de constitutionnalité et interprétations jurisprudentielles ou impartialité d'un juge statuant sur la constitutionnalité de sa propre jurisprudence », *RFD*, 2011, n° 6, p. 1217.

³¹⁸⁶ DISANT (M.), « L'utilisation par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Figures, contraintes et enjeux autour de l'hypothèse de l'« appropriation » du contrôle de constitutionnalité de la loi », in MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, pp. 63-78. Dans un arrêt du 28 septembre 2018 (CE, 28 septembre 2008, n° 421899), le Conseil d'État a par exemple refusé de transmettre une QPC relative à la conformité de la procédure française d'assistance médicale à la procréation prévue par le Code de la santé publique au principe constitutionnel d'égalité. Se substituant au Conseil constitutionnel en reprenant les mêmes termes que ceux de la décision n° 2013-669 DC (Cons. const., n° 2103-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 44), celui-ci énonce que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » et que « la différence de traitement résultant des dispositions critiquées, entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit et n'est, ainsi, pas contraire au principe d'égalité ».

³¹⁸⁷ VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *op. cit.* p. 983.

³¹⁸⁸ À titre d'illustration, nous renvoyons ici à « l'affaire GECOP ». Voir, Cass., 8 février 2012, *URSSAF du Rhône c. Société Jum I*, n° 11-40.094 ; Cass. 2^e civ., 28 février 2013, *SA Société Star Sécurité c. URSSAF Paris région parisienne*, n° 12-40.099 ; CE, 5 juin 2015, *Société GECOP*, n° 386430 ; Cons. const., n° 2015-479 QPC, 31 juillet 2015, *Société Gecop [Solidarité financière du donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues par un cocontractant ou sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection sociale en cas de travail dissimulé]*.

³¹⁸⁹ Art. 23-2 al. 3 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, précitée. Voir aussi, JACQUINOT (N.), « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *AJDA*, 2012, n° 38, p. 2097.

³¹⁹⁰ MAGNON (X.) et alii (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit de contentieux*, Paris, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2^e éd., 2013, p. 236.

³¹⁹¹ C'est ce qui a pu notamment conduire à remarquer que les juridictions suprêmes pouvaient parfois faire preuve de résistance, voire être un obstacle au contrôle du Conseil. La question du *self-restraint* renvoie ici à la volonté des juges du filtre de « jouer le jeu de la procédure ». On peut citer, par exemple, le cas où la Cour de cassation a dû examiner une question dont l'objet était la contestation de l'interprétation qu'elle avait elle-même livrée, à laquelle le justiciable pointait une atteinte au principe d'impartialité. La Cour a alors répondu qu'« il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ; dès lors, la requête, dirigée contre la Cour dans son ensemble, ne peut être accueillie ». Cass, Plén., 20 mai 2011, n° 11-90025, 11-90032 et 11-90033.

claire et affirmée et donne alors au juge constitutionnel l'alternative limitée de réduire son contrôle à la dimension strictement textuelle de la loi (ce qui ne lui empêche pas, alors, d'émettre des réserves d'interprétation), le contrôle ne diffère pas vraiment d'un contrôle *a priori*. Soit, si le contrôle porte sur une interprétation jurisprudentielle solidement affirmée par les juges ordinaires, alors l'intérêt du justiciable est apprécié au regard de la signification de la norme contrôlée (ce qui fait notamment écho à la doctrine du droit vivant³¹⁹²), ce qui permet au Conseil constitutionnel de s'extirper de « l'enclos du contrôle *a priori* » et s'insérer dans « un contrôle *a posteriori* de la norme en acte »³¹⁹³.

2. Le pouvoir de reformulation du juge constitutionnel

525. Une limite de principe : un pouvoir limité à l'objet de la demande. Les pouvoirs du juge constitutionnel, quant à l'appréciation qu'il porte sur la question qui lui est posée, montrent la maîtrise relative qu'ont les parties sur le procès. En effet, selon un principe traditionnel du procès, les justiciables en maîtrisent, dans le principe, les contours. Autrement dit, « la liberté d'exercer un recours s'accompagne de la liberté d'en définir les contours, la décision du juge s'analyse alors comme la simple réponse aux griefs invoqués par les plaideurs »³¹⁹⁴. Dans le cas présent, l'article 23-1 de la loi organique garantit que la question soulevée l'est conformément aux conclusions soulevées par les parties au litige et ne peut donc être relevée d'office par les juges du fond³¹⁹⁵. Or, la maîtrise des parties sur le procès reste limitée face au pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel dont l'habilitation, relativement indéterminée prévue à l'article 61-1 de la Constitution, lui octroie une marge de manœuvre suffisamment large pour orienter le champ de la discussion ainsi que les fondements juridiques de la décision. Avant toute chose, l'objet de la demande est fixé par les juges du fond au regard de la requête déposée par le justiciable. Par exemple, le juge constitutionnel s'interdit d'examiner des dispositions qui ne lui auraient pas été renvoyées par les juges suprêmes, alors

³¹⁹² Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2, sect. 1, §2, b., 2.

³¹⁹³ VIALA (A.), « Les interprétations constitutionnelles du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 73.

³¹⁹⁴ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 208.

³¹⁹⁵ « Les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office ». Art 23-1, al. 1, loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, précitée. À ce propos, le Conseil d'État a néanmoins considéré, dès le début, une disposition comme « applicable » au litige, arguant que celle-ci était « indissociable » de celle contestées par le requérant. Voir, CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 3066643 ; CE, 28 mai 2010, *Balta et Opra*, n° 337840.

que celles-ci sont tout de même applicables au litige³¹⁹⁶. Néanmoins, sa marge de manœuvre se dévoile sur un autre plan.

526. Une liberté d'interprétation centrée sur les moyens invoqués et (ou) invocables. En effet, « la requête n'est cristallisée qu'à l'égard des dispositions législatives contestées et non à l'égard des moyens invoqués à leur encontre »³¹⁹⁷. Autrement dit, si l'objet de la demande est déterminé sans le mémoire et par les juges de renvoi, le juge constitutionnel peut, selon l'opportunité, modeler les moyens soutenant la requête. Tout d'abord, cette éventualité se constate lorsqu'il déclare des moyens soulevés comme « inopérants »³¹⁹⁸, de la même manière qu'il le fait déjà dans le contentieux *a priori*³¹⁹⁹ ou, dans une logique relativement similaire, lorsque des moyens sont considérés comme « manquants en fait »³²⁰⁰ en raison, par exemple, des effets hypothétiques de la loi au regard du contexte normatif entourant la disposition contestée³²⁰¹, ou encore au regard des travaux parlementaires³²⁰². En tant qu'interprète officiel de la Constitution, il demeure logique que le Conseil garde une certaine maîtrise de son office. Il ne peut être influencé par l'interprétation conditionnée d'une norme constitutionnelle par rapport à une requête. Mais l'illustration de cette autonomie, et par là même de la distanciation des parties dans le procès, se constate plus concrètement avec les moyens soulevés d'office où le juge, en répondant aux prétentions des parties, va les enrichir de ses propres appréciations.

527. L'exemple typique des moyens soulevés d'office. « Si la Haute juridiction

³¹⁹⁶ Cons. const., n° 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, *Fédération départementale des syndicats d'exploitants agricoles du Finistère [Délimitation des zones de protection d'aires d'alimentation des captages d'eau potable et principe de participation du public]*, cons. 2.

³¹⁹⁷ MAGNON (X.) et alii (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit de contentieux*, op. cit., p. 210.

³¹⁹⁸ Dans la décision n° 2011-199 QPC, par exemple, le Conseil déclare que les dispositions soulevées au moyen d'une atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité en matière disciplinaire obéissent à des règles de procédures qui, en l'espèce, sont de la compétence du pouvoir réglementaire ; l'incompétence négative ne peut ainsi faire l'objet du contrôle. Cons. const., n° 2011-199 QPC, 25 novembre 2011, *M. Michel G. [Discipline des vétérinaires]*, cons. 14. Pour un raisonnement similaire, voir : Cons. const., n° 2011-166 QPC, 23 septembre 2011, *M. Yannick N. [Validation législative de procédures fiscales]*, cons. 5.

³¹⁹⁹ Voir sur ce point, BLANQUER (J.-M.). « La sélection de l'espèce : contribution à l'étude de la réinterprétation des saisines par le juge constitutionnel », in *Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, journée d'études du 16 mars 1994, Paris, organisée par l'Association française des constitutionnalistes, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1995, pp. 113-139.

³²⁰⁰ On retrouve également cette technique dans la jurisprudence du Conseil d'État, lorsque des faits invoqués par les parties s'avèrent être matériellement inexistant. Voir, CE, 2 octobre 1968, *Ville du Vésinet*, n° 73331.

³²⁰¹ Cons. const., n° 2011-156 QPC, 22 juillet 2011, *M. Stéphane P. [Dépaysement de l'enquête]*, cons. 4.

³²⁰² Cons. const., n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*, cons. 12.

s'interdit de dénaturer une question, elle s'autorise en revanche à la façonner tel un sculpteur qui souhaiterait parvenir au meilleur résultat possible. Le sculpteur recherche a priori la beauté comme le juge constitutionnel devrait rechercher le respect de la présomption de constitutionnalité³²⁰³. Autorisés par l'article 7 du règlement intérieur³²⁰⁴, ces moyens sont justifiés par l'objectif d'exercer un contrôle de constitutionnalité le plus efficace et étendu possible, quitte à ce que le juge se substitue au requérant dans sa présomption d'inconstitutionnalité de la loi contrôlée³²⁰⁵. Au commencement, c'est dans les commentaires officiels que le juge délivre ses intentions. Dans la décision n° 2011-118 QPC, par exemple, celui-ci explique que « si la méconnaissance de la garantie des droits n'était pas invoquée par les requérants, ce grief intéressait pourtant la présente affaire »³²⁰⁶. Ils seront aussi utilisés pour préciser le cadre d'invocabilité de certains moyens³²⁰⁷, ou encore à dessein de compléter la saisine du justiciable³²⁰⁸. Il fait alors figurer ces moyens dans les visas de la décision et dans le dispositif de la décision³²⁰⁹. Il est par ailleurs admis la possibilité pour les parties de faire figurer les moyens soulevés d'office par le Conseil³²¹⁰. Cette pratique de soulever des moyens *ex officio*

³²⁰³ MASTOR (W.), « La reformulation de la question par le Conseil constitutionnel », in MAGNON (X.), MASTOR (W.), FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), JACQUINOT (N.), ROBLOT-TROIZIER A.) (dir.), *Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ?*, op. cit., p. 223.

³²⁰⁴ L'article 7 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité énonce que : « Les griefs susceptibles d'être soulevés d'office sont communiqués aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er} pour qu'elles puissent présenter leurs observations dans le délai qui leur est imparti ».

³²⁰⁵ Sur cette question, ACAR (Th.), « Quand le Conseil constitutionnel ne répond pas (vraiment) à la question. Les moyens irrecevables et les moyens inopérants dans les décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12614> ; MARGUET (L.), « Le Conseil au soutien des justiciables ? Quand le Conseil s'empare des moyens d'inconstitutionnalité – Réflexions autour des moyens soulevés d'office », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12184>.

³²⁰⁶ Commentaire de la décision Cons. const., n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011, M. Lucien M. [Biens des sections de commune], p. 9. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011118qpc.ccc_118qpc.pdf.

³²⁰⁷ Cons. const., n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, Association Sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires], cons. 9. « Le juge précise, en effet, que si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 ». De même, celui-ci a précisé qu'il ne pouvait se saisir d'office d'une question ayant fait l'objet d'un refus de transmission par les juges suprêmes. Voir, commentaire de la décision, Cons. const., n° 2012-237 QPC, 15 février 2012, M. Zafer E. [Demande tendant à la saisine directe du Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité], p. 5. Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2012237qpc.ccc_237qpc.pdf.

³²⁰⁸ Par exemple, Cons. const., n° 2017-680 QPC, 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquets], cons. 11-14.

³²⁰⁹ Cons. const., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], cons. 3 : « le Conseil constitutionnel a soulevé d'office le grief tiré de ce que la présidence du tribunal pour enfants par le juge des enfants qui a instruit la procédure porterait atteinte au principe d'impartialité des juridictions ».

³²¹⁰ Cons. Const., n° 2011-153 QPC, 13 juillet 2011, M. Samir A. [Appel des ordonnances du juge d'instruction et du juge des libertés et de la détention], cons. 2. Selon le commentaire autorisé de la décision (p. 5) : « Le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 186 devait être également examiné de façon plus générale, au regard de l'équilibre des droits des parties dans la procédure, en tant qu'il encadre le droit d'appel du mis en examen, et de lui seul, dans un régime d'exception. Il a donc soulevé d'office

ne demeure d'ailleurs pas une exception à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Comme le fait remarquer Thierry SANTOLINI, « lorsque le juge constitutionnel prend en compte un moyen négligé ou écarté par les parties, il fait application d'une règle commune à toutes les juridictions : il soulève un moyen d'ordre public »³²¹¹. Enfin, les signes d'objectivation se remarquent par les techniques d'économie de moyens et de jonction des procédures. Selon la première, en ne contrôlant qu'une partie des moyens invoqués par les requérants, dès lors que l'examen partiel suffit à déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions, le juge prend ici pour priorité, non pas les différentes prétentions subjectives revendiquées par le justiciable, mais les moyens strictement nécessaires à la prononciation de la sanction de constitutionnalité³²¹². La technique de jonction des procédures³²¹³ suit, elle aussi, cette logique. Consistant à effectuer une sélection des requêtes et des moyens communs elle témoigne, du point de vue du juge, de la volonté d'isoler les éléments pertinents à la protection de l'intérêt objectif de la Constitution³²¹⁴.

528. Si la situation du justiciable semble donc souvent céder face à l'intérêt de la Constitution, celle-ci n'est pas nécessairement effacée du procès, mais son implication est plutôt dépendante des choix opérés par les juges. Au regard de la circonscription du contrôle qu'induit la procédure de filtrage et des possibilités dont dispose ensuite le juge constitutionnel pour l'étendre, il apparaît que l'appréciation portée sur la question posée n'est parfois qu'un prétexte pour mettre simplement à l'épreuve la loi à la Constitution. De ce point de vue, les intérêts subjectifs revendiqués par le justiciable s'apprécient donc majoritairement sur le plan de leur utilité à l'intérêt objectif de la Constitution. Les caractères propres à ce contentieux ne peuvent donc permettre de conclure à une réappropriation de la Constitution par le justiciable.

ce grief». Disponible à l'adresse : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2011153qpc.ccc_153qpc.pdf.

³²¹¹ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 212.

³²¹² Cette technique est aussi héritée du contentieux *a priori*. Voir, Cons. const., n° 87-226 DC, 2 juin 1987, *Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1^{er} de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 10.

³²¹³ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2, sect. 1, §2, B.

³²¹⁴ Sur ce point, voir : BEZZINA (A.-Ch.), *Les questions et moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2014, 808 p.

§ 2. La vocation objective des intérêts subjectifs revendiqués : le justiciable comme « ministère public »³²¹⁵

529. L'ambiguïté du rôle du justiciable, dépendante de celle du contentieux QPC, peut être appréhendée dès lors que le justiciable revendiquant ses droits subjectifs est considéré comme un ordre juridique partiel, inséré dans l'ordre juridique global³²¹⁶. Ce présupposé renvoie à la vision systémique de l'autonomie³²¹⁷ qui est alimentée par le phénomène d'objectivation. « En défendant ses droits devant le juge *a quo*, l'individu requérant s'érige, sans y aspirer explicitement, en organe pour protéger les droits de tous »³²¹⁸. Autrement dit, la revendication d'un droit constitutionnel ne peut être un acte isolé dans ses répercussions, car elle touche directement ou indirectement un droit général et abstrait octroyé à l'ensemble des titulaires de droit du système juridique³²¹⁹. Confronter l'objectivation du contentieux aux éléments subjectifs, ou aux « nuances concrètes »³²²⁰ qui survivent en son sein, permet de mettre en avant le malentendu inhérent au principe de représentativité par le juge. Il s'agit là de la manifestation concrète de l'inévitable distance existant entre les intérêts revendiqués par les plaideurs et de la manière dont ces derniers sont réceptionnés par un juge chargé de contrôler la loi en vertu de la Constitution. S'il est souvent difficile de discerner la volonté du requérant, l'intérêt revendiqué est toujours subjectif, au sens où il s'agit d'une obligation procédurale de déclenchement du recours. Dès lors, le succès de la procédure, du point de vue du justiciable, dépend de la survivance de l'intérêt subjectif par son assimilation au droit objectif inscrit dans la Constitution (A). Néanmoins, la revendication de cet intérêt peut être tournée, soit vers la satisfaction d'un intérêt personnel ou individuel — ce qui est l'hypothèse la plus fréquente —, mais il peut être également traduire un intérêt collectif. Dans cette configuration, le droit subjectif est revendiqué dans une démarche qualifiée de « désintéressée », dans le sens où elle est tournée cette fois-ci au profit droit de tous. Il s'agit là de la manifestation plus claire et la moins équivoque d'une forme de repolitisation par le recours. À ce titre, l'exemple du recours

³²¹⁵ MAGNON (X.), « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 268.

³²¹⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, chap. 2, sect. 2, §2.

³²¹⁷ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, chap. 2.

³²¹⁸ VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », *op. cit.*, p. 178.

³²¹⁹ DUBOUT (É.), « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, p. 106.

³²²⁰ BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, p. 85.

associatif est à ce propos l'exemple le plus caractéristique de cette revendication collective des intérêts, en traduisant une démarche au service du droit objectif (B).

A. Une survivance de l'intérêt subjectif par son assimilation à un intérêt objectif

530. La nature objective du contentieux est l'élément problématique principal de la question de la représentativité des intérêts revendiqués devant le juge. Deux points de vue s'opposent ici : celui du justiciable, dont la motivation est principalement orientée vers la cessation d'une irrégularité de la loi au regard d'un intérêt subjectif trouvant sa transposition dans un droit ou une liberté constitutionnellement garantis ; et celui du juge, tiers impartial et indépendant, exerçant son office en contrôlant la conformité d'une norme à la norme qui lui est supérieure hiérarchiquement. Présenté de la sorte, ce raisonnement quelque peu schématique permet, une fois de plus, de mettre en évidence que le juge n'est pas un représentant — il donne une représentation juridique à un conflit — et que la traduction juridique de ce conflit particulier dont est victime le justiciable doit être appréhendée sous le prisme de l'ordre juridique dans son ensemble. Selon cet angle de vue, l'objectivation est la condition *sine qua non* de la traduction juridique des intérêts subjectifs revendiqués. Elle est donc inévitable. D'une part, elle « désubstantialise » le caractère concret du recours en générant un décalage entre les prétentions avancées par le justiciable sous forme de droits subjectifs et le résultat de la décision issu de leur assimilation avec le droit objectif (1). Mais, d'autre part, cette assimilation au droit objectif se présente comme une condition nécessaire de reconnaissance des intérêts revendiqués par le plaideur (2).

1. Un décalage entre prétentions et résultats

531. La traduction objective de l'intérêt subjectif revendiqué. La première difficulté, pour le justiciable, est que son litige, subjectif, doit être transposable objectivement aux normes contenues dans la Constitution au regard des prescriptions de l'article 61-1. Il se trouve alors « contraint de présenter ses prétentions en termes juridiques, voire de transformer ses revendications sociales, politiques, économiques en termes juridiques. C'est supposer que l'opportunité politique d'une loi est convertible en arguments de droit, ce qui ne va pas toujours

de soi »³²²¹. C'est ce qui lui donne la maîtrise du déclenchement de la procédure et la formulation de la question. L'interprétation des juges chargés du filtrage, et ensuite celle du juge constitutionnel, vont alors parachever (ou modeler) sa traduction contentieuse. Le décalage est là, entre la prétention de l'*un* par rapport l'état du *tout* : le requérant œuvre pour la préservation de ses droits subjectifs, le juge quant à lui, s'assure que ce litige soit résolu en cohérence avec le sens donné à la Constitution ; autrement dit, le droit de tous. Les indices du cas concret restent alors limités au fait que la décision porte le nom du requérant, ou lors de la présentation des observations par les représentants des parties pendant l'audience publique, lesquelles ne figurent d'ailleurs pas dans la décision, mais peuvent, dans une certaine mesure, influencer en fait le Conseil³²²². D'une certaine manière, la faute ne revient pas forcément au Conseil constitutionnel, mais plutôt à l'appréciation du caractère concret attribué au contrôle. C'est notamment l'argument avancé par la professeure BELLOUBET, anciennement membre de la Haute juridiction : « [...] en réalité, il ne s'agit pas d'un contrôle concret de même nature que celui auquel procèdent les autres juridictions nationales ou la CEDH. Même dans le cadre de la QPC, le contrôle exercé demeure toujours abstrait. Certes, les membres du Conseil, au moment où ils rapportent l'affaire en délibéré, prennent toujours en compte les faits concrets, ou du moins de ce que les pièces du dossier leur permettent d'en connaître »³²²³. Comme emprunt à un certain déterminisme, il s'agit donc d'un contrôle « concret » aux aspects singuliers, ce qui reviendrait plus précisément à dire que le Conseil exerce un contrôle *à sa façon*, ou encore *comme il le peut*, au regard de son office.

532. L'indétermination persistante de l'intérêt subjectif revendiqué. Ici se présente une seconde difficulté : connaître avec pertinence l'intention du justiciable est néanmoins à apprécier par le seul prisme du droit en observant, par exemple, les éléments présentés dans le mémoire distinct, car elle intègre des éléments d'ordre sociologique. La protection de sa situation particulière, par le justiciable, peut être accompagnée de stratégies contentieuses,

³²²¹ HUMMEL (J.), « Portait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle de la “délicatesse” », in MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, op. cit., p. 115.

³²²² « [...] même si ces faits ne sont pas retranscrits dans la décision, contrairement à ce que l'on peut trouver, par exemple, en Belgique, en Espagne ou en Italie, ce rappel des faits à l'origine de la QPC a nécessairement un impact psychologique sur les juges constitutionnels ». FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », op. cit., p. 214.

³²²³ BELLOUBET (N.), « Contrôle *a priori*, contrôle *a posteriori*, quelles différences, quelles ressemblances, quel avenir ? », op. cit., p. 41.

donnant plus un rôle décisif à l'avocat chargé de l'affaire³²²⁴. Tout d'abord, l'élément constant, primordial et vérifiable juridiquement, est celui de l'invocation des droits et libertés constitutionnels à dessein d'écarter une disposition législative du litige. Ensuite, la procédure peut éventuellement être motivée par d'autres intentions, comme gagner du temps dans la procédure³²²⁵, tirer profit des courts délais de jugements afin d'obtenir de la Cour suprême l'interprétation de la loi³²²⁶, dévoiler devant le prétoire un combat politique³²²⁷ ou militant contre une législation³²²⁸, ou encore provoquer un litige dans le but de soulever une QPC³²²⁹. En outre, si l'abrogation de la loi est la motivation principale du litige celle-ci, elle peut aussi être utilisée pour priver de bases légales une décision de justice défavorable, pour contester la légalité d'un acte pris sur le fondement d'une loi réputée inconstitutionnelle³²³⁰, ou encore afin de bénéficier de l'extension d'une réserve d'interprétation émise lors d'une précédente décision et applicable à d'autres catégories de justiciables³²³¹. Or, quelles que soient les motivations du justiciable,

³²²⁴ Voir, à ce propos : WARUSFEL (B.), « L'avocat comme acteur majeur du procès constitutionnel », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., pp. 86-91.

³²²⁵ Le juge du fond dispose en effet d'un délai de trois mois *maximum* pour examiner la recevabilité de la requête ; délai qui est, ensuite, le même si la question est examinée par les juges suprêmes. Ainsi le temps « gagner » se mesure entre trois et six mois. (Voir, art. 23-4, loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, précitée). Cette stratégie a par exemple été relevée par les commentateurs de la QPC posée dans le contentieux impliquant le Président Chirac. Voir, par exemple, LE BROUSSOIS (N.), « La légalité d'une transaction relative à des emplois fictifs. Conclusions sur tribunal administratif de Paris, formation plénière, 28 juin 2011, *Association Anticor, M. Bayou et autres*, n° 1020368 », *RFDA*, 2011, n° 6, pp. 1142-1152.

³²²⁶ On retrouve notamment cette idée dans l'arrêt de rejet du Conseil d'État du 15 avril 2011 (CE, 15 avril 2011, *Association après mine Moselle-est*, n° 346042) où la Haute juridiction administrative a interprété des dispositions du Code minier en proposant une interprétation conforme des dispositions par rapport la Constitution.

³²²⁷ On peut notamment citer l'exemple du dépôt d'une QPC par Marine Le Pen lors des dernières élections présidentielles qui, malgré le rejet du Conseil constitutionnel, laisse entrevoir une stratégie de rendre visible sa candidature ou d'influencer des élus dans une période de recherche de parrainages. Voir, Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012, *Mme Marine LE PEN [Publication du nom et de la qualité des citoyens élus habilités à présenter un candidat à l'élection présidentielle]* ; VERPEAUX (M.), « La présentation des candidats à l'élection présidentielle : publicité ou anonymat ? », *JCP A*, 12 mars 2012, n° 10-11, pp. 21-25 ; ROBLLOT-TROIZIER (A.), « La validation des règles de publications des "parrainages" : entre habileté et résignation des juges », *RFDA*, 2012, n° 3, pp. 531-534.

³²²⁸ Dans ce cas de figure, on compte, par exemple, les recours associatifs désintéressés, dont la démarche est essentiellement centrée vers la rectification d'une illégalité au nom du droit objectif. Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2, sect. 1, §2, B.

³²²⁹ À titre d'exemple, on peut citer l'affaire des margarines dans laquelle les fabricants avaient adressé un courrier au ministre des Finances afin qu'il leur soit appliqué, contrairement à ce que la loi prévoyait, la TVA sur le beurre. Ils ont ensuite attaqué la décision de refus en excès de pouvoir en y joignant une QPC contestant la législation fiscale sur la margarine. Voir, Cons. const., n° 2011-1221 QPC, 29 avril 2011, *Société Unilever France [taux de TVA sur la margarine]*. Dans la même logique, voir également l'affaire relative à la décision Cons. const., n° 2011-143 QPC, 30 juin 2011, *Département de la Seine-Saint-Denis et de l'Hérault [concours de l'État au financement par les départements de l'allocation personnalisée d'autonomie]*.

³²³⁰ Sur cette question, voir : BENETTI (J.), « Quel(s) usage(s) de la QPC pour quels pouvoirs au profit du justiciable ? », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels*, op. cit., pp. 199-200.

³²³¹ Par exemple, Cons. const., n° 2017-642 QPC, 7 juillet 2017, *M. Alain C. [Exclusion de certaines plus-values mobilières de l'abattement pour durée de détention]*, cons. 7-8 ; Cons. const., n° 2017-643/650 QPC, 7 juillet 2017, *M. Amar H. et autre [Majoration de 25 % de l'assiette des contributions sociales sur les revenus de capitaux mobiliers particuliers]*,

celui-ci se présente en défenseur de *sa* Constitution. Mais ensuite, suivant l'engrenage de la procédure, il se peut transformer, le plus souvent malgré lui, en défenseur de *la* Constitution. Il s'agit là de l'essence même du « malentendu » de cette procédure, sur le plan de la représentativité des intérêts. Par ailleurs, s'il est particulièrement représentatif en QPC, ce conflit concerne, mais de manière moins significative et décisive, les requérants institutionnels du contentieux *a priori*, lesquels arguent eux aussi d'un intérêt particulier, non comme les individus défendant un droit fondamental purement subjectif, mais en prônant une interprétation de la Constitution en accord avec des opinions politiques données³²³². « Toute requête, même orientée vers la défense du Droit objectif, comprend irréductible élément subjectif qui est la motivation personnelle de l'auteur de la saisine »³²³³.

2. L'objectivation comme condition nécessaire à la reconnaissance de l'intérêt subjectif

533. Quels que soient les projets du justiciable, ces intentions directes ou indirectes, le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge oblige ce dernier à apprécier le conflit dans l'ordre juridique établi par la Constitution. Le litige générateur de la procédure sert, en ce sens, à matérialiser une transgression de la norme constitutionnelle. Autrement dit, le contrôle de la loi par rapport à la Constitution, norme fondamentale applicable à tous, oblige à un raisonnement par assimilation d'une situation subjective au droit objectif. Ce phénomène se constate, par exemple, dans le filtrage opéré par les cours suprêmes qui concilie l'hybridation du subjectif et de l'objectif, en prenant comme référentiel d'opportunité de la requête, du moins dans l'argumentation qu'il donne, et l'imprégnation du litige dans le droit objectif. Autrement dit, la recevabilité de la question se manifeste par sa valeur objective, de sorte que l'intérêt individuel, sans être complètement écarté, est en quelque sorte instrumentalisé.

534. L'influence du caractère sociétal de l'intérêt revendiqué. En effet, la situation du requérant est parfois examinée plus largement en fonction de sa relation avec un débat de

cons. 12.

³²³² « Les requérants institutionnels tendent à imposer l'interprétation la plus favorable à leurs opinions politiques. Les simples particuliers défendent des intérêts purement subjectifs de leurs droits fondamentaux. Tous poursuivent un intérêt particulier sans commune mesure avec la défense désintéressée du bien commun ». SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 353. Dans le même sens, voir : MEUNIER (J.), « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 29.

³²³³ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, op. cit., p. 46.

société. C'est par exemple l'argument avancé par la Cour de cassation lors de son renvoi de la QPC relative à loi concernant le mariage entre personnes de même sexe, laquelle énonce que « les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine »³²³⁴. Selon une logique similaire, la consécration d'un principe constitutionnel peut également motiver le caractère nouveau de la question, ce qui tend à faire de la requête présentée par le justiciable, un prétexte à cette consécration. La requête subit, pour ainsi dire, l'attraction de l'intérêt général. C'est notamment ce que cette même Cour a argué lors du renvoi de la QPC *Cédric H.*, considérant « que la question, en ce qu'elle tend à ériger en principe constitutionnel, la fraternité, qualifiée d'idéal commun par le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et reconnue comme l'une des composantes de la devise de la République par l'article 2 de ladite Constitution, principe que méconnaîtraient les dispositions législatives contestées, présente un caractère nouveau »³²³⁵. Ainsi, l'ouverture du contentieux à l'individu-justiciable participe à l'objectivation du contentieux, par le principe d'assimilation, ici présenté, qui consiste, pour les juges suprêmes à évaluer la valeur objective de l'intérêt revendiqué. Une fois encore, « derrière l'initiative, prise par le requérant, d'une question prioritaire de constitutionnalité, il convient d'apercevoir un événement dont la survenance garantit la pérennité d'un ordre objectif »³²³⁶ et dont le justiciable devient le représentant occasionnel, à ses dépens ou non.

535. Outre l'intention formulée et traduite en termes juridiques par le justiciable telle que figurant dans le mémoire, le problème présente, en outre, une difficulté supplémentaire dès lors qu'il est appréhendé en fonction du type de requérant à l'initiative du recours. Si l'intérêt revendiqué par un individu a le plus souvent une visée strictement subjective (le rétablissement d'une situation personnelle), celui-ci peut aussi être porté collectivement. La revendication collective des intérêts permet ainsi de voir la notion d'intérêts sous un angle différent.

³²³⁴ Cass. 1^{er} civ., 16 novembre 2010, n° 10-40042.

³²³⁵ Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-85737.

³²³⁶ VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », *op. cit.*, p. 184.

B. La revendication collective des intérêts : l'exemple du recours associatif

536. La revendication collective des intérêts peut être appréhendée comme une extension des instruments de protection et de garantie des droits par le recours juridictionnel. Elle témoigne principalement de deux phénomènes. Le premier s'observe dans la mutualisation et l'assimilation d'intérêts communs à plusieurs justiciables qui vont, ensemble, demander justice. En cela, l'action de groupe se définit comme celle « par laquelle un représentant agit au nom et pour le compte d'un groupe de personnes identifiées, ou non identifiées, afin d'obtenir la réparation des préjudices qu'elles ont subis »³²³⁷. C'est en droit anglo-saxon, avec notamment le recours aux *class actions*, que l'idée du conflit collectif trouve son illustration la plus remarquable³²³⁸. En France, si ce type de recours n'est pas expressément prévu par la Constitution³²³⁹, sans y être non plus véritablement proscrit³²⁴⁰, il est appliqué en contentieux administratif et judiciaire selon une logique de jonction des requêtes³²⁴¹, ainsi que devant la CJUE³²⁴² et la CEDH³²⁴³. Le conflit reste cependant ciblé sur un intérêt subjectif, fruit de l'assemblage d'intérêts identiques de même nature et s'apparente donc à un intérêt subjectif mutualisé. Le second mécanisme de revendication d'intérêts collectifs se manifeste, ensuite, avec le recours associatif³²⁴⁴. Celui-ci a la particularité de mettre en scène un intérêt subjectif,

³²³⁷ BARTHELEMY (J.), BORE (L.), « Constitution et action de groupe », *Constitutions*, 2011, n° 4, p. 507.

³²³⁸ Voir, CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, trad. R. David, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 1990, p. 59.

³²³⁹ VERPEAUX (M.), « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 4, p. 258.

³²⁴⁰ Voir, Cons. const., n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, *Société Système U Centrale nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*, cons. 6-9 ; BARTHELEMY (J.), BORE (L.), « Constitution et action de groupe », *op. cit.*, pp. 507-511.

³²⁴¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle (JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1) ; Décret n° 2017-888 du 6 mai 2017 relatif à l'action de groupe et à l'action en reconnaissance de droits prévues aux titres V et VI de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n° 0109, 10 mai 2017, texte n° 110. Le mécanisme, aussi prévu devant le juge judiciaire, a été repris aux articles L. 77-10-1 du Code de justice administrative. Par ailleurs, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016, le juge judiciaire avait déjà initié une forme d'action de groupe avec la reconnaissance jurisprudentielle du préjudice écologique à l'occasion de l'affaire de l'Erika, qui sera confirmé par la Cour de cassation (Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650).

³²⁴² Voir, par exemple : CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P ; CJCE, Gr. ch., 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistía e.a. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-354/04P.

³²⁴³ Voir, par exemple : CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de police belge c. Belgique*, Série A, n° 19, §28 ; Comm. EDH, 5 mai 1979, *Pasteur X et Church of scientology c. Suède*, n° 7805/77.

³²⁴⁴ La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle a en effet créé le nouvel article L. 142-3-1 du Code de l'environnement énonçant que « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent Code, causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, une action de groupe peut être exercée devant une juridiction civile ou administrative ». En application de l'article L. 141-1 du même code, cette action est réservée aux associations agréées et aux associations régulièrement déclarées, depuis 5 ans au moins, dont l'objet statutaire

sur le plan formel, qui va déterminer l'intérêt pour agir de la personne requérante, mais qui, par son objet, se veut collectif en ce qu'il touche à un domaine suffisamment large pour couvrir un ensemble de situations individuelles, sans pour autant que celles-ci soient liées au recours exercé. Il s'agit, en quelque sorte, d'un intérêt objectif ciblé. Il a ainsi la particularité d'œuvrer pour la légalité au sens large, soit pour la suppression ou la modification d'une législation, soit pour sa conservation. Il s'agit ici d'un des exemples les plus significatifs d'une repolitisation par la contestation juridictionnelle, car la revendication des droits y est guidée par une volonté de protection des droits au bénéfice de la communauté. En effet, « certaines structures associatives recourent à “l'arme du droit” en vue d'obtenir des évolutions de la législation. Elles recherchent une protection homogène et efficace des droits et libertés afin de “donner sens” à des droits conçus comme fondamentaux et dont la réalisation serait insatisfaisante »³²⁴⁵. Une expertise récente est venue confirmer cette idée en démontrant que le recours à la QPC semblait être majoritairement mobilisé par les associations « comme un outil stratégique d'évolution du droit, dans la mesure où l'issue de la QPC pourrait pousser le législateur à intervenir »³²⁴⁶. Formant une illustration de l'objectivation du contentieux, il permet de montrer que la représentativité des intérêts portés devant le juge peut découler d'une démarche individualiste, où le requérant, étant en groupe ou individuellement, agit pour la protection de sa situation personnelle, ou bien collective et désintéressée donnant au recours une dimension plus objective, en ce qu'il est mobilisé au profit du droit de tous, identifiés ou non, et potentiellement touchés par la législation attaquée. En d'autres termes, « l'objectif poursuivi par la présentation d'une QPC n'est pas tant de défendre les intérêts d'un justiciable particulier dont, au regard de sa situation subjective, les droits fondamentaux auraient été méconnus, mais d'obtenir une modification du droit applicable »³²⁴⁷. Afin de mettre en évidence ces différentes alternatives, il s'agit, tout d'abord, d'apprécier la diversité des justiciables potentiels et de catégoriser les intérêts collectifs qu'ils sont susceptibles de revendiquer (1), pour ensuite se concentrer sur le cas particulier des intérêts à prétention objective tels qu'ils sont revendiqués par les groupements désintéressés (2).

comporte la défense des victimes de dommages corporels ou la défense des intérêts économiques de leurs membres et aux associations de protection de l'environnement agréées.

³²⁴⁵ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, p. 14.

³²⁴⁶ ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel », *op. cit.*, p. 105.

³²⁴⁷ *Ibid.*

1. Diversité des justiciables et catégorisation des intérêts collectifs

537. L'entrée en vigueur de la QPC a permis au législateur organique d'ouvrir ce contentieux à tout type de justiciable. Cette ouverture à la société civile implique que la revendication de l'inconstitutionnalité de la loi est permise aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales de droit public (les collectivités territoriales et leurs groupements, par exemple³²⁴⁸) et de droit privé (associations, syndicats, etc.)³²⁴⁹. Acteurs institutionnels ou non institutionnels, chacun adopte sa stratégie dans la défense de ses intérêts³²⁵⁰. Si la majorité des QPC sont déclenchées par des justiciables individuels, l'action des groupements illustre, elle aussi, une facette intéressante de ce contentieux³²⁵¹. De manière générale, l'intérêt objectif se définit comme « l'intérêt collectif se définit comme l'intérêt que choisissent de défendre en commun plusieurs personnes qu'elles soient des personnes physiques ou morales, constituant un ensemble le groupement — pourvu ou non de la personnalité juridique — qui en sera titulaire. Le trait distinctif de l'action d'intérêt collectif est ainsi dans la libre définition, par le groupement, de sa fin sociale »³²⁵². En effet, contrairement aux requérants individuels, la faculté d'agir en justice de ces dernières est limitée à la spécialité de leur statut ou de leur objet social. La formalisation de l'intérêt en droit conditionne, ensuite, l'intérêt pour agir du groupement en

³²⁴⁸ La possibilité pour les collectivités territoriales d'intenter une QPC a d'ailleurs été admise dès les premiers mois de la procédure. Voir, Cons. const., n° 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque [Fusion des communes]*. À ce titre, voir : LONQUEUE (Ch.), « La défense des collectivités territoriales », *AJCT*, 2012, n° 4, p. 190 ; MONDOU (Ch.), « Les justiciables publics : l'exemple atypique des collectivités territoriales », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, pp. 91-100.

³²⁴⁹ Sur le plan statistique, au 1^{er} octobre 2019, on dénote, parmi les parties requérantes, 443 personnes physiques, 193 sociétés, 62 associations et 35 syndicats. Voir, CARPENTIER (M.), « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique, Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série. En outre, selon l'analyse proposée par la professeure CHAMPEIL-DESPLATS, « s'agissant des recours formés par une seule ou plusieurs associations, on recense : de 2010 à 2013 incluse, 2 recours par an, exception faite de 2012, année pour laquelle sont comptabilisées 7 décisions ; de 2014 à 2016 incluse, 4 décisions par an ; en 2017, 6 décisions ; en 2018, 5 décisions ; en 2019, 11. Ajoutons pour illustrer la tendance que 7 décisions sont recensées en 2020. S'agissant des interventions volontaires, la croissance est également progressive ; elle s'avère plus marquée à partir de 2016. Entre 2010 et 2015, la moyenne des décisions impliquant des intervenants associatifs à l'appui de causes relatives à la défense de droits et libertés est d'un peu plus de 3 (3 recensées en 2010, 6 en 2011, 1 en 2012, 5 en 2013, 3 en 2014, 3 en 2015) ; la moyenne se porte à 7 à partir de 2016 (7 en 2016, 8 en 2017, 6 en 2018, 7 en 2019, 8 en 2020) ». CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les actions associatives pour la défense des droits et les libertés que la Constitution garantit devant le Conseil constitutionnel », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12079>.

³²⁵⁰ Voir à ce propos, HECQUARD-THERON (M.), « De l'intérêt collectif », *AJDA*, 1986, n° 42, pp. 64-75.

³²⁵¹ Voir : CARTIER (E.), « La variété de la "clientèle" du Conseil constitutionnel », in CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., pp. 80-86.

³²⁵² DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique du Louvain, 1999, p. 607.

question³²⁵³. Du point de vue des recours exercés par les groupements, l'intérêt collectif revendiqué peut prendre deux formes : il comprend soit la somme d'intérêts individuels³²⁵⁴, s'opérant par la superposition d'intérêts subjectifs, soit un intérêt collectif autonomisé et confectionné par le principe de spécialité. Ce deuxième cas de figure peut être qualifié d'action sociale d'intérêt propre, car le groupement en question « agit ici en justice pour lui-même, en vue de défendre son droit subjectif qu'il estime violé ou menacé ou son intérêt propre qu'il juge lésé par la faute d'autrui »³²⁵⁵.

2. Les prétentions objectives des intérêts revendiqués par les groupements désintéressés

538. Les spécificités relatives à l'intérêt porté par les groupements désintéressés.

Il est possible de remarquer que la nature du groupement conditionne à la fois la stratégie suivie par le recours, et le type d'intérêt qui est mobilisé³²⁵⁶. Il est également nécessaire, comme l'a proposé le professeur DE SCHUTTER³²⁵⁷, de distinguer trois types généraux de groupements. Premièrement, se trouvent les groupements *intéressés*, dont l'action vise à défendre les intérêts

³²⁵³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chap. 2, sect. 2, §2, B.

³²⁵⁴ Il s'agit là, notamment, de ce qui caractérise l'exemple de la *class action*. Par assimilation, on retrouve ce type de mécanisme en droit de la consommation dans la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant les droits des consommateurs (JORF n° 170017 du 21 janvier 1992, p. 968), ou plus récemment dans la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400), permettant à un groupe de consommateurs d'obtenir la réparation de préjudices matériels causés par la violation de leurs obligations par des professionnels. Sur ce point, voir : DU CHASTEL (A.), « L'action de groupe : mythe ou réalité ? », *JCP G*, 2012, n° 36, pp. 1545-1546.

³²⁵⁵ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, op. cit., p. 630.

³²⁵⁶ Difficile à appréhender sur le plan strictement normatif, cette approche centrée sur les stratégies judiciaires trouve écho dans la sociologie du droit. Voir, à ce propos : MICHEL (H.), « Pour une sociologie des pratiques de défense : le recours au droit par les groupes d'intérêt », *Sociétés contemporaines*, 2003, n° 52, pp. 5-16. La professeure CHAMPEIL-DESPALTS propose de distinguer en ce sens d'actions associatives en fonction de leurs intérêts. Premièrement, on trouve les associations de causes agissant pour des causes, « en l'occurrence, les associations dont l'objet social est en tout ou majeure partie consacrée à la défense de droits et libertés agissent pour cette cause, étant entendu qu'elles peuvent parfois agir pour des droits et libertés débordant leur cause spécifique » ; deuxièmement, les associations de causes agissant pour leurs intérêts, « en l'occurrence, les associations dont l'objet social est en tout ou majeure partie consacré à la défense de droits et libertés agissent pour des intérêts propres ou sectoriels (par exemple, leur régime fiscal ou la reconnaissance de leur intérêt à agir) » ; troisièmement, les associations d'intérêts agissant pour leurs intérêts, « en l'occurrence, les associations dont l'objet social est de défendre un intérêt — le leur propre ou celui de leurs membres — agissent pour la défense de celui-ci en parvenant à le justifier par un droit ou une liberté que la constitution garantit » ; et quatrièmement, les associations d'intérêts agissant pour une cause, « en l'occurrence, les associations dont l'objet social est de défendre un intérêt catégoriel, le leur ou celui de leurs membres, agissent pour la défense de droits et libertés qui dépassent cet intérêt ». CHAMPEIL-DESPALTS (V.), « Les actions associatives pour la défense des droits et les libertés que la Constitution garantit devant le Conseil constitutionnel », op. cit.

³²⁵⁷ DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, op. cit., p. 679.

de ses membres au regard de son objet social. Il s'agit par exemple des ordres professionnels. Deuxièmement, les groupements *quasi-intéressés*, comme les syndicats, matérialisent un intérêt collectif par la défense des droits d'autrui, sans que ceux-ci aient un lien institutionnel avec le groupement³²⁵⁸. Il peut notamment s'agir d'un syndicat. Il y a, troisièmement, les groupements *désintéressés*, dont l'objet social permet la défense d'un intérêt collectif visant à la préservation de la légalité dans un litige et concourant de ce fait au respect du droit objectif ou à sa modification³²⁵⁹. Ce type de recours se retrouve notamment avec l'implication d'associations, dans le domaine de l'environnement ou plus généralement de la protection des droits de l'homme, dont certaines, comme *France Nature Environnement*, *GISTI*, ou encore la *Ligue des droits de l'homme* sont particulièrement actives en QPC³²⁶⁰, comme en contentieux administratif³²⁶¹. Il n'empêche d'ailleurs pas que plusieurs associations posent conjointement une QPC, comme

³²⁵⁸ Voir, OST (F.), « Entre droit et non-droit : l'intérêt », in GERARD (Ph.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Droit et intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, vol. 2, pp. 84-89.

³²⁵⁹ Autrement dit, dans le présent cas de figure, « ce qui constitue en telle hypothèse le véritable objet de la demande, c'est moins la garantie des droits subjectifs de celui qui introduit l'action, que le respect par son adversaire des obligations que le droit objectif lui impose. Or c'est un tel déplacement qu'entraîne la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif. En effet, lorsque cette action est introduite par un groupement désintéressé, elle a en réalité pour objet non pas de réclamer la reconnaissance des droits subjectifs individuels — un tel groupement s'est donné mission de poursuivre des fins autres que leur garantie —, mais de contribuer au respect de la légalité, lorsque le groupement juge que l'intérêt objectif se trouve, par-là, préservé ». DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, op. cit., p. 683.

³²⁶⁰ HUGLO (Ch.), « La QPC : quelle utilisation en droit de l'environnement ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43, pp. 57-71. Pour une étude récente sur le contentieux de l'association France Nature Environnement, voir : « L'action associative en matière de QPC — analyse des interventions de FNE », *Revue juridique de droit de l'environnement*, 2019, n° spécial, pp. 27-38. De manière générale, la tendance ressortant des recours de l'association France Nature Environnement est centrée sur la volonté de faire reconnaître la valeur normative des principes énoncés dans la Charte de l'environnement. On peut citer, par exemple, le principe de participation du public, lequel est tiré des prescriptions énoncées dans la Convention D'Aarhus, et retranscrit à l'article 7 de la Charte. Voir, Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement]* ; Cons. const., n° 2012-262 QPC, 13 juillet 2012, *Association France Nature Environnement [Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation]* ; Cons. const., n° 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]*. On retrouve également d'autres associations comme la *Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP)*, la *Cimade*, la *Cabane juridique/Legal Shelter*, *SOS Soutien ô sans papiers* etc.

³²⁶¹ À titre d'exemple, l'article 142-1 du Code de l'environnement précise clairement l'encadrement du recours associatif, énonçant que « toute association ayant pour objet la protection de la nature et de l'environnement peut engager des instances devant les juridictions administratives pour tout grief se rapportant à celle-ci ». (À ce propos, voir : CE, 30 mars 2015, n° 375144). Le recours associatif en matière environnementale a été l'occasion pour le Conseil d'État de rendre des arrêts importants concernant l'invocabilité de la Charte de 2005. Par exemple, CE, 19 juin 2006, *Association Eaux et rivières de Bretagne*, n° 282456 ; CE, 23 avril 2009, *France Nature Environnement*, n° 306242 ; CE, 14 novembre 2012, *France Nature Environnement*, n° 340539. C'est aussi le cas de *GISTI* en contentieux des étrangers, avec par exemple l'arrêt bien connu du 11 avril 2012 relatif à l'effet direct des conventions internationales (CE ass., 11 avril 2012, n° 322326). Depuis 2013, l'association comptabilise par ailleurs 105 recours devant les juridictions administratives. Voir, <https://www.gisti.org/spip.php?article1940>. La Ligue des droits de l'homme, agit, quant à elle dans des domaines très variés, en raison de son objet. On peut par exemple noter son implication lors de l'État d'urgence. Voir, CE ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 396220.

cela a été le cas, par exemple, dans l'affaire concernant la création des fichiers pour les ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés³²⁶². S'apparentant, en quelque sorte, à une « forme d'action publique déléguée »³²⁶³ œuvrant pour le droit objectif, « l'enjeu n'est donc pas seulement de tirer profit de la QPC dans le procès principal (ce qui est parfois refusé par le Conseil dans le dispositif de la décision), mais d'obtenir la disparition de la disposition législative de l'ordonnancement juridique et, de manière subséquente, la réouverture de l'espace de délibération démocratique parlementaire »³²⁶⁴. Allant même plus loin, comme dans la décision n° 2014-424 QPC, il a par ailleurs pu être soulevé un supranational tel que les droits des associations étrangères³²⁶⁵. Sur le plan quantitatif, le nombre de recours associatif en 2010 et 2018 s'élevait à cinquante-deux. Certains domaines comme le droit des étrangers sont, par exemple, peu mobilisés en raison du fait, qu'en la matière, les lois votées ont souvent déjà passé le test de constitutionnalité dans le cadre du contrôle *a priori*³²⁶⁶. Toujours est-il que le recours associatif demeure important dans sa démarche. Il s'agit là d'une forme d'action orientée vers une volonté d'évolution du droit en partant de réalités concrètes. Comme le note le professeur CARTIER, les associations « sont à l'origine d'innovations contentieuses et de grandes décisions QPC. Par leurs interventions, elles confirment leur rôle de soutien aux requérants individuels et d'institution de “veille juridique” »³²⁶⁷.

539. Un intérêt objectif « subjectivé ». Ces cas de figure permettent, en outre, de montrer que relative labilité de la distinction entre intérêts subjectif et collectif³²⁶⁸. Il s'agit ici d'une des représentations les plus pertinentes de l'objectivation de contentieux, dévoilant la fonction plus générale du recours comme instrument mobilisé pour faire évoluer le droit. En effet, un intérêt subjectif n'est pas uniquement un intérêt singulièrement assimilé à un individu isolé. La subjectivité de cet intérêt se manifeste plutôt dans sa délimitation à un champ précis de revendications liées entre elles par différents arguments juridiques. Ainsi, pour les

³²⁶² Cons. const., n° 2019-797 QPC, 26 juillet 2019, *Unicef France et autres [Création d'un fichier des ressortissants étrangers se déclarant mineurs non accompagnés]*.

³²⁶³ Expression empruntée in DUPEYRON (H.), « L'action collective », *Recueil Dalloz*, 1952, chron., p. 153.

³²⁶⁴ CARTIER (E.), « La QPC instrument de légitimation du législateur », in MAGNON (X.), ESPLUGAS (P.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, *op. cit.*, p. 92.

³²⁶⁵ Cons. const., n° 2014-424 QPC, 7 novembre 2014, *Association Mouvement raëlien international [Capacité juridique des associations ayant leur siège social à l'étranger]*.

³²⁶⁶ ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel ? », *op. cit.*, p. 109.

³²⁶⁷ CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2020, hors-série, p. 88.

³²⁶⁸ Voir à ce propos, BORE (L.) *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, p. 9.

groupements intéressés ou quasi-intéressé, l'intérêt collectif formulé s'opère par la jonction entre plusieurs intérêts subjectifs similaires, de sorte que l'intérêt collectif qui est lié à l'objet social du groupe demeure toujours un intérêt subjectif au regard du droit objectif. Si l'effet *erga omnes* des décisions engendre, par principe, des répercussions sur l'ordonnance juridique dans son ensemble, c'est sur le plan de la démarche à l'initiative du recours que la distinction s'opère. En effet, pour les groupements désintéressés, l'idée est à peu près la même : si l'intérêt ne découle pas d'une somme d'intérêts similaires, il est lui aussi cantonné à l'objet social du groupement³²⁶⁹. Or, la différence réside dans le fait qu'en prétendant défendre un « intérêt public général »³²⁷⁰, demeurant un intérêt subjectif permettant d'agir en justice, celui-ci est volontairement mobilisé au service du principe de conformité et par là même à l'évolution de la jurisprudence. Autrement dit, ce qui différencie *in fine* ces intérêts collectifs, c'est la finalité présumée de la requête, qui est orientée vers le droit de tous.

540. Jonctions des intérêts et tierces interventions. L'intervention des associations dans le contentieux se remarque également dans leur mobilisation en tant qu'*amicus curiae* lors de procès³²⁷¹. Selon l'article 6 du Règlement intérieur du 4 février 2010, l'intervention d'un tiers, visant à présenter des observations écrites, doit être justifiée par la présentation d'un « intérêt spécial »³²⁷². La motivation de cet « intérêt spécial » s'identifie par l'adéquation motivée entre l'intérêt subjectif revendiqué par le requérant initial et l'intérêt collectif de l'association en lien

³²⁶⁹ « *Le principe de spécialité trace les limites au-delà desquelles l'être moral ne peut avoir une existence juridique* ». AUDINET (J.), « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », *RTD Civ.*, 1955, n° 53, p. 214.

³²⁷⁰ CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, *op. cit.*, p. 59.

³²⁷¹ L'*amicus curiae* est ici entendu comme « la personnalité faisant autorité dans un domaine d'activité et qu'une juridiction prend l'initiative d'entendre comme "ami de la cour" (et non comme témoin ou expert), pour connaître son opinion sur le problème débattu devant elle, en vue de garantir, grâce à ses lumières, un procès équitable ». GUINCHARD (S.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, coll. Lexiques, 19^e éd., 2012, p. 57.

³²⁷² Auparavant appelé « portes étroites » d'après l'expression bien connue employée par le Doyen VEDEL (VEDEL (G.), « L'accès des citoyens au juge constitutionnel : les portes étroites », *La vie judiciaire*, 1991, n° 11, p. 1), l'ouverture du contentieux *a posteriori* a permis l'officialisation des tierces interventions. Concernant les premières interventions, voir : Cons. const., n° 2010-42 QPC, 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres [Représentativité des syndicats]* ; Cons. const., n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*. Concernant la modification de l'article 6 du Règlement intérieur, voir : Cons. const., n° 2011-120 ORGA, 21 juin 2011, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité*. Par ailleurs, le site du Conseil constitutionnel fournit un bilan statistique (datant de 2014) sur les acceptations de tierces interventions ainsi que les profils des intervenants. Entre 1^{er} mars 2010 et le 31 août 2014, sur 417 décisions QPC, 389 demandes d'interventions ont été adressées dans 101 dossiers (soit 24,2 %). Concernant les admissions, celles-ci sont en grande majorité admises (84,8 %), puisque 330 demandes sur 389 ont été acceptées. Parmi elles, 289 ont été accueillies sous fondement d'un intérêt spécial, tandis que les 47 autres étaient des dépôts QPC identiques. Au sujet, enfin, du profil des intervenants, sur les 389 demandes, 296 intervenants différents ont été enregistrés. Parmi ces derniers, 134 étaient des particuliers, 47 des sociétés, 43 des associations, 36 des collectivités territoriales, 11 des syndicats, et 25 autres de diverses natures (fédérations, ordres professionnels...). Voir à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/octobre-2014-les-interventions-en-qpc-de-2010-au-31-aout-2014#ftn2>.

la cause que celle-ci défend. Les observations constituent une aide à la décision, cependant celles-ci soulèvent « des problèmes de légitimité et de sécurité juridique en raison de l'absence de critères de recevabilité explicités et cohérents, surtout s'agissant de la catégorie des tierces personnes morales intéressées aux effets généraux de la question de constitutionnalité »³²⁷³. Le juge garde, en effet, une maîtrise totale quant à la recevabilité des interventions. Lors de la QPC du 11 octobre 2013 relative à l'extraction du gaz de schiste³²⁷⁴, par exemple, sur neuf demandes d'intervention qui ont été envoyées, ce qui était d'ailleurs une première fois sur le plan quantitatif, deux ont été admises (*France Nature* et *Greenpeace France*). Le commentaire officiel de la décision ne met d'ailleurs pas en évidence les motifs d'éviction des autres interventions, mais seulement le fait que celles-ci ne sont pas motivées par ledit « intérêt spécial »³²⁷⁵. La mobilisation des associations se constate, généralement, dans des affaires attrayant à des sujets de société³²⁷⁶ (environnement, droit des étrangers³²⁷⁷, la protection des minorités³²⁷⁸, l'état

³²⁷³ LECIS COCCO ORTU (A. M.), « QPC et intervention des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits et utilité des *amicus curiae* », RFDC, 2015, n° 104, p. 886.

³²⁷⁴ Cons. const., n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures – Abrogation des permis de recherches]*, cons. 1 et 2.

³²⁷⁵ « Dans cette QPC, de nombreuses demandes d'intervention avaient été produites. L'une était tardive et ne pouvait, de ce seul fait, être admise. D'autres émanaient de collectivités territoriales, associations ou personnes physiques. Le Conseil constitutionnel a estimé que les auteurs de ces interventions ne justifiaient pas d'un intérêt spécial au sens de l'article 6 du règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Les demandes n'ont donc pas été admises par le Conseil constitutionnel. Il a en revanche admis deux interventions, qui émanaient toutes deux d'associations de défense de l'environnement (l'association France Nature Environnement et l'association Greenpeace France) qui ont pu ainsi produire des observations écrites et orales ». https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013346qpc.ccc_346qpc.pdf, p. 1.

³²⁷⁶ Le nombre d'interventions peut, d'ailleurs, atteindre des chiffres assez élevés. Par exemple, dans la QPC n° 2012-297 (Cons. const., n° 2012-297 QPC, 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]*), 54 interventions ont été admises par le Conseil.

³²⁷⁷ Dans l'affaire *Cédric H.* du 6 juillet 2018, également, quatre tierces interventions ont été admises, dont une par l'association *SOS Soutien Ô sans papiers*. Cons. const., n° 2018-717-718 QPC, 6 juillet 2018, *précitée*. Concernant l'association GISTI, cette dernière est intervenue en tant qu'*amicus curiae* dans douze décisions. Pour un bilan statistique, voir : <https://www.gisti.org/spip.php?article1940>. Voir aussi, Cons. const., n° 2018-709 QPC, 1^{er} juin 2018, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres* ; Cons. const., n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autres [Conditions d'incarcération des détenus]*, cons. 13.

³²⁷⁸ Par exemple, Cons. const., n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité]* ; Cons. const., n° 2019-818 QPC, 6 décembre 2019, *Mme Saisda C. [Assistance de l'avocat dans les procédures de refus d'entrée en France et de maintien en zone d'attente]* ; Cons. const., n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020, *M. Éric G. [Contrôle des mesures d'isolement ou de contention dans le cadre des soins psychiatriques sans consentement]*.

d'urgence³²⁷⁹, le terrorisme³²⁸⁰, etc.) et qui ont donc, par leur objet, une portée plus large et décisive que le cas d'espèce. Cette approche est d'ailleurs loin d'être exclusive au contentieux constitutionnel, et touche également, depuis plusieurs années, le contentieux devant la CEDH³²⁸¹ et la CJUE³²⁸². La cause défendue par l'association est ainsi mobilisée dans le procès afin de promouvoir la légalité constitutionnelle contre la loi. Elle est centrée sur la protection et la promotion de ces droits. En ce sens, d'ailleurs, l'*amicus curiae* participe à une « démocratisation du règlement juridictionnel » en impliquant une « justice davantage représentative des intérêts de la société »³²⁸³.

541. Partageant les traits d'un recours à la fois subjectif et objectif, la QPC est donc un exemple opportun du phénomène d'objectivation du contentieux. S'il s'agit d'un recours relativement moderne ; il ne trahit pas d'un fonctionnement inédit dans la représentativité des intérêts. Le recours pour excès de pouvoir et le pourvoi devant la Cour de cassation témoignent aussi d'un mécanisme exercé par les justiciables, motivés par un intérêt subjectif, mais dont la dimension est intrinsèquement liée à l'intérêt général³²⁸⁴. En effet, ces recours dépassent toujours, à des dimensions variables, le cas d'espèce pour demeurer des moyens de défense de la légalité ou de la constitutionnalité. La situation particulière invoquée par le requérant se

³²⁷⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, M. Cédric D. [*Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence*].

³²⁸⁰ Cons. const., n° 2020-845 QPC, 19 juin 2020, M. Théo S. [*Recel d'apologie du terrorisme*]. À titre exceptionnel, il est aussi arrivé qu'une association soit considérée comme partie intervenante, suite à une jonction de procédures, alors que celle-ci était initialement l'auteur d'un des deux recours joints par le Conseil. Voir, Cons. const., n° 2017-695 QPC, M. Rouchdi et autres [*Mesures administratives de lutte contre le terrorisme*]. Il s'avère cependant que c'est principalement sur les prétentions présentées par *La ligue des droits de l'homme* que le Conseil a statué, laquelle, contrairement à la personne physique requérante, défendait un intérêt objectif. Voir à ce propos, MAYAUD (Y.), « L'exception terroriste de la loi n° 2017-150 du 30 octobre validée par le Conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2018, n° 16, pp. 876-880.

³²⁸¹ Voir, Art. 36 ConvEDH. L'intervention des associations est acceptée depuis relativement longtemps. On en trouve notamment des exemples dans des affaires célèbres, comme l'intervention de l'association Amnesty International dans l'affaire *Soering* (CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, n° 161, §§101-102) ou encore celles de Liberty, Interights et du Committee on the Administration of Justice dans l'affaire *McBride c. Royaume-Uni* (CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Série A, n° 258-B). Sur ce point, voir par exemple : PETTITI (L.-E.), SCHUTTER (O. de), « Le rôle des associations dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1996, pp. 149-150.

³²⁸² Aux termes de l'article 37 al. 2 du Statut de la CEE de la Cour de justice, l'intervention est possible pour « toute personne justifiant d'un intérêt à la solution du litige ». Voir, CJCE, ord., 11 décembre 1973, *Générale sucrière S. A. c. Commission*, aff. 114/73 ; CJCE, 17 juin 1997, *National Power plc et PowerGen plc*, aff. C-151/97 P (I), C-157/97 P (I), §66. Voir également, SCHUTTER (O. de), « L'accès des groupements à la justice communautaire », *JTDE*, 1999, n° 61, pp. 153-162.

³²⁸³ BUGNON (C.), « L'*amicus curiae*, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, n° 28, p. 1608.

³²⁸⁴ BARTHELEMY (J.), BORE (L.), « La QPC entre recours objectif et recours subjectif », *Constitutions*, 2010, n° 4, p. 553.

singularise en ce qu'elle est l'élément déclencheur du recours, pour ensuite être appréhendée selon son insertion dans l'ordre juridique. S'il s'agit d'une participation des justiciables à la correction des normes, leur assimilation à une démarche politique, entendue au sens d'une participation à une proposition de réinterprétation du droit commun à tous, demeure relative car elle dissimule une instrumentalisation de la Constitution à des fins subjectives. Or, c'est l'argument démocratique de la démarche, et par là même l'ambition d'une repolitisation, qui s'en trouve mis à mal, dans le sens où celle-ci ne se fonde pas sur une volonté précisément affirmée de concourir à l'amélioration du droit de tous, mais de son seul droit ; cette répercussion sur la collectivité n'est, en soi, pas volontaire de la part du justiciable dans ce cas de figure. Le seul exemple pertinent pour illustrer une telle démarche reste celui des recours associatifs, dont l'action, tournée vers une reformation du droit au profit de la collectivité, peut être affirmée avec une plus grande certitude. Pour le reste, l'objectivation du contentieux permet principalement aux requêtes fondées sur des intérêts purement subjectifs, inhérents à la situation particulière d'un justiciable, de trouver un bénéfice pour la communauté est majoritairement imputable au juge. Cette idée peut être aisément démontrée par le phénomène, juridiquement appréciable, qu'est l'effet utile des décisions.

SECTION 2. LE BENEFICE CONFUS DES INTERETS REVENDIQUES : L'EXEMPLE OPPORTUN DE L'EFFET UTILE DES DECISIONS QPC

542. « Quand un justiciable s'adresse à la justice il n'attend pas qu'elle lui rende un service comme la délivrance d'un paquet ou même d'un diplôme, il attend qu'on lui fasse ou rende justice ce dont chacun doit bien sentir que c'est tout différent »³²⁸⁵. La question de la représentativité des intérêts par le recours juridictionnel implique inévitablement un principe de rétribution caractérisé par le « devenir » desdits intérêts revendiqués dans les effets donnés par le juge à la décision. L'effet utile caractérise alors le profit qui est susceptible, pour le justiciable, d'être tiré d'une décision. Il est, en cela, un indicateur opportun pour mesurer le degré de concrétisation du contrôle *a posteriori* et donc quelle propension a le juge à proposer des dérogations à la généralité d'application de la loi³²⁸⁶. C'est un sujet qui, depuis quelques années, a fait l'objet d'études importantes, en contentieux général³²⁸⁷, mais aussi dans le cas particulier du contentieux constitutionnel³²⁸⁸. Si l'effet utile des décisions est déjà une préoccupation ancrée dans le raisonnement des juges suprêmes nationaux³²⁸⁹, et supranationaux³²⁹⁰, son apparition dans le contentieux QPC en donne une perspective particulière en inaugurant une « nouvelle branche du contentieux constitutionnel,

³²⁸⁵ RASSAT (M.-L.), LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), LEMOYNE DE FORGES (P.), *Institutions administratives et juridictionnelles*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2005, p. 129.

³²⁸⁶ La spécificité du contentieux de constitutionnalité se retrouve dans la manière dont le juge appréhende les faits, ce qui le distingue notamment du juge administratif. Comme il l'a lui-même précisé, « pour l'examen des situations de fait, le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi votée et en instance de promulgation, se prononce dans des conditions différentes de celles dans lesquelles la juridiction administrative est appelée à statuer sur la légalité d'un acte administratif ». Cons. const., n° 86-218 DC, 18 novembre 1986, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, cons. 11. Cette spécificité est également culturelle. L'exemple italien montre à ce titre la capacité et les outils dont peut se munir une cour constitutionnelle afin de concrétiser son contrôle. Pour une analyse comparative, voir : PARDINI (J.-J.), « La jurisprudence constitutionnelle et les "faits" », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-jurisprudence-constitutionnelle-et-les-faits>.

³²⁸⁷ MALMOUDY (O.), *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 823 p.

³²⁸⁸ Voir, par exemple, les deux thèses suivantes : SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 779 p. ; BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2017, 746 p. ; CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *Projet « QPC 2020 ». L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, *op. cit.* ; Dossier Thématique : *Dix ans de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) : quelle garantie des droits et libertés ?*, Revue des Droits de l'Homme, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12028>.

³²⁸⁹ Il est ici fait référence à des affaires bien connues, comme l'arrêt *Perruche* pour la Cour de cassation (Cass. Plén. 17 novembre 2000, *Perruche*, n° 99-13701), ou la jurisprudence *Association AC !* (CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886) du Conseil d'État.

³²⁹⁰ La notion d'effet utile renvoie, par exemple, en droit communautaire, à une acception plus spécifique en désignant une technique d'interprétation découlant des principes d'effectivité du droit de l'Union et de coopération loyale entourant la transposition et l'application des actes législatifs communautaires par les États membres. Voir, CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c. Home Office*, aff. C-41-74.

particulièrement sophistiquée »³²⁹¹. Son analyse présente alors deux intérêts majeurs : d'un côté, elle permet de préciser sa nature hybride de contentieux à la fois concret et abstrait, en questionnant sa subjectivisation ; d'un autre côté, elle interroge sa portée, autant sur la situation du justiciable que sur l'ordre juridique tout entier. En effet, l'effet *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel, prescrit par l'article 62 de la Constitution, assure l'objectivité du contrôle alors que l'effet utile induit en même temps la nécessité de prise en compte des conséquences concrètes de la décision. « Pour en juger, le Conseil va se projeter, par un exercice de *juris fictio*, dans un système juridique dépourvu de la disposition dont il vient de déclarer l'inconstitutionnalité »³²⁹². Cette logique dite « conséquentialiste »³²⁹³, notamment empruntée aux juges de *Common law*³²⁹⁴, est une nouvelle méthode pour un juge qui n'est initialement pas un juge des faits. « Aussi, la “stratégie de l'effet utile pour le justiciable” est en 2008 ce que la stratégie des libertés » était à partir de 1971 »³²⁹⁵. À ce titre, la logique est à double tranchant : soit elle favorise la situation concrète des justiciables, soit elle sert à justifier la primauté donnée au droit objectif. Pour le justiciable, le dilemme reste le même : est-il défenseur de *ses* droits constitutionnels, ou est-il défenseur de *la* Constitution ? Aussi difficile que cela soit à évaluer, sur le plan de volonté, il demeure toujours un décalage entre les prétentions des parties et le résultat énoncé dans la décision du juge. Les intérêts revendiqués sont variablement dépersonnalisés. L'issue de la décision relève, en outre, du fait exclusif du juge, tiers impartial, qui, au regard de son office, fait primer les intérêts subjectifs des justiciables ou l'intérêt objectif de la Constitution. Pour le juge, le contrôle de proportionnalité conduit inmanquablement à une priorisation des intérêts à faire valoir et à une hiérarchisation des conséquences à donner à la décision. D'un point de vue objectif, cette incertitude sert quoiqu'il en soit l'ordre juridique et l'évolution du droit, car elle assure la complétude du système juridique, et participe au principe d'autonomie. Les justiciables, en tant qu'ordres juridiques partiels, participent, par leurs actions, à l'évaluation et, le cas échéant, à l'évolution de l'ordre juridique global. Afin d'étayer ces propositions, il s'agit de voir, tout d'abord, que la gradation des effets donnés à

³²⁹¹ DEUMIER (P.), « Les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 65.

³²⁹² *Ibid.*, p. 70.

³²⁹³ « Employé pour le droit, le terme “conséquentialisme” renvoie à une manière de juger, à un type de raisonnement, à une méthode de résolution du problème posé par la confrontation des normes et, de plus en plus, à la nécessaire construction par le juge du droit de l'exécution des décisions depuis l'entrée en vigueur de la QPC ». SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2016, p. 20.

³²⁹⁴ Sur ce point, voir : HOURQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 25.

³²⁹⁵ SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 151.

une déclaration d'inconstitutionnalité illustre une rétribution dépendante de la concrétisation du contrôle (§ 1), pour ensuite faire remarquer que cette concrétisation demeure toujours imparfaite ; le caractère abstrait du contrôle ne pouvant être dissipé (§ 2). L'analyse de cette question permet bel et bien de montrer des limites inhérentes à l'ambition d'une repolitisation de la démocratie constitutionnelle moderne sous fondement d'un impératif de justiciabilité des droits constitutionnels. La nature du contentieux en explique aisément les raisons ; sa pratique permet, quant à elle, d'en avoir un aperçu concret.

§ 1. La gradation des effets donnés à une déclaration d'inconstitutionnalité : une rétribution dépendante de la concrétisation du contrôle

543. « Le nouveau droit de l'exécution des décisions constitutionnelles ne relève pas de l'application déductive de principes transitoires, mais de l'appréciation casuelle des conséquences de la décision »³²⁹⁶. Les pouvoirs de modulations que le juge tire de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution lui offrent plusieurs alternatives, dont les choix sont plus ou moins clairement justifiés par la conjoncture ou les contraintes factuelles inhérentes à la censure. Comme en contentieux *a priori*, celui-ci peut prononcer une abrogation immédiate ou différée, laquelle est par exemple déterminée en fonction « des conséquences manifestement excessives » qu'est susceptible d'avoir la déclaration d'inconstitutionnalité. La marge de manœuvre dont dispose le juge lui a permis, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, de fournir un ensemble d'illustrations sur la gradation qu'une décision peut avoir. Cette gradation est centrée sur les bénéfices que le justiciable peut tirer de la censure. Outre le principe général selon lequel la décision doit profiter à l'auteur de la question³²⁹⁷, les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité peuvent être aménagés, d'une part, dans le temps (passé, présent, futur) et (ou) être cantonnés, d'autre part, à certaines catégories de justiciables ou de situations juridiques ayant un lien plus ou moins direct avec le contentieux. Ces différentes options participent ainsi à la concrétisation du contrôle, car elle oblige le juge à une projection plus ou moins précise qu'une censure peut avoir, à la fois sur des situations individuelles et sur l'ordre juridique dans son ensemble. « Comment donc innover sans perdre le fil du temps, comment rompre et durer tout à la fois ? Précisément en rusant avec le temps »³²⁹⁸. Si une décennie de contentieux en procure une vision globale, les techniques employées par le juge constitutionnel témoignent encore d'une certaine complexité et manquent toujours de systématicité³²⁹⁹. Il s'agira ici de les présenter en deux temps. Premièrement, l'analyse sera centrée sur l'abrogation immédiate en tant que configuration de principe profitable au requérant (A). Secondement, la technicité de l'argument conséquentialiste sera révélée par les modulations inhérentes aux abrogations différées (B).

³²⁹⁶ DEUMIER (P.), « Les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 77.

³²⁹⁷ Cons. const., 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, cons. 5.

³²⁹⁸ OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 163.

³²⁹⁹ CARPENTIER (M.), « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

A. L'abrogation immédiate : une configuration de principe profitable au requérant

544. La question de l'effet utile interroge la logique d'intenter un procès pour le justiciable. En effet, dans la configuration la plus courante, lorsqu'un requérant déclenche la procédure afin d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition faisant grief dans le litige principal, celui-ci entend que l'issue de la décision lui soit appliquée, voire profitable. Ce principe a d'ailleurs été confirmé par le Conseil dans sa décision *Mme Chirstine D.* du 25 mai 2011³³⁰⁰. Le principe selon lequel l'action en justice doit être profitable à celui qui l'intente apparaît néanmoins plus fragile en raison de la nature objective du contentieux. Les conséquences d'une décision d'inconstitutionnalité ont un champ d'action relativement large et nécessitent toujours pour le juge de prendre en compte ses répercussions sur le droit objectif. La situation du requérant n'est pas exclusive, l'initiative est subjective ; les conséquences, quant à elle, sont objectives. En contestant une interprétation constitutionnelle, il est en effet susceptible de provoquer un certain nombre de bouleversements, touchant, par exemple, tous les sujets de droit se trouvant dans des situations similaires. La méthode conséquentialiste implique donc, pour le juge, de faire bénéficier de la décision d'inconstitutionnalité au requérant, mais aussi que celle-ci soit le plus profitable possible aux situations concernées par la disposition litigieuse, sans pour autant que la décision ait, par exemple, des « conséquences manifestement excessives ». Cet exercice de projection exige l'articulation entre d'une part, le principe selon lequel la décision doit profiter à l'auteur de la QPC (1) et, d'autre part, ses atténuations ; inévitablement liées au conséquentialisme et obligeant le juge à recourir à des aménagements visant à étendre de manière variable les effets de ladite décision (2).

1. Le principe : le bénéfice de la décision d'inconstitutionnalité au profit du requérant

545. Une habilitation large pour le juge. L'habilitation conférée au Conseil constitutionnel par l'article 62 alinéa 1 de la Constitution lui permet de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Au regard de la représentativité des intérêts du justiciable, la démarche

³³⁰⁰ Cons. const., 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D.* [Pension de réversion des enfants], cons. 5

du juge est décisive. Si la non-rétroactivité doit normalement être la norme, celle-ci peut aussi avoir un effet dissuasif concernant le recours à la QPC, ou bien pernicieux, en cas d'utilisation à des fins purement dilatoires. C'est alors en vertu des prescriptions énoncées à l'article 62 alinéa 2³³⁰¹ que le Conseil a proclamé que, selon un considérant de principe énoncé à la décision 2010-108 QPC³³⁰², la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier, par défaut, à l'auteur de la QPC³³⁰³. La privation d'effet utile est donc l'exception, lequel est aménagé par le juge en fonction des cas d'espèce³³⁰⁴. L'absence d'effet rétroactif de la censure de la norme demeure le principe, ce qui n'enlève pas la possibilité pour le Conseil, le cas échéant, de prononcer une annulation, autrement dit, sa disparition rétroactive³³⁰⁵.

546. Le critère des « conséquences manifestement excessives ». De plus, l'opportunité d'une abrogation immédiate est appréciée par le juge en fonction de la présence ou de l'absence de « conséquences manifestement excessives » que celle-ci peut générer, par le vide juridique qu'entraînerait l'abrogation de la disposition litigieuse³³⁰⁶. À ce propos, dans sa décision n° 2019-774 QPC, le Conseil affirme qu'« aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet des déclarations d'inconstitutionnalité »³³⁰⁷, démontrant, en ces mots, que l'abrogation

³³⁰¹ Art. 62 al. 2, Const. 1958 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ».

³³⁰² Cons. const., 2010-108 QPC, 25 mars 2011, Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants], cons. 5 : « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration ». Dans le même sens, Cons. const., n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale], cons. 8.

³³⁰³ Sur ce point, voir : MOUTON (S.), « L'effet utile et la subjectivisation du contrôle de constitutionnalité », *op. cit.*

³³⁰⁴ Voir, BOUDON (J.), « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, 2010, n° 40, p. 961.

³³⁰⁵ Voir, DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC – Le Conseil constitutionnel, “maître du temps” », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, p. 65.

³³⁰⁶ Par exemple, Cons. const., n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État], cons. 11. En l'espèce, l'abrogation immédiate aurait pour conséquence de supprimer le droit d'admission en qualité de pupille de l'État. Cette privation est ici le fondement du caractère excessif des conséquences de l'abrogation. En outre, cette « excessivité » peut aussi se caractériser par l'atteinte que l'abrogation de la norme inconstitutionnelle pourrait à son tour porter aux garanties constitutionnelles. Voir, par exemple : Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], cons. 30 ; Cons. const., n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, M. Samir M. et autres [Retenue douanière], cons. 9 ; Cons. const., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants], cons. 12 ; Cons. const., n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée], cons. 25-27.

³³⁰⁷ Cons. const., n° 2019-774 QPC, 12 avril 2019, Société Magenta Discount et autre [Contrôle des prix et des marges en Nouvelle-Calédonie], cons. 40.

immédiate demeure la situation normale et que l'abrogation différée doit, quant à elle, faire l'objet d'une motivation spécifique, notamment au regard de « conséquences manifestement excessives ». Autrement dit, la question est de savoir, pour le juge, si les effets de l'abrogation ne sont pas plus préjudiciables, en termes de conséquences, que la subsistance de l'application de la norme inconstitutionnelle³³⁰⁸. La présence de telles conséquences va ainsi déterminer la nécessité de différer l'abrogation. Enfin, l'effet utile d'une décision d'inconstitutionnalité ne bénéficie pas exclusivement à l'auteur de la QPC. Au regard de la nature du contentieux, encore une fois, son aménagement prend en considération plusieurs principes : l'efficacité contentieuse, « qui fait obstacle à ce que l'exercice réussi d'une voie de droit soit purement platonique »³³⁰⁹, la sécurité juridique, permettant la préservation de situations cristallisées, le respect de l'effet de l'autorité de chose jugée, l'interdiction de l'abus de droit, assurant qu'un justiciable ne profite pas indûment d'une décision d'inconstitutionnalité et le principe d'égalité devant la justice, induisant l'élargissement du bénéfice de l'effet utile aux autres instances ou situation en cours³³¹⁰. C'est notamment, selon ce dernier point, que le Conseil a progressivement élaboré différentes configurations quant aux conséquences à donner à ses décisions.

2. Les aménagements : l'extension variable des effets de la décision d'inconstitutionnalité

547. La modulation des effets relatifs aux affaires en cours concernées par la décision. « Contrairement à la présentation majoritaire, les effets des décisions de censure ne se limitent pas à deux situations, à savoir l'annulation, effet *ex tunc*, et l'abrogation, effet *ex nunc*, mais à trois, avec l'effet immédiat, *hic et nunc* celui-ci pouvant être à son tour sous-distingué selon qu'il est limité aux procès en cours ou qu'il s'étend à l'ensemble des situations nées avant

³³⁰⁸ Par ailleurs, dans de rares cas, le Conseil a pu combler ce risque de vide juridique par l'application de règles de droit commun (Cons. const., n° 2010-2 QPC), ou bien en usant de son pouvoir d'interprétation pour combler lui-même ce vide, en risquant au passage, de substituer sa volonté à celle du législateur (Cons. const., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*, cons. 5) ou de réécrire la loi. Sur ce dernier point, voir : Cons. const., n° 2012-241 QPC, 4 mai 2012, *EURL David Ramirez [Mandat et discipline des juges consulaires]*, cons. 35 ; Cons. const., n° 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, *M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées]*, cons. 9 ; QUINART (É.), « Quand le Conseil constitutionnel propose la loi », *AJDA*, 2014, n° 3, p. 142.

³³⁰⁹ CARPENTIER (M.), « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

³³¹⁰ Sur ce dernier point, MAMOUDY (O.), *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, *op. cit.*, p. 315.

la censure, mais dont les effets juridiques ne sont pas achevés au moment de cette censure »³³¹¹. Cette applicabilité immédiate a été étendue par le Conseil à tous les procès en cours, conférant à la décision d'inconstitutionnalité une « applicabilité immédiate contentieuse »³³¹². Cette faculté pour le juge constitutionnel, d'étendre plus ou moins le champ l'effet utile de ses décisions aux instances en cours, a d'ailleurs été reformulée par le Conseil d'État dans son arrêt *M'Rida* du 13 mai 2011³³¹³. Dans son communiqué du 15 avril 2011, le Conseil constitutionnel a lui aussi précisé que « l'effet abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité interdit que les juridictions appliquent la loi en cause non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité, mais également dans toutes les instances en cours à la date de la décision » et que cette règle, « d'ordre public pour le juge administratif ou judiciaire », s'appliquerait aussi au Conseil, sauf dans les cas où celui-ci le mentionnerait expressément³³¹⁴. La rétroactivité procédurale de la déclaration d'inconstitutionnalité, par son extension à l'ensemble des instances en cours concernées par l'application de la loi, a fait l'objet de plusieurs formulations. La première, dans la décision 2010-33 QPC, mentionne « les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles »³³¹⁵, pour ensuite employer « les instances non jugées définitivement »³³¹⁶ et, enfin, les « affaires non jugées définitivement »³³¹⁷.

548. Les difficultés relatives à la détermination des affaires concernées. Dès lors, l'aménagement du champ de l'effet utile s'oriente, par rapport à la décision, autour du passé,

³³¹¹ MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *op. cit.*, p. 761.

³³¹² *Ibid.*, p. 761. Cet aménagement a été prévu dès les premières décisions QPC. Voir, par exemple : Cons. const., n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *M^{me} Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, cons. 5 ; Cons. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, cons. 8 ; Cons. const., n° 2010-112 QPC, 1^{er} avril 2011, *M^{me} Marielle D. [Frais irrépétibles devant la Cour de cassation]*, cons. 8 ; Cons. const., n° 2011-128 QPC, 6 mai 2011, *Syndicat SUD AFP [Conseil d'administration de l'Agence France-Presse]*, cons. 6.

³³¹³ CE 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734 : « Considérant que, lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir que lui confèrent les dispositions précitées, soit de déterminer lui-même les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, soit de décider que le législateur aura à prévoir une application aux instances en cours des dispositions qu'il aura prises pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée, il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en cause en écartant, pour la solution de ce litige, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur ».

³³¹⁴ Disponible à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2011-les-effets-dans-le-temps-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-ii.95651.html>.

³³¹⁵ Cons. const., n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF [Cession gratuite de terrain]*, cons. 5.

³³¹⁶ Cons. const., n° 2011-174 QPC, 6 octobre 2011, *M^{me} Oriette P. [Hospitalisation d'office en cas de péril imminent]*, cons. 13.

³³¹⁷ Cons. const., n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012, *M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]*, cons. 7.

du présent, et du futur. L'opportunité de l'effet utile est appréciée au regard du critère de stabilité de l'ordonnancement juridique. C'est précisément ce qu'appelle le raisonnement conséquentialiste. Elle nécessite pour le juge d'évaluer concrètement, par exemple, le volume du contentieux concerné par la disposition contrôlée³³¹⁸. Ainsi, l'application de la décision d'inconstitutionnalité dans le présent se formalise par l'effet utile conféré « aux affaires non jugées définitivement ». Ces dernières ont été définies par le Conseil d'État comme « celles qui n'ont pas donné lieu à des décisions devenues irrévocables »³³¹⁹, ce qui permet à tout justiciable d'invoquer une décision d'inconstitutionnalité à tous les stades de la procédure, même en cassation. Il est aussi possible pour le juge, dans un souci de sécurité juridique, d'orienter ces effets pour l'avenir³³²⁰, ou de manière rétroactive, que l'inconstitutionnalité puisse remettre en cause des effets déjà réalisés³³²¹. Dans ce cas, le juge peut, là aussi, limiter l'effet utile de la décision à certaines instances en cours en précisant, notamment, une date dans le passé au-delà de laquelle il n'est plus possible de se prévaloir de l'inconstitutionnalité³³²². L'autre configuration concerne celle relative aux affaires nouvelles³³²³ ou, comme a pu le préciser le Conseil, les « affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement »³³²⁴. Ainsi, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans le futur. À ce propos, le Conseil d'État est venu

³³¹⁸ Le volume du contentieux concerné sert notamment au Conseil d'évaluer la présence de « conséquences manifestement excessives ». Si cette méthode reste difficile à percevoir en raison de la faible motivation dont elle fait preuve, cela a notamment pu être précisé dans le commentaire officiel de la décision (voir le commentaire de la décision Cons. const., n° 2014-375 QPC, 21 mars 2014, *M. Bertrand L. et autres [Régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime]*), ou dans la décision elle-même (Cons. const., n° 2014-396 QPC, 23 mai 2014, *France Hydro Électricité [Classement des cours d'eau au titre de la protection de l'eau et des milieux aquatiques]*, cons. 8-10).

³³¹⁹ CE, 28 novembre 2016, *Ministre des Finances et des Comptes publics c. Société Autogueloupe développement*, n° 390638.

³³²⁰ Comme le précise par exemple le Conseil dans sa décision n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère — Égalité entre les sexes]*, cons. 11 : « [...] la remise en cause des situations juridiques résultant de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles aurait des conséquences excessives si cette inconstitutionnalité pouvait être invoquée par tous les descendants des personnes qui ont perdu la nationalité en application de ces dispositions ».

³³²¹ Cette éventualité est prévue expressément dans la décision *Mme Marie-Christine D.* La question de la rétroactivité a notamment été mise en lumière en matière pénale en raison du principe de rétroactivité *in mitius*, qui présuppose que la disparition d'une incrimination ou d'une peine emporte des conséquences rétroactives sur tous les procès définitifs antérieurs. Voir, par exemple, Cons. const., n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres [Publication et affichage du jugement de condamnation]* ; Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011, *M. Claude N. [Définition des délits et crimes incestueux]*, cons. 6 ; Cons. const., n° 2011-222 QPC, 17 février 2012, *M. Bruno L. [Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses]*, cons. 6 ; Cons. const., n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013, *M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]*, cons. 21.

³³²² Voir, Cons. const., n° 2011-198 QPC, 25 novembre 2011, *M. Albin R. [Droits de plaidoirie]*, cons. 4 ; Cons. const., n° 2019-798 QPC, 26 juillet 2019, *M. Windy B. [Compétence de l'agence française de lutte contre le dopage pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard des personnes non licenciées]*, cons. 14-15.

³³²³ Sur ce point, voir : BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 269.

³³²⁴ Par exemple, Cons. const., n° 2013-360 QPC, 9 janvier 2014, *Mme Jalila K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère — Égalité entre les sexes]*, cons. 12 ; Cons. const., n° 2014-374 QPC, 4 avril 2014, *Société Sephora [Recours suspensif contre les dérogations préfectorales au repos dominical]*, cons. 8.

préciser les modalités d'application de l'effet utile des décisions du Conseil constitutionnel dans un avis du 6 février 2019³³²⁵. Si, en l'espèce, celui-ci concerne les QPC en matière fiscale, il dénote un nouvel assouplissement dans l'invocabilité des décisions d'inconstitutionnalité devant les juges du fond. La diversité des formulations utilisées par le juge constitutionnel ne contribue pas à clarifier les subtilités relatives à l'aménagement de l'effet utile. Dans le présent avis, la Cour suprême de l'ordre juridictionnel administratif est venue préciser la distinction entre les « affaires non jugées définitivement » et les « instances en cours ». La première formulation est, en effet, plus large que la seconde, car, outre les instances déjà introduites à la date de la décision, elle prend en compte les « litiges potentiels »³³²⁶, incarnés dans des situations juridiques déjà constituées, sans extinction de délai de prescription ou de forclusion. L'effet profitable pour le requérant, et les justiciables se trouvant dans des situations similaires, est parfois d'une grande ampleur, autant sur le nombre d'affaires touchées, que sur les conséquences financières d'une décision³³²⁷. Par suite, le présent avis vient préciser qu'un contribuable n'ayant pas contesté son imposition avant la date de la publication de la décision peut quand même se prévaloir des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité³³²⁸.

549. Si dans de rares cas, le Conseil constitutionnel ne prend pas toujours la peine de préciser les effets de ses décisions³³²⁹, celui-ci en a progressivement étendu le champ de l'effet utile. Les abrogations immédiates sont d'ailleurs dotées d'effet utile à hauteur d'environ 90 %³³³⁰. L'approche conséquentialiste, et la pluralité des situations que le juge a à connaître, ne

³³²⁵ CE avis, 6 février 2019, n° 425509, concl. K. CIAVALDINI.

³³²⁶ *Ibid.*

³³²⁷ Dans sa décision n° 2017-629 QPC (Cons. const., n° 2017-629 QPC, 19 mai 2017, *Société FB Finance [Taux effectif de la CVAE pour les sociétés membres de groupes fiscalement intégrés]*, cons. 13), par exemple, concernant la matière fiscale, en proclamant l'applicabilité de la déclaration d'inconstitutionnalité à « toutes les affaires non jugées définitivement », le juge avait déjà permis « à des milliers de sociétés de former des requêtes en vue d'obtenir la restitution des taxes dont elles s'étaient acquittées. Autrement dit, le juge constitutionnel a rendu possible le remboursement de taxes versées durant plusieurs années par des entreprises à l'État, avec cette solution débouchant sur une « décision à plusieurs centaines de millions d'euros ». ROULHAC (C.), « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale », *Revue de droit fiscal*, 2017, n° 51-52, p. 12.

³³²⁸ « En d'autres termes, une déclaration d'inconstitutionnalité est non seulement applicable aux affaires en cours devant l'administration fiscale et le juge à la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel au Journal officiel, mais également à l'ensemble des réclamations et recours introduits postérieurement à cette date qui contestent une imposition fondée sur la disposition législative inconstitutionnelle et établie antérieurement à la publication de la décision QPC ». BENZINA (S.), « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2019, n° 21, p. 1228.

³³²⁹ Celui-ci se contente d'énoncer, par exemple, que la décision d'inconstitutionnalité « prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ». Cons. const., n° 2017-690 QPC, 8 février 2018, M. Abdelkader K. [*Condition de nationalité française pour le bénéfice du droit à pension en cas de dommage physique du fait d'attentat ou de tout autre acte de violence en relation avec les événements de la guerre d'Algérie*], cons. 10.

³³³⁰ CARPENTIER (M.), « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

facilitent pas la cohérence de ses raisonnements. Toujours est-il qu'elle illustre une fois de plus l'ambiguïté du contrôle, lequel force le juge à prendre en compte des éléments concrets, mais assimilant toujours la situation particulière du requérant aux autres instances, c'est-à-dire dans une implication plus objective³³³¹. La difficulté de cette tâche est d'autant plus visible dans le cas des abrogations différées.

B. La technicité de l'argument conséquentialiste : les modulations inhérentes aux abrogations différées

550. L'article 62 alinéa 2 habilite le juge constitutionnel à moduler dans le temps l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité et à délimiter l'effet utile des décisions, au motif des « conséquences manifestement excessives » que la censure serait susceptible d'avoir³³³². La technicité d'un tel procédé est ici différente que dans le cas d'une abrogation immédiate, car elle postule que la décision d'inconstitutionnalité soit, par principe, privée d'effet utile. Dans ce cas de figure, la poursuite des effets produits par la loi censurée jusqu'à l'intervention du législateur donne un effet platonique à la QPC pour son auteur. Or, il est de certaines situations où le Conseil aménage un effet utile de la décision dans le temps, pour combler un « vide » ou éviter des « conséquences manifestement excessives », tout en laissant le temps nécessaire au législateur pour réécrire la loi³³³³. Dès le début, la technique utilisée est celle de l'injonction pour les juges du fond de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur la nouvelle loi³³³⁴. Le Conseil a ensuite développé un ensemble de modalités permettant de maîtriser les conséquences à donner à la décision, de manière plus ou moins complexe et cohérente. Cette complexité réside, d'un côté, dans l'évaluation de ces « conséquences manifestement excessives » (1), en ce qu'il

³³³¹ DEUMIER (P.), « Les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 68.

³³³² Comme le démontre par exemple le Conseil, dans sa décision n° 2018-739 QPC, « *l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait pour effet de priver de fondement la sanction de la délivrance irrégulière de documents permettant à un tiers d'obtenir indûment un avantage fiscal, même dans le cas où le caractère intentionnel du manquement sanctionné serait établi. Elle entraînerait ainsi des conséquences manifestement excessives. Par suite, il y a lieu de reporter au 1^{er} janvier 2019 la date de l'abrogation des dispositions contestées* ». Cons. const., n° 2018-739 QPC, 12 octobre 2018, *Société Dom Com Invest [Sanction de la délivrance irrégulière de documents permettant à un tiers d'obtenir un avantage fiscal]*, cons. 10.

³³³³ En pratique, ce délai est quasi-systématiquement respecté et peut être plus ou moins long. Tout dépend de l'évaluation proposée par le Conseil qui mesure, de la manière la plus pragmatique possible, le temps nécessaire. À titre d'exemple, dans la décision n° 2011-147 QPC, il a laissé un délai de 18 mois pour prendre en compte des échéances électorales. (Cons. const., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, *M. Tarek J. [Composition du tribunal pour enfants]*, cons. 12). Il arrive aussi, parfois, que le législateur ne respecte pas ce délai. Voir, notamment : Cons. const., 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, *Patelise F. [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé]*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, *Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole]*, cons. 9.

³³³⁴ Cons. const., 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, cons. 12.

est originairement un juge des normes et non des faits. D'un autre côté, la modulation des effets dans le temps des décisions oblige le juge à maîtriser les « vides » juridiques suscités par la censure, qui, pour ce faire, l'ont amené à aménager des réserves transitoires en attendant l'intervention du législateur (2).

1. L'évaluation des « conséquences manifestement excessives »

551. Une méthode plus concrète d'analyse des conséquences des décisions. La technique n'est pas nouvelle et trouve des années auparavant son initiation dans la jurisprudence du Conseil d'État avec l'arrêt *Association AC*.³³³⁵ Pour le Conseil constitutionnel, « différer la date de l'abrogation de l'article inconstitutionnel provoque nécessairement un conflit temporel puisque le temps de vie de cet article “mort” va continuer au-delà de sa mort constitutionnelle »³³³⁶. La démarche n'est par ailleurs pas exclusive au contentieux QPC puisque, dès la révision constitutionnelle de 2008, celui-ci a appliqué le raisonnement au contentieux DC³³³⁷. Le contentieux *a posteriori* a néanmoins été l'occasion, presque obligée pour le juge, de développer un « réflexe conséquentialiste »³³³⁸ et, conséquemment, concrétiser son contrôle en anticipant et en calculant les effets de ses décisions sur les situations juridiques passées, présentes et futures. L'effet différé est par principe mis en place « afin de permettre au législateur de tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité »³³³⁹. L'évaluation du Conseil s'opère sur les conséquences juridiques des décisions et, pour ce faire, donne au Conseil une grande marge de liberté d'aménagement.

552. Les alternatives relatives aux modulations temporelles des effets. L'évaluation de l'opportunité de différer les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité peut être justifiée par l'atteinte à un principe ou un objectif constitutionnel (et) ou la présence de « conséquences

³³³⁵ La Haute juridiction administrative déclare qu'au regard du cas d'espèce, « une annulation rétroactive de l'ensemble des dispositions des arrêtés attaqués relatifs à cette convention aurait, dans les circonstances de l'affaire, des conséquences manifestement excessives ». En reportant les effets de son annulation, elle a ainsi pris soin de réserver les « des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris » sur le fondement de la disposition annulée. Voir, CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886. Nous noterons que la Cour de cassation utilise également cette technique. Voir, Cass. 2e civ., 8 juillet 2004, n° 01-10.426 ; Cass. Ass. plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493.

³³³⁶ ROUSSEAU (D.), « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 54, p. 10.

³³³⁷ Voir, par exemple : Cons. const., n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 58.

³³³⁸ SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 141.

³³³⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, *Époux L. [Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole]*, cons. 9.

manifestement excessives ». Concernant, premièrement, les conséquences futures, il peut procéder, notamment, à une sélection des situations touchées par la déclaration d'inconstitutionnalité. Dans le domaine contractuel, par exemple, l'abrogation de dispositions législatives sous fondement desquelles des relations contractuelles se sont formées l'a conduit à préserver les contrats déjà passés au moment de la décision, de sorte que les « contrats pris avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité »³³⁴⁰. La délimitation de l'effet utile peut s'effectuer, également, en fonction des justiciables susceptibles d'être touchés par l'inconstitutionnalité. Ainsi a-t-il pu décider de la suspension de délais de prescriptions afin de permettre à ces derniers de ne pas être privés de leur droit au recours jusqu'à l'intervention du législateur³³⁴¹. Deuxièmement, l'abrogation différée n'empêche également pas le Conseil de permettre aux justiciables ayant des procès en cours, et à l'auteur de la QPC, de bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité à la date de la décision³³⁴². Troisièmement, le juge peut atteindre par sa décision des faits ou des actes passés, rendant l'abrogation rétroactive ou, autrement dit, en réécrivant « un événement passé à la lueur d'un droit qu'il aura lui-même façonné »³³⁴³. Il s'agit notamment du cas où le Conseil va enjoindre le législateur de prévoir une nouvelle loi, laquelle comprenant des dispositions rétroactives applicables aux instances en cours et dont l'issue est dépendante de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles à la date de la décision³³⁴⁴. Il se matérialise une forme de « rétroactivité

³³⁴⁰ Cons. const., 2011-205 QPC, 9 décembre 2011, *Patelise F. [Nouvelle-Calédonie : rupture du contrat de travail d'un salarié protégé]*, cons. 9.

³³⁴¹ Cons. const., n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité]*, cons. 9. À ce propos, comme l'énonce le professeur CARPENTIER, l'abrogation différée peut aussi être profitable au justiciable. « *De fait, le report de l'abrogation n'est pas nécessairement défavorable aux intérêts de l'auteur de la QPC et des autres justiciables engagés dans des instances analogues. Bien au contraire, il est des situations dans lesquelles le requérant peut avoir, au vu de ses intérêts subjectifs, davantage intérêt à souhaiter que l'abrogation soit différée : c'est typiquement le cas lorsque le requérant réclame pour lui-même l'octroi d'un traitement favorable inconstitutionnellement réservé par la loi à un autre que lui.* » CARPENTIER (M.), « Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.) (dir.), *Projet « QPC 2020 ». L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, op. cit.

³³⁴² Voir, par exemple : Cons. const., n° 2012-286 QPC, 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire]*, cons. 8 ; Cons. const., n° 2013-352 QPC, 15 novembre 2013, *Société Mara Télécom et autre [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en Polynésie française]*, cons. 12 ; Cons. const., n° 2013-368 QPC, 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sibrau hôtel [Saisine d'office du tribunal pour l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire]*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, cons. 17-20.

³³⁴³ ROUSSEAU (D.), « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », op. cit., p. 10.

³³⁴⁴ Par exemple, Cons. const., n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *M. Claude G. [Rente viagère d'invalidité]*, cons. 7 ; Cons. const., n° 2011-190 QPC, 21 octobre 2011, *M. Bruno L. et autre [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales]*, cons. 12.

différée avec suspensions des instances en cours »³³⁴⁵. Enfin, deux autres remarques peuvent être soulignées. La première est que les « conséquences » motivant la modulation de l'effet utile peuvent être juridiques, mais aussi économiques, renforçant d'autant plus, dans ce cas, le caractère concret du contrôle³³⁴⁶. La seconde est que, dans certaines décisions, en revanche, la caractérisation des « conséquences manifestement excessives » est absente de la motivation³³⁴⁷, laissant parfois une certaine incertitude quant aux effets précis de la décision pour les justiciables.

2. La maîtrise du « vide » juridique : l'aménagement des réserves transitoires

553. L'impératif de cohérence de l'ordre juridique. L'appréciation des « conséquences manifestement excessives » de l'abrogation différée de la loi demande enfin au juge constitutionnel d'aménager et de combler le vide juridique laissé par celle-ci, en attendant l'intervention du législateur. L'objectif est, autrement dit, de minimiser les troubles causés par la décision sur l'ordonnancement juridique. Pour surmonter cette difficulté supplémentaire, il recourt à une extension de la technique des réserves d'interprétation³³⁴⁸, appelées « réserves transitoires »³³⁴⁹, inaugurées dans la décision n° 2014-400 QPC du 6 juin 2014³³⁵⁰. Il s'agit, en effet, pour le juge, de fixer l'interprétation du droit applicable pendant le délai donné au législateur pour réécrire la loi, afin que la décision d'inconstitutionnalité cause le moins de troubles possible sur le droit applicable et les situations juridiques en cours³³⁵¹. Elles visent

³³⁴⁵ CARTIER (É.), « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », in CARTIER (É.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, op. cit., p. 175.

³³⁴⁶ Par exemple, Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur]*, cons. 5 ; Cons. const., n° 2010-24 QPC, 6 août 2010, *Association nationale des sociétés d'exercice libéral et autres [Cotisations sociales des sociétés d'exercice libéral]*, cons. 8 ; Cons. const., n° 2013-366 QPC, 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]*, cons. 6. Sur cette question, nous renvoyons aux réflexions proposées in SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 93-96.

³³⁴⁷ Voir notamment, Cons. const., n° 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre [Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité]*, cons. 34 ; Cons. const., n° 2014-400 QPC, 6 juin 2014, *Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés]*, cons. 10.

³³⁴⁸ Voir, en ce sens : VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, n° 92, 318 p.

³³⁴⁹ CHARITE (M.), « Réserves d'interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC », *AJDA*, 2015, n° 25, p. 1622.

³³⁵⁰ Cons. const., n° 2014-400 QPC, *précitée*, cons. 11 ; Cons. const., n° 2014-404 QPC, 20 juin 2014, *Époux M. [Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice]*, cons. 14.

³³⁵¹ Dans sa décision du 20 mars 2015, le Conseil a censuré des dispositions du Code de la santé relatives à la formation disciplinaire devant le Conseil national de l'ordre des pharmaciens. Tout en reportant l'abrogation au 31 décembre 2015, afin d'éviter jusqu'à cette date le maintien de l'inconstitutionnalité, le juge à lui-même arrangé

donc, en principe, à garantir l'effet utile d'une décision d'inconstitutionnalité. En effet, ces dernières obéissent à deux justifications principales : soit, elles permettent au juge, le plus souvent, de faire « disparaître l'inconstitutionnalité constatée »³³⁵² soit, elles servent à « préserver l'effet utile de la présente décision »³³⁵³. Ici encore, l'effet utile profite, en principe³³⁵⁴, à l'auteur de la QPC, même si, exceptionnellement, certaines décisions en ont été privées³³⁵⁵. La technique est, autrement dit, principalement mobilisée dans une démarche objective de préservation de la cohérence de l'ordre juridique. À titre exceptionnel, par ailleurs, le Conseil s'octroie la possibilité de formuler une réserve transitoire accompagnant une déclaration de conformité³³⁵⁶.

554. Des critiques renouvelées quant aux méthodes et aux pouvoirs du Conseil constitutionnel. Deux critiques principales peuvent ici être formulées. La première, d'ordre technique, postule l'imprévisibilité du recours à ce type de réserves en l'absence de critère expressément formulé par le juge³³⁵⁷. Dans la même logique, la motivation du Conseil peut être ambiguë, voire muette, quant au recours à l'abrogation différée et aux réserves transitoires, lequel se contente parfois d'énoncer simplement que les dispositions contrôlées « doivent être

la composition en prescrivant que « les représentants de l'État ne siègeront plus au Conseil national de l'ordre des pharmaciens ». Cons. const., n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D. [Composition du Conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire]*, cons. 9.

³³⁵² Cons. const., n° 2014-400 QPC, *précitée*, cons. 10.

³³⁵³ Cons. const., n° 2014-404 QPC, *précitée*, cons. 14.

³³⁵⁴ Par exemple, Cons. const., n° 2016-588 QPC, 21 octobre 2016, *Communauté de communes des sources du lac d'Annecy et autre [Choix de l'EPCI à fiscalité propre de rattachement pour les communes nouvelles]*, cons. 13 ; Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018, *M. Axel N. [Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives]*, cons. 13 ; Cons. const., n° 2019-773 QPC, 5 avril 2019, *Société Uber B.V. et autre [Frais irrépétibles devant les juridictions pénales II]*, cons. 11.

³³⁵⁵ Dans la décision n° 2017-694 QPC, par exemple, le Conseil a interprété les dispositions de l'article 365-1 du Code de procédure pénale comme imposant à la Cour d'assises de préciser, dans la feuille de motivation, les éléments principaux ayant convaincus sur le choix de la peine. En affirmant que « les arrêts de cour d'assises rendus en dernier ressort avant la publication de la présente décision et ceux rendus à l'issue d'un procès ouvert avant la même date ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité ». Il prive dès lors l'auteur de la QPC de l'effet utile de la décision. Cons. const., n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]*, cons. 14. Dans le même sens, dans la décision n° 2018-763 QPC, le Conseil a émis une réserve énonçant que « les avis défavorables pris sur le fondement des dispositions litigieuses par les magistrats judiciaires après la date de cette publication peuvent être contestés devant le présent de la chambre de l'instruction dans les conditions prévues par la deuxième phrase du quatrième alinéa de l'article 145-4 du code de procédure pénale ». Le régime juridique instauré n'est alors applicable qu'aux personnes ayant reçu un avis défavorable après la date de la décision, ce qui n'était pas le cas du requérant en l'espèce. Voir, Cons. const., n° 2018-763 QPC, 8 février 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Rapprochement familial des détenus prévenus attendant leur comparution devant la juridiction de jugement]*, cons. 11.

³³⁵⁶ Cons. const., n° 2015-473 QPC, 26 juin 2015, *Époux P. [Imposition des dividendes au barème de l'impôt sur le revenu — Conditions d'application de l'abattement forfaitaire]*, cons. 6 ; Cons. const., n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gabor R. [Effets de la représentation mutuelle des personnes soumises à imposition commune postérieurement à leur séparation]*, cons. 15-16.

³³⁵⁷ Sur ce point, voir : JACQUINOT (N.), « Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2018, n° 35, p. 2010.

interprétées » dans un certain sens³³⁵⁸. La confirmation *expressis verbis* de l'utilisation de réserves transitoires est alors relayée aux commentaires officiels des décisions³³⁵⁹. D'ailleurs, l'opportunité de prononcer de telles réserves n'est pas non plus précisée dès lors que, depuis la QPC n° 2010-1³³⁶⁰, le Conseil peut enjoindre les juges du fond de surseoir à statuer afin de conserver l'effet utile de la décision rendue. Elles permettent, en revanche, d'éviter le risque, certes rare en pratique, que les juges du fond ou les autorités administratives appliquent des dispositions jugées inconstitutionnelles, même en connaissance de cause³³⁶¹. Cette éventualité amène à la seconde critique, d'ordre plus théorique, s'orientant autour d'une réflexion bien connue sur l'étendue du pouvoir du juge. L'opportunité de l'effet utile n'enlève pas les questionnements relatifs à une appropriation par le Conseil des pouvoirs du législateur³³⁶². En effet, le procédé de la réserve écarte toute ambiguïté quant à la manière dont les dispositions inconstitutionnelles doivent être appréhendées. Néanmoins, si le Conseil rappelle régulièrement qu'il ne peut substituer son pouvoir d'appréciation à celui du législateur³³⁶³, les réserves transitoires peuvent justement être perçues comme l'appropriation, même provisoire, d'un pouvoir législatif. Selon le professeur ROUSSEAU, par exemple, le juge « il n'interprète pas la loi dans un sens conforme à la Constitution, comme il le fait avec ses réserves "classiques" ; il invente un régime juridique dans l'attente des dispositions qu'adoptera le législateur »³³⁶⁴. Ce constat montre, en quelque sorte, que l'approche conséquentialiste a elle-même ses conséquences, car elle invite, une fois de plus, « l'élévation du juge en gardien de la qualité de

³³⁵⁸ Cons. const., n° 2017-694 QPC, *précitée*, cons. 13.

³³⁵⁹ Par exemple, Cons. const., n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *Association En marche ! [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives]* ; Cons. const., n° 2018-715 QPC, 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Correspondance écrite des personnes en détention provisoire]* ; Cons. const., n° 2018-717/718 QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*.

³³⁶⁰ Cons. const., n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, cons. 12.

³³⁶¹ Par exemple, dans un arrêt du 15 mars 2016 la Cour de cassation a cassé une décision de la Cour d'appel qui n'avait pas appliqué les dispositions inconstitutionnelles pendant la période transitoire. Cass. Soc., 15 mars 2016, n° 14-16.242. Sur ce point, voir : GAHDOUN (P.-Y.), « Quand la QPC permet à la Cour de cassation de ressusciter les morts », *Recueil Dalloz*, 2016, n° 15, p. 864.

³³⁶² Par exemple, BEZZINA (A.-Ch.), « Le Conseil constitutionnel, quasi-législateur fiscal ? À propos de la décision n° 2014-404 QPC du 20 juin 2014, *Époux M.* », *RFFP*, 2015, n° 129, pp. 185-210 ; JAN (P.), « Note sous Cons. const. 31 mai 2017, n° 2017-651 QPC », *JCP G*, 2017, n° 28, p. 802 ; BENIGNI (M.), CARTIER (E.), « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2016, pp. 236-252 ; DAYDIE (L.), « La détermination des effets des décisions QPC : illustration d'un usage perfectible de la Constitution », *RFDC*, 2018, n° 113, pp. 33-52.

³³⁶³ Voir notamment, Cons. const., n° 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, cons. 7 ; Cons. const., n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015, *Association Communauté rwandaise de France [Associations pouvant exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité]*, cons. 9.

³³⁶⁴ ROUSSEAU (D.), « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *op. cit.*, p. 13.

la loi »³³⁶⁵, au risque de s'apparenter à une « intromission dans le champ de compétence du législateur »³³⁶⁶. Mais, pourrait-il en aller autrement ? « La puissance parlementaire est alors essentiellement celle du contenu de la norme, les considérations d'insertion de cette norme dans l'ensemble normatif étant maîtrisées par le juge »³³⁶⁷. Si le Conseil n'a pas utilisé cette technique durant les quatre premières années de contentieux QPC, la question reste de savoir si celui-ci pourrait vraiment s'en passer si l'effet concret de sa décision exigeait un aménagement spécifique, afin d'éviter au maximum les troubles excessifs générés par la censure de la norme, tout en essayant, au maximum, de préserver son effet utile. Comme le remarque la professeure JACQUINOT, la question demeure délicate à trancher au regard des enjeux présents, car « au-delà du débat théorique sur le nouveau pouvoir que s'est arrogé le Conseil constitutionnel, l'intérêt qu'il présente pour les justiciables est cependant, rappelons-le, indéniable et il convient aussi de souligner qu'en agissant ainsi le Conseil constitutionnel ne fait pas pour autant figure d'exception »³³⁶⁸.

555. « La gestion des effets dans le temps des décisions QPC rejoint alors la préoccupation plus générale des conflits de lois dans le temps, celle de la recherche d'un équilibre entre sécurité et progrès, ce dernier étant constitué ici par la disparition de la norme inconstitutionnelle »³³⁶⁹. Au regard des précédents développements, il est aisé de constater que, si l'effet utile a été globalement bénéfique au contentieux constitutionnel sur le plan de la représentativité des intérêts pour les justiciables, il est toujours dépendant de techniques juridictionnelles évolutives, le rendant encore perfectible.

³³⁶⁵ SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 289.

³³⁶⁶ DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC – Le Conseil constitutionnel, “maître du temps” », *op. cit.*, p. 75.

³³⁶⁷ DORD (O.), « La QPC et le Parlement », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, p. 23.

³³⁶⁸ JACQUINOT (N.), « Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 2013.

³³⁶⁹ DEUMIER (P.), « Les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 65.

§ 2. Une concrétisation imparfaite : un contrôle demeurant abstrait

556. Pour l’auteur de la question, l’effet utile n’est ni automatique ni systématique. Il est en effet difficile d’arracher au contentieux QPC sa nature hybride. Si l’effet utile est l’exemple le plus significatif de sa concrétisation, il est aussi le témoignage de certaines résistances, car l’objet principal du contrôle n’est pas d’établir comment une disposition législative est susceptible de s’appliquer à la situation juridique du requérant. Plusieurs niveaux d’intérêts se confrontent : celui du requérant, celui des justiciables et celui de l’ordre juridique. L’effet *erga omnes* des décisions oblige le juge à une pondération délicate, voire confuse, entre l’intérêt objectif de l’ordre juridique et l’intérêt subjectif du justiciable. Face à ce constat, « on comprend sans grande difficulté que la raison d’être de la modulation réside dans l’équilibre général entre, d’une part, l’exigence du respect de la régularité dans l’ordre juridique (qui empêche de se prévaloir des effets produits par une norme irrégulière) et, d’autre part, la sécurité des relations juridiques (qui incite à préserver les effets de la norme du seul fait qu’ils se sont produits ou intégrés comme devant l’être) »³³⁷⁰. Les « conséquences manifestement excessives » d’une décision d’inconstitutionnalité peuvent justifier, par exemple, une absorption des intérêts subjectifs dans l’intérêt objectif, aboutissant à ce que les intérêts revendiqués par le requérant soient « non subjectivés » ou « indifféremment partagés par une pluralité de sujets »³³⁷¹. Face à ces incertitudes, les récents travaux proposés, notamment par le *Projet QPC 2020*³³⁷², permettent d’avoir une vision synthétique et plus intelligible de l’évolution l’utilisation de l’effet utile après dix ans de contentieux. S’il y est relevé un manque de cohérence dans la jurisprudence, ne permettant pas d’aboutir à des conclusions précises, il y apparaît néanmoins certaines tendances. De manière générale, il apparaît qu’un peu plus de la moitié des décisions de non-conformité rendues sont pourvues d’effet utile³³⁷³. Il est également aisé de remarquer que l’effet

³³⁷⁰ DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC – Le Conseil constitutionnel, “maître du temps” », *op. cit.*, p. 66.

³³⁷¹ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 42.

³³⁷² CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *Projet « QPC 2020 ». L’effet utile des décisions QPC Conseil constitutionnel : un bilan critique*, *op. cit.*

³³⁷³ Les statistiques ici présentées sont calculées en prenant en compte les décisions de non-conformité en QPC, prononcées jusqu’au 1^{er} septembre 2019. Catégorisés selon les groupes de droits et libertés les plus mobilisés en contentieux, ces quelques chiffres permettent d’avoir un premier aperçu. Concernant les libertés personnelles (comprenant ici la liberté d’aller et de venir et le droit au respect de la vie privée) sur 26 décisions, 14 ont bénéficié d’effet utile, soit 53,8 % (voir, BIOY (X.), GLINEL (M.), « L’effet utile des décisions relatives à la liberté personnelle », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *L’effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, *op. cit.* Concernant les droit et libertés relatifs à l’article 16 de la DDHC de 1789 (principe du contradictoire, sécurité juridique, séparation des pouvoirs, principes d’indépendance et d’impartialité, droit à un recours juridictionnel effectif, droits de la défense et équilibre des droits entre les parties), 37 décisions sur 68 ont un effet utile, soit 54,4 % (voir, MESTARI (Z.), MARGUIN (J.), POIZAT (E.), « L’effet utile des décisions

utile est plus systématiquement octroyé aux décisions ayant fait l'objet d'une abrogation immédiate ; les abrogations différées, quant à elles, témoignent de scores plus aléatoires³³⁷⁴. L'évolution jurisprudentielle montre, enfin, différents degrés dans l'aménagement de l'effet utile, mettant en avant une priorisation des intérêts et une hiérarchisation des conséquences à donner à la décision en fonction des droits et libertés en cause dans chaque cas d'espèce³³⁷⁵. Autrement dit, « plus le Conseil est enclin à protéger l'effet utile de sa décision, plus le droit ou la liberté auquel la disposition censurée porte atteinte revêt une importance à ces yeux »³³⁷⁶. Cet ensemble de paramètres permet de constater que l'objectivité du contentieux est un élément constant et inhérent au contentieux, la subjectivité, quant à elle, est variable en fonction des cas traités par le juge. Cette expertise est ainsi un outil opportun pour mettre en avant, d'un côté, les privations et les détournements d'un effet utile, devenant parfois « inutile » (A) et, d'un autre côté, d'analyser un certain nombre de propositions destinées à mettre en lumière les possibilités de perfectionnement à disposition du Conseil constitutionnel (B).

d'inconstitutionnalité prononcées sur le fondement de l'article 16 DDHC », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, op. cit. Concernant le principe d'égalité, 46 décisions sur 58 ont un effet utile, soit 79,3 % (LICHARDOS (G.), EUDE (M.), « L'effet utile des décisions relatives au principe d'égalité », in MOUTON (S.), CARPENTIER (M.) (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, op. cit. En matière pénale (incluant le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines ainsi que les libertés individuelles), on compte 17 décisions sur 24, soit 70,8 % (voir, GLINEL (M.), CROZES (A.), « L'effet utile des décisions relatives aux droits et libertés en matière pénale », in MOUTON (S.), CARPENTIER (M.) (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique* op. cit. Parmi les libertés économiques, en prenant pour exemple la liberté d'entreprendre, l'effet utile a été accordé à 6 décisions sur 11, soit 54,5 % (voir, BERTRAND (Th.), « L'effet utile des décisions relatives aux libertés économiques : l'exemple de la liberté d'entreprendre », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, op. cit. Le dernier exemple, concernant la matière fiscale, est quant à lui un peu à part selon ces critères. Sur le plan quantitatif, le contentieux fiscal représente 16,6 % de l'ensemble des décisions prises par le Conseil. Sur le plan qualitatif, celui-ci mêle nombreux droits et libertés, de sorte que, en moyenne, ce sont les articles 2, 8, 13 et 16 de la DDHC qui sont le plus invoqués. Dès lors, sur 121 décisions, seulement 33 ont disposé d'un effet utile, soit environ 27,3 % (voir, PUISSANT (J.), « L'effet utile et l'effectivité des décisions en matière fiscale », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, op. cit.

³³⁷⁴ Les chiffres présentés ici suivent l'ordre des groupes de droits et libertés présentés dans la note précédente, en prenant en compte les décisions disposant d'effet utile. Concernant la liberté personnelle, 100 % des abrogations immédiates sont pourvues d'effet utile (soit 15 décisions sur 15), contre 22 % pour les abrogations différées (soit 2 décisions sur 9). Concernant les droits et libertés relatifs à l'article 16 DDHC, environ 77 % des abrogations immédiates disposent d'un effet utile (soit 30 décisions sur 39), contre 24,1 % pour les abrogations différées (soit 7 décisions sur 29). Pour le principe d'égalité, l'effet utile se constate dans 71 % des abrogations immédiates, contre 29 % des abrogations différées. En matière fiscale, 75,7 % des abrogations immédiates ont un effet utile (soit 25 décisions sur 33), alors que seulement 24 % des décisions d'abrogations différées en disposent (soit 8 décisions sur 33).

³³⁷⁵ Voir, par exemple, MAMOUDY (O.), « L'effet inutile des décisions QPC dans le cadre de la dernière application de l'État d'urgence (2015-2017) », in CARPENTIER (M.), MOUTON (S.) (dir.), *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique*, op. cit. ; MATHONNET (P.), « La QPC en matière pénale dispose-t-elle encore d'un effet utile ? », *AJ pénal*, 2018, n° 9, pp. 394-396 ; ROULHAC (C.), « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale », op. cit., p. 12.

³³⁷⁶ CARPENTIER (M.), « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », op. cit.

A. Des effets « inutiles »³³⁷⁷ : privations et détournements

557. Un certain nombre de décisions mettent en avant les limites de l'effet utile, et particulièrement le principe du bénéfice pour le requérant de la décision. Le bénéfice de l'effet utile peut lui être restreint, voire supprimé. Ces éventualités montrent, encore une fois, les limites à la concrétisation du contrôle. La méthode conséquentialiste adoptée par le juge l'amène parfois à une opération de sélection dans les limites des conséquences objectives que la décision peut avoir sur l'ordonnancement juridique. Cette imprévisibilité est l'un des points faibles les plus notables de ce contentieux, de sorte qu'un justiciable peut ne tirer aucun avantage d'une décision d'inconstitutionnalité qu'il a lui-même suscitée et qui est née précisément d'un grief qui l'a lésé. Pour généraliser, dans ce cas de figure, la justiciabilité des droits et libertés constitutionnellement garantis manque sans conteste son objectif affiché d'une appropriation, ou d'une réappropriation, de la Constitution. Si elle n'affecte alors pas son litige personnel, son action a œuvré pour la restauration de la conformité de la loi à la Constitution pour l'ordre juridique. Elle est alors réduite, comme vu précédemment, à une forme de « ministère public »³³⁷⁸. Il se retrouve ici une situation assez courante de politique jurisprudentielle, dont la légitimité demeure difficile à formaliser (du moins juridiquement). Il s'agit notamment pour le juge de formuler, par exemple, « un principe “novateur” dont il sait bien qu'il est sans incidence sur le cas qui lui est soumis actuellement : ainsi parvient-il à faire progresser le droit sans tromper pour autant la confiance des justiciables »³³⁷⁹. Il s'agit là, en outre, de l'illustration la plus évidente de la présence de « zones grises » dans la participation des justiciables à la correction du droit, lesquels doivent, le plus souvent sans le vouloir, se plier à présenter une requête pour le « bien de tous ». Ces atténuations, issues de la pratique du contentieux, permettent de mettre en avant deux limites principales. Elles témoignent, d'une part, d'une marginalisation de la situation du requérant (1) et, d'autre part, d'incertitudes quant aux conséquences de la décision d'inconstitutionnalité sur le procès principal (2).

³³⁷⁷ Nous empruntons la formule à la professeure MAMOUDY. Voir, MAMOUDY (O.), « L'effet inutile des décisions QPC dans le cadre de la dernière application de l'État d'urgence (2015-2017) », *op. cit.*

³³⁷⁸ Voir, *supra.*, Partie 2, Titre 2, Chap. 2, Sect. 1, §2.

³³⁷⁹ OST (F.), *Le temps du droit*, *op. cit.*, p. 154.

1. L'effet de marginalisation de la situation du requérant

558. Une priorité donnée à l'intérêt objectif de la Constitution. L'opportunité de la situation du requérant à l'origine de la requête est appréciée au regard de sa potentielle inclusion et de son utilité sur l'évolution de l'ordonnancement juridique. Ce faisant, le litige d'espèce est apprécié comme une sorte de singularité insérée au milieu d'un tout. « En effet, le Conseil ne se prononce jamais sur la seule situation du requérant : celui-ci n'est envisagé qu'au travers de la formule plus générale des instances en cours, et ce quand bien même la seule instance concernée serait celle du requérant »³³⁸⁰. Sur le plan procédural, premièrement, cette idée s'illustre par le fait, du point de vue du requérant, que le bénéfice de l'effet utile doit faire l'objet d'une « démarche “active” du justiciable »³³⁸¹. En d'autres termes, ce dernier doit demander la mise en œuvre de l'effet utile, ce qui sous-entend que ledit effet ne s'applique pas, par principe, au procès en cours. À ce propos, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la contestation par un requérant de l'absence d'effet utile à l'occasion de la décision n° 2012-284R QPC³³⁸². Sa demande, basée sur l'invocation d'une erreur matérielle, a été rejetée, d'autant plus que, dans la décision³³⁸³ comme dans son commentaire, aucune explication n'a été fournie par le juge sur les raisons de cette privation. Dans ce cas précis, il est d'ailleurs possible de s'interroger sur une plus grande pertinence du contrôle de conventionalité pour le requérant lequel, du fait de l'autorité relative de chose jugée des décisions, bénéficierait systématiquement de la décision. L'inconvénient serait seulement l'absence de profit pour l'ordre juridique dans son ensemble. Ensuite, même si dans de rares cas, l'annihilation de l'effet utile peut être profitable au requérant³³⁸⁴, celui-ci est plus souvent neutralisé pour des raisons objectives avec par exemple pour motif la présence de conséquences manifestement excessives³³⁸⁵ liées au respect de l'ordre

³³⁸⁰ DEUMIER (P.), « Les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *op. cit.*, p. 75. Pour illustrer ce propos, voir, par exemple : Cons. const., n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, cons. 9.

³³⁸¹ CARPENTIER (M.), « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », in MOUTON (S.), CARPENTIER (M.) (dir.), *Projet « QPC 2020 ». L'effet utile des décisions QPC*, *op. cit.*

³³⁸² Cons. const., n° 2012-284R QPC, 27 décembre 2012, *Mme Maryse L. [Demande de rectification d'erreur matérielle]*.

³³⁸³ Cons. const., n° 2012-284 QPC, 23 novembre 2012, *Mme Maryse L. [Droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale]*, cons. 4 et 5.

³³⁸⁴ Dans la décision n° 2014-410 QPC, le juge a par exemple supprimé l'effet utile de la déclaration d'inconstitutionnalité afin de préserver des situations contractuelles donnant lieu à des rémunérations annuelles. Dans le cas contraire, les requérants, et bien évidemment, les autres personnes se trouvant dans cette situation, en auraient été privés. Voir, Cons. const., n° 2014-410 QPC, 18 juillet 2014, *Société Roquette Frères [Rémunération de la capacité de production des installations de cogénération d'une puissance supérieure à 12 mégawatts]*, cons. 10 et 11.

³³⁸⁵ Le Conseil a notamment utilisé cette technique dans sa célèbre décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue (Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, cons. 30). Dans cette affaire, le Conseil constitutionnel a fait des QPC dont il était saisies des recours purement objectifs, par le motif des « conséquences manifestement excessives », et sans aucun bénéfice, autre que purement politique, pour les

public ou plus largement selon des considérations attrayant à l'intérêt général³³⁸⁶. Par ce biais, le risque premier est que d'un instrument de contrôle, ce recours ne se réduise simplement à un instrument classique de légitimation de loi³³⁸⁷. En matière pénale, par exemple, c'est en vertu de l'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions que les dispositions déclarées inconstitutionnelles sont jugées comme remettant en cause les « actes de procédures pénales » prises sur leur fondement³³⁸⁸.

559. La sélection des justiciables bénéficiaires de la décision. La limitation de l'effet utile peut ensuite prendre une forme plus concrète dès lors que le juge, analysant les conséquences de sa décision, va opérer une sélection parmi les justiciables susceptibles de s'en prévaloir. Il a par exemple procédé de la sorte dans la décision n° 2018-737 QPC³³⁸⁹, où il a conditionné l'effet utile à deux critères alternatifs : soit la déclaration d'inconstitutionnalité bénéficie aux individus nés à l'étranger d'une mère française entre le 16 août 1906 et le 21 octobre 1924, soit celle-ci s'adresse aux descendants de ces personnes. Concernant la privation de l'effet utile, le Conseil peut, en fonction de l'espèce, différer l'abrogation de la

justiciables qui ne pourront, dans les procédures à l'occasion desquelles elles ont été soulevées, tirer les conséquences légales de la déclaration d'inconstitutionnalité. Sur ce point, voir par exemple, CASSIA (P.), « Les gardes à vue “particulières” ne sont plus conformes à la Constitution », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 30, pp. 1949-1951 ; MARON (A.), HAAS (M.), « L'article 61-1 de la Constitution efface les articles 62 et suivants du code de procédure pénale », *Droit pénal*, 2010, n° 10, pp. 37-42 ; CATELAN (N.), « La constitutionnalité à géométrie variable des régimes de garde à vue », *RFDC*, 2011, n° 85, pp. 99-110. Pour d'autres exemples, voir : Cons. const., n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres [Retenue douanière]*, cons. 9 ; Cons. const., n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement]*, cons. 41 ; Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, *Association France Nature Environnement [Projets de nomenclature et de prescriptions générales relatives aux installations classées pour la protection de l'environnement]*, cons. 10 ; Cons. const., n° 2012-268 QPC, 27 juillet 2012, *Mme Annie M. [Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État]*, cons. 11 ; Cons. const., n° 2014-397 QPC, 6 juin 2014, *Commune de Guyancourt [Fonds de solidarité des communes de la région d'Île-de-France]*, cons. 8.

³³⁸⁶ L'argument prend notamment appui sur les QPC rendues dans le cadre de la période de l'état d'urgence. Comme le montre l'étude menée dans le *Projet QPC 2020*, sur 7 décisions, 6 ont été privées d'effet utile sur ces motifs. Voir à propos, MAMOUDY (O.), « L'effet inutile des décisions QPC dans le cadre de la dernière application de l'État d'urgence (2015-2017), *op. cit.*

³³⁸⁷ GLINIASTY (J. de), « L'intérêt général en QPC : de la lettre à l'esprit », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20, disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12689>.

³³⁸⁸ Voir, notamment, Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *précitée*, cons. 30 ; Cons. const., n° 2019-802 QPC, 20 septembre 2019, *M. Abdelnour B. [Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire]*, cons. 17. Sur ce point, voir aussi : MATHONNET (P.), « La QPC en matière pénale dispose-t-elle encore d'un effet utile ? », *AJ pénal*, 2018, n° 9, p. 394.

³³⁸⁹ Cons. const., n° 2018-737 QPC, 5 octobre 2018, *M. Jaime Rodrigo F. [Transmission de la nationalité française aux enfants légitimes nés à l'étranger d'un parent français]*, cons. 13. Il était contesté en l'espèce l'article 1^{er} de la loi 10 août 1927 sur la nationalité, lequel a été abrogé par l'article 2 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française, mais celle-ci produisait toujours des effets. La loi de 1927 prévoyait notamment qu'un enfant né à l'étranger pouvait revendiquer la nationalité s'il était né d'un père français, mais ne pouvait en revanche faire valoir la nationalité de sa mère. Le Conseil en a conclu à une rupture d'égalité et a ensuite dû fragmenter l'effet utile de sa décision, de sorte que les personnes lésées par la disposition, ou leurs descendants, puissent finalement s'en prévaloir.

disposition en cause, sans pour autant prévoir de réserves transitoires. Comme il l'a énoncé dans la QPC n° 2018-733, au sujet de la suppression de certaines cotisations foncières pour les entreprises, une abrogation immédiate aurait, d'une part, des conséquences excessives en étendant un impôt « à des personnes qui en ont été exonérées par le législateur » ; d'autre part, l'absence de réserves transitoires visant à modifier les règles d'imposition en la matière est motivée par la volonté du juge de ne pas se substituer au législateur. Ainsi, jusqu'à ce que ce dernier intervienne — en l'espèce, entre 21 septembre au 1^{er} janvier 2019 — le régime en place continuera à s'appliquer et la déclaration d'inconstitutionnalité ne pourra être invoquée³³⁹⁰.

2. Les conséquences aléatoires de la décision d'inconstitutionnalité sur procès principal

560. Des conséquences dépendantes de la démarche du requérant. La résolution concrète de litiges impliquant le requérant ne s'effectue qu'une fois la réception par les juges du fond de la décision du Conseil constitutionnel. Si le procès incident est résolu, le procès principal peut être enclin à certaines incertitudes. Plusieurs cas de figures peuvent ici se présenter. Comme cela a été vu précédemment, les situations d'abrogations différées n'ont, dans la majeure partie des cas, aucun effet sur le procès principal, soit parce que le Conseil ne reconnaît pas d'effets rétroactifs à la décision d'inconstitutionnalité, soit parce qu'il gèle les contentieux en cours jusqu'à l'intervention du législateur. La décision relative à la loi « anti-Perruche » en est une des premières illustrations³³⁹¹. Dans l'arrêt *Lazare* du 13 mai 2011, faisant suite à la décision, le Conseil d'État a statué que « la disposition déclarée contraire à la Constitution, relative aux personnes disposant d'une instance en cours au 7 mars 2002 » ne pouvait être « applicable » au litige³³⁹², alors même que la notion d'applicabilité conditionne préalablement le renvoi en QPC³³⁹³. Cette souplesse est significative des difficultés

³³⁹⁰ Cons. const., n° 2018-733 QPC, 21 septembre 2018, *Société d'exploitation de moyens de carénage [Exonération de certains ports de la cotisation foncière des entreprises]*, cons. 13.

³³⁹¹ Cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2020, *Mme Vivianne L. [Loi dite « anti-Perruche »]*, cons. 19 à 23. Voir à ce propos, CHEVALIER (P.), SARGOS (P.), « Application dans le temps de la loi “anti-Perruche” », *JCP G*, 23 janvier 2012, n° 4, pp. 138-143 ; PUIG (P.), « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTD Civ*, 2010, n° 3, pp. 517-520.

³³⁹² CE ass., 13 mai 2011, *Lazare*, n° 329290. Voir, SALINS (C. de), « La “loi anti-Perruche” Conclusions sous Conseil d'État 14 avril 2010, *Mme Lazare*, n° 329290 », *RFD A*, 2010, n° 4, pp. 696-703.

³³⁹³ Pour des réflexions développées sur le sujet, voir : MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *op. cit.*, p. 761 ; SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 601-609.

contentieuses des suites à donner à la QPC, et dévoile un « contrôle qui reste objectif »³³⁹⁴. Néanmoins, comme l'a avancé le professeur MAGNON, l'alternative entre caractère objectif ou subjectif dépend du contexte dans lequel la QPC est posée. En résumé, le contentieux reste objectif lorsque la question est soulevée à dessein de contester la régularité d'un acte pris sous le fondement de la disposition législative contestée³³⁹⁵, alors qu'il peut revêtir un caractère subjectif si la question est posée dans le but d'échapper à la loi en cause dans le procès principal.

561. Une marge de manœuvre pour les juges du fond limitée par l'interprétation du Conseil constitutionnel. La décision du Conseil constitutionnel est génératrice de différentes alternatives pour les juges du fond. Lorsque le Conseil envisage lui-même avec précision l'application de la censure, par exemple, avec des réserves transitoires, les juges du fond disposent de la manière de procéder. Mais il peut également laisser ces derniers apprécier des conséquences de la censure sur le procès, comme il l'a notamment initié dans l'arrêt *M'Rida*³³⁹⁶. Appliquant une sorte de logique de subsidiarité, le délai court dont dispose le Conseil pour se prononcer ne lui permet pas de disposer d'une visibilité suffisante sur l'application concrète de la censure. Il semble alors que celui-ci soit de plus en plus enclin à laisser aux juges ordinaires le soin de déterminer les effets concrets de ses décisions³³⁹⁷. Le problème demeure cependant celui de la faiblesse de motivation qui, selon les cas, peut s'avérer *in fine* préjudiciable au requérant par les incertitudes qu'elle génère, d'une part, lorsque l'effet utile n'est pas expressément refusé et semble être présumé³³⁹⁸ et, d'autre part, dans les cas où ces incertitudes peuvent conduire à des interprétations divergentes entre les juges³³⁹⁹.

³³⁹⁴ VERPEAUX (M.), « Les suites à donner à une décision d'inconstitutionnalité. Note sous Conseil d'État, assemblée, 13 mai 2011, n° 316734, *M'Rida* », *RFDA*, 2011, n° 4, p. 806.

³³⁹⁵ Il s'agit, par exemple, de la possibilité de soulever une question à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, laquelle a été admise dans l'arrêt CE, 9 juillet 2010, *M. et Mme Mathieu*, n° 339081. Voir sur ce point, LA MARDIERE (Ch. De), « La QPC par le moyen du recours pour excès de pouvoir : un boulevard est ouvert », *Constitutions*, 2011, n° 1, pp. 99-101.

³³⁹⁶ Voir, GEFFRAY (É.), « Conclusions sur Conseil d'État, assemblée, 13 mai 2011, n° 316734, *M'Rida* », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 789-806.

³³⁹⁷ Cette tendance se remarque, par exemple, dans l'avis du Conseil d'État du 6 avril 2019 (CE avis, 6 février 2019, n° 425509). Sur ce point, voir : BENZINA (S.), « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, pp. 1226-1233.

³³⁹⁸ Dans le cadre des abrogations immédiates, Voir : Cons. const., n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B. [Concession du stade de France]*, cons. 5 ; Cons. const., n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyen I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]*, cons. 20-21 ; Cons. const., n° 2017-691 QPC, 16 février 2018, *M. Farouk B. [Mesure administrative d'assignation à résidence aux fins de lutte contre le terrorisme]*, cons. 26-27 ; Cons. const., n° 2018-712 QPC, 8 juin 2018, *M. Thierry D. [Irrecevabilité de l'opposition à un jugement par défaut lorsque la peine est prescrite]*, cons. 16.

³³⁹⁹ BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 496.

La présentation des différentes facettes de ce contentieux permet ainsi de relativiser les implications de l'effet utile des décisions QPC. Le constat de sa complexité a aussi été l'occasion d'évoquer certaines pistes d'améliorations en phase avec sa réalité pratique.

B. Les possibilités de perfectionnement envisagées et envisageables

562. L'expertise proposée par le *Projet QPC 2020* a également permis de mettre en avant certaines failles concernant l'effet utile. L'analyse de l'ensemble du contentieux a révélé, en effet, un ensemble de points susceptibles de rendre le contentieux plus opportun et sécurisant, particulièrement pour les justiciables et les intérêts qu'ils font valoir dès lors qu'ils posent une QPC. De manière générale, les remarques soulevées rejoignent des critiques récurrentes adressées à ce contentieux, et visent à une meilleure prise en compte de l'intérêt des requérants ou, autrement dit, une prétention plus réaliste d'une forme d'appropriation de la Constitution. Pour ce faire, quatre recommandations peuvent être rapportées³⁴⁰⁰. Premièrement, une insertion plus concrète du justiciable dans le procès serait favorisée par la soumission de la détermination des effets de la décision au principe du contradictoire (1). Deuxièmement, il est préconisé une reformulation du considérant d'espèce afin de pallier les problèmes d'intelligibilité des effets donnés aux décisions (2). Troisièmement, une meilleure prise en compte des effets sur le procès principal serait profitable au justiciable s'il était conféré une plus large de manœuvre aux juges d'instances (3). Quatrièmement, une jurisprudence récente du Conseil d'État est venue actualiser la nécessité de prendre en considération les conséquences de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles (4).

1. La soumission de la détermination des effets de la décision au principe du contradictoire

563. Comme cela a été vu dans les développements précédents, le problème principal de la QPC, du fait de son caractère à la fois objectif et subjectif, est le bénéfice incertain qu'elle procure au requérant. L'idée renvoie d'ailleurs à la problématique (qui n'est pas récente) de la motivation des décisions³⁴⁰¹. Le fait que le présent contentieux soit déclenché par un particulier

³⁴⁰⁰ Pour une vue d'ensemble, voir : CARPENTIER (M.), « Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile », *op. cit.*

³⁴⁰¹ Sur ce thème, voir par exemple, BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus*

et que l'effet utile de la décision détermine le bénéfice que celui-ci peut en tirer renforce d'autant plus l'opportunité d'une meilleure clarté dans l'argumentation du juge. Pour ce faire, il serait louable que la détermination de l'effet s'inscrive plus concrètement dans les principes directeurs du procès, tel qu'ils sont notamment prescrits par l'article 6§ 1 de la Convention EDH. « Or, il apparaît que la détermination des effets à attacher à la décision échappe le plus souvent à toute discussion dans le cadre de l'instance et ne permet donc pas au justiciable de faire-valoir systématiquement des arguments en faveur d'une application au litige contre ceux que pourrait invoquer le Conseil »³⁴⁰². Ce point est d'autant plus important que le Conseil mobilise dans sa motivation des principes de valeur constitutionnelle. Par ailleurs, cela permettrait une meilleure compréhension de l'invocation des « conséquences manifestement excessives », lesquelles sont parfois avancées sans véritables justifications³⁴⁰³. Ainsi serait-il opportun que les parties puissent formuler leurs observations sur l'effet à donner à la décision dans l'éventualité d'une abrogation de la disposition législative en cause, et que celles-ci soient ensuite discutées au sein même de la décision. C'est par exemple ce qu'a fait le Conseil d'État dans son arrêt *Association AC !*, indiquant qu'il ne modulerait les effets de sa décision qu'« après avoir recueilli sur ce point les observations des parties »³⁴⁰⁴. Au moment de l'audience, il s'agirait alors de séparer le débat portant sur le fond et celui sur les effets à donner à la déclaration d'inconstitutionnalité, pour ensuite en présenter un compte rendu dans le texte de la décision³⁴⁰⁵. L'enjeu est ici double : d'une part, cela encouragerait les parties à formuler une argumentation plus développée et, d'autre part, cela obligerait le Conseil à approfondir avec plus de complexité la question des

politicum, n° 7, mars 2012 ; MASTOR (Ws.), « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013 pp. 241-254 ; DRAGO (G.), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015, n° 102, pp. 335-352.

³⁴⁰² CARTIER (E.), « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », *op. cit.*, p. 179.

³⁴⁰³ Par exemple, Cons. const., n° 2011-203 QPC, 2 décembre 2011, *M. Wathik M. [Vente des biens saisis par l'administration douanière]*, cons. 13-14 ; Cons. const., n° 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, *Consorts B. [Confiscation de marchandises saisies en douane]*, cons. 11 ; Cons. const., n° 2017-675 QPC, 24 novembre 2017, *Société Queen Air [Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires]*, cons. 16.

³⁴⁰⁴ CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886. Le considérant de principe énoncé par la Haute juridiction administrative est ici plus précisément détaillé quant aux questions de modulations : « Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique, en principe, que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif — après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause — de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à l'annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

³⁴⁰⁵ CARTIER (E.), « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », *op. cit.*, p. 180.

effets et donc, pour le justiciable, de dissiper les incertitudes quant aux profits (ou non-profits) qu'il pourrait tirer de la décision³⁴⁰⁶. Deux autres points, en revanche, viennent relativiser ces prétentions. Une contrainte d'ordre procédurale se dévoile, premièrement, en raison le délai relativement bref³⁴⁰⁷ dont dispose le Conseil pour rendre sa décision, laquelle peut être un obstacle à un approfondissement de l'expertise des conséquences à donner à la décision. Secondement, son habilitation constitutionnelle ne prévoit pas la faculté d'apprécier des éléments du procès principal, ce qui pose problème dès lors que l'instauration du contradictoire nécessite la mobilisation d'arguments relatifs au procès principal³⁴⁰⁸. Hormis ces limites, la tâche reste envisageable et opportune, et contribuerait à renforcer ce dont la QPC doit porter le nom : un procès³⁴⁰⁹. De la même manière, une telle avancée permettrait finalement de rendre d'autant plus pertinente l'ambition d'une « réappropriation de la Constitution » par le justiciable, prônée lors de l'élaboration de ce contentieux³⁴¹⁰, dans le sens où celui-ci pourrait discuter l'opportunité du bénéfice de la décision déclenchée à la suite de son procès.

2. La reformulation du considérant d'espèce

564. Si le principe instauré par le Conseil dans son considérant de principe est que la décision dispose d'un effet utile³⁴¹¹, il est d'autres cas où celui-ci demeure silencieux³⁴¹². Quelles conséquences tirer de la décision dans ces situations ? Lorsque, par exemple, le juge constitutionnel ne fait pas mention de l'applicabilité ou de l'invocabilité dans les instances/affaires en cours, la solution pour les juges du fond demeure variable. L'alternative entre applicabilité et invocabilité détermine si le juge ordinaire peut relever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité. Dans le cas de l'applicabilité, ce dernier est d'ordre public, alors qu'il ne l'est pas en cas d'invocabilité. Par exemple, dans son arrêt du 30 mai 2018³⁴¹³, le Conseil d'État, devant tirer les conséquences de la décision n° 2016-591 QPC³⁴¹⁴, déclare qu'« alors

³⁴⁰⁶ CARPENTIER (M.), « Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile », *op. cit.*

³⁴⁰⁷ Le Conseil constitutionnel dispose en effet d'un délai de trois mois pour se prononcer. Voir, art. 23-10, Ordonnance organique n° 58-1067 du 3 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

³⁴⁰⁸ CARTIER (E.), « L'ambiguïté des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité sur le procès », *op. cit.*, p. 181.

³⁴⁰⁹ SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 208.

³⁴¹⁰ Voir, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>.

³⁴¹¹ Cons. const., 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, cons. 5.

³⁴¹² À titre d'exemple, Cons. const., n° 2019-774 QPC, 12 avril 2019, *Société Magenta Discount et autre*.

³⁴¹³ CE, 30 mai 2018, n° 400912.

³⁴¹⁴ Cons. const., n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016, *Mme Helen S.*

même qu'elle ne comporte aucune prescription sur les effets produits par les dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution, il résulte de l'ensemble de ses motifs que Mme B..., qui, conformément au principe rappelé par le Conseil constitutionnel, doit bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité, est fondée à en réclamer le bénéfice ». La précision quant la présence ou de l'absence d'un effet utile, en cas de non-utilisation de la formule, « est applicable/invocable dans les instances en cours » serait dès lors bienvenue, à moins que celle-ci soit rappelée systématiquement. L'autre difficulté que pose la rédaction du considérant d'espèce est celle de l'application dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité, à savoir si l'abrogation est immédiate ou différée et si celle-ci doit être dotée d'une rétroactivité procédurale. Dans ces deux cas, l'éclaircissement doit être principalement orienté vers le critère des « conséquences manifestement excessives », qualifié parfois de « standard nébuleux »³⁴¹⁵ ou encore de « formule elliptique »³⁴¹⁶, dont la teneur et la portée précise ne sont souvent pas évoquées. Ainsi, le professeur CARPENTIER retient une solution en deux temps. « Il s'agirait de mettre en place un test en deux étapes qui seraient expressément distinguées. En premier lieu, le Conseil constitutionnel envisage la question du report ou non de l'abrogation, qu'il justifie, lorsqu'il reporte l'abrogation, sur le fondement de principes objectifs : sécurité juridique, droits des tiers, ordre public contentieux, objectifs à valeur constitutionnelle. C'est également à cette occasion qu'il envisage la question de l'éventuelle rétroactivité substantielle de la décision, c'est-à-dire de ses effets sur les situations juridiques nées soit antérieurement à la publication de la décision, soit (en cas d'abrogation différée) antérieurement à l'entrée en vigueur de l'abrogation, de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles. Dans un second temps, le Conseil constitutionnel envisage la question de la rétroactivité procédurale de sa décision et indique dans quelle mesure elle peut être invoquée, ou, le cas échéant, est applicable, dans les instances en cours. Ici il met en balance des éléments objectifs et des éléments subjectifs (principe d'égalité devant la justice, principe d'efficacité contentieuse) »³⁴¹⁷.

³⁴¹⁵ DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC – Le Conseil constitutionnel, “maître du temps” », *op. cit.*, p. 67.

³⁴¹⁶ BENIGNI (M.), EMMANUEL (C.), « L'insoutenable question des effets dans le temps des décisions QPC », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée*, *op. cit.*, p. 237.

³⁴¹⁷ CARPENTIER (M.), « Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile », *op. cit.*

3. L'octroi d'une plus large marge de manœuvre au juge d'instance pour apprécier les effets de la décision

565. L'habilitation dont disposent les juges du fond, et les outils qu'ils ont à leur disposition, leur permettent d'apprécier avec plus de précisions les effets concrets de leur décision. Il s'agirait, soit dit en passant, de mettre d'autant plus en cohérence le contentieux QPC avec les bouleversements qu'il a engendrés sur l'architecture juridictionnelle et les rapports entre les juges³⁴¹⁸. Cette faculté découle notamment de leur expérience du contrôle de conventionalité³⁴¹⁹. Ici encore, il faut préalablement prendre en compte l'habilitation constitutionnelle dont dispose le Conseil constitutionnel. En effet, l'article 62 alinéa 1 de la Constitution prescrit un principe d'indisponibilité de compétences³⁴²⁰, en ce qu'il laisse le soin au Conseil de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Néanmoins, la motivation relativement laconique sur les effets de la décision pourrait laisser *de facto* aux juridictions ordinaires le soin d'aménager ces effets en prenant plus en considération la situation du requérant³⁴²¹, notamment eu égard aux faits générateurs du litige. L'idée est ici une meilleure prise en compte de la situation du requérant selon un principe de division du travail. Ainsi, dans le cas où le Conseil prononcerait une abrogation différée ou une abrogation immédiate non applicables aux instances en cours, le juge du fond aurait la possibilité, en fonction de la gravité de l'inconstitutionnalité, de concilier à la fois la situation concrète du requérant et les principes impliquant l'effet utile³⁴²², afin de mesurer si le maintien des effets de la disposition litigieuse

³⁴¹⁸ Voir en ce sens, HOURQUEBIE (F.), « Le Conseil constitutionnel, pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », in MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, p. 120.

³⁴¹⁹ Par exemple, Cass. Civ 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26066 ; CE, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848. Voir sur ce point, DEUMIER (P.), « Contrôle concret de conventionalité : l'esprit et la méthode », *RTD Civ.*, 2016, n° 3, pp. 578-586 ; DUBOUT (É.), « Le Conseil d'État, juge constitutionnel européen », *RFDA*, 2020, n° 2, pp. 297-309.

³⁴²⁰ Sur ce point, voir notamment : MAILLOT (J. M.), « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *LPA*, n° 194, 2004, p. 3 ; AZOUAOU (P.), *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Paris, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2016, 822 p.

³⁴²¹ Ces derniers se sont d'ailleurs déjà octroyé la possibilité de faire échec à une abrogation différée en faisant valoir une jurisprudence supranationale antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. C'est par exemple ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 15 avril 2011 (Cass., ass., 15 avr. 2011, n° 10-17049 et n° 10-30242) faisant application de la décision *Daniel W.* du Conseil constitutionnel (Cons. const., n° 2010-14/22 du 30 juillet 2010, *précitée*), laquelle a invoqué la jurisprudence *Brusco* de la Cour EDH (CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*, n° 1466/07). Concernant le Conseil d'État, voir, dans le même sens : CE, 10 avr. 2015, *Société Red Bull on Premise et autre*, n° 379955.

³⁴²² Parmi ces principes, on peut par exemple citer la sécurité juridique, la préservation contre l'abus de droit, ou encore l'égalité devant la justice.

serait susceptible de générer des conséquences manifestement excessives pour le requérant (et) ou les justiciables se trouvant dans une situation similaire. Les circonstances particulières relatives à la situation du requérant, dont le juge de l'instance est par définition le mieux à même à mesurer, seraient une condition de remise en cause des effets que la disposition a produits. « Conditionner l'intervention d'un événement à une décision d'un tiers, c'est encore déterminer les conditions d'intervention de cet événement »³⁴²³. Le contrôle du juge du fond se ferait toujours l'appui de la déclaration d'inconstitutionnalité émise par le juge constitutionnel. Pour ce faire, le paragraphe d'espèce proposé est le suivant : « cependant, il appartient aux juridictions de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières dont il est fait état par l'intéressé, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée par l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité (le cas échéant “et dans les instances en cours à la date de publication de cette décision”) »³⁴²⁴.

4. La prise en considération des conséquences de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles

566. Cette question prend sa source dans un principe relativement ancien de la jurisprudence administrative³⁴²⁵. Son actualisation au regard du contentieux constitutionnel implique, encore une fois, plus de précision et de clarté de motivation, afin que les conséquences des décisions servent mieux les intérêts du requérant. À ce propos, le Conseil d'État est venu préciser, dans trois arrêts d'assemblée du 24 décembre 2019, les possibilités d'articulation entre une décision de non-conformité, même dépourvue d'effet utile, et la possibilité d'engager une action en responsabilité contre l'État³⁴²⁶. Deux conditions sont dégagées par la Haute juridiction administrative. La première, classique dans ce genre de

³⁴²³ CARPENTIER (M.), « Quatre propositions pour l'amélioration de la motivation relative à l'effet utile », *op. cit.*

³⁴²⁴ *Ibid.*

³⁴²⁵ En guise d'un bref rappel, le Conseil d'État a commencé à reconnaître la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence *La Fleurette* (CE ass., 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, n° 51704) puis, du fait des traités internationaux (CE ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio électrique*, n° 50515). La jurisprudence communautaire a ensuite étendu le principe à la responsabilité du fait de la non-conformité de la loi au droit primaire et dérivé (CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, aff. C-6/90 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, aff. C-46/93 et C-48/93 ; CE ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco products*, n° 87753) qui a enfin connu son aboutissement avec l'arrêt *Gardedieu* (CE ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522). Pour toutes les questions relatives à ce sujet, nous renvoyons à la thèse de Théo DUCHARME. Voir, DUCHARME (Th.), *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2019, 564 p.

³⁴²⁶ CE ass., 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy*, n° 425981 ; CE, ass., 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983 ; CE, ass., 24 décembre 2019, n° 428162.

contentieux, exige un lien de causalité direct ou indirect entre le dommage subi ou prétendu et l'inconstitutionnalité de la loi³⁴²⁷. La seconde, plus spécifique au cas présent, exige que la loi déclarée inconstitutionnelle le soit à l'occasion d'une décision QPC ou lors d'une décision DC dans la configuration du contentieux « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » issu de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985. En outre, « l'engagement de cette responsabilité est subordonné à la condition que la décision du Conseil constitutionnel, qui détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause, ne s'y oppose pas, soit qu'elle l'exclue expressément, soit qu'elle laisse subsister tout ou partie des effets pécuniaires produits par la loi qu'une action indemnitaire équivaldrait à remettre en cause »³⁴²⁸. Ce mécanisme demeure assez singulier dans son appréhension, car le contentieux issu de « l'instance en cours » et la décision de non-conformité qui en découle sont distincts de l'action en responsabilité qui apparaît lors d'une seconde instance. Les arrêts du Conseil d'État montrent que l'articulation entre ces derniers n'est pas évidente³⁴²⁹, voire s'apparente, selon l'expression employée par le professeur ROUX, à un « produit de luxe »³⁴³⁰. Ils montrent, cependant, que la privation d'effet utile n'enlève pas la faculté pour le justiciable d'invoquer un préjudice imputable à l'État, à condition bien évidemment, que les conditions strictes et précises énoncées précédemment soient remplies. Le Conseil constitutionnel semble avoir, depuis lors, tiré les conséquences de ces trois décisions, en précisant désormais dans son considérant de principe que les dispositions de l'article 62 de la Constitution lui réservent « le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles ou d'en détenir les conditions ou les limites particulières »³⁴³¹.

567. Encore une fois, les possibilités offertes au justiciable dépendent du pouvoir d'appréciation du Conseil. L'engagement de cette responsabilité devant être « autorisé » par une

³⁴²⁷ Les trois arrêts cités reprennent respectivement le même considérant de principe. Sur cette condition, celui-ci précise qu'« il appartient à la victime d'établir la réalité de son préjudice et l'existence d'un lien direct de causalité entre l'inconstitutionnalité de la loi et ce préjudice. Par ailleurs, la prescription quadriennale commence à courir dès lors que le préjudice qui résulte de l'application de la loi à sa situation peut être connu dans sa réalité et son étendue par la victime, sans qu'elle puisse être légitimement regardée comme ignorant l'existence de sa créance jusqu'à l'intervention de la déclaration d'inconstitutionnalité ».

³⁴²⁸ CE, ass., 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy*, n° 425981 ; CE, ass., 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983 ; CE, ass., 24 décembre 2019, n° 428162.

³⁴²⁹ Voir notamment, DUCHARME (Th.), « Responsabilité de l'État du fait des lois », *AJDA*, 2020, n° 23, pp. 1307-1312.

³⁴³⁰ ROUX (J.), « La responsabilité du fait des lois déclarées contraires à la Constitution : “un produit de luxe” », *Recueil Dalloz*, 2020, n° 13, pp. 746-753.

³⁴³¹ Cons. const., n° 2019-828/829 QPC, 28 février 2020, *M. Raphaël S. et autres [Disposition sans prestation de serment pour le conjoint de l'accusé]*, cons. 16.

décision préalable, il reste à savoir à quelles occasions et à quelles conditions celui-ci est prêt à laisser le justiciable en bénéficier.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

568. L'analyse du contentieux constitutionnel *a posteriori* permet de mettre en avant la constance de son caractère objectif. Si la problématique de l'effet utile marque, par l'émergence de la méthode conséquentialiste, l'introduction d'éléments de subjectivité dans le contrôle, leur prise en compte demeure néanmoins variable en fonction des cas et de l'impératif de cohérence de l'ordre juridique. Si ce problème pose question, c'est en partie en raison des espoirs qui sont fondés en lui, et des hypothèses qui ont été formulées depuis que le juge constitutionnel s'emploie à contrôler la loi au regard des effets juridiques qu'elle a produits. Comme le montrent les études récentes consacrées à ce sujet, il s'agit là d'un point crucial concernant les attentes portées sur ce contentieux. Cette source de malentendus n'est cependant pas forcément imputable au Conseil constitutionnel, qui est parfois, lui aussi, et selon le témoignage de ses anciens membres, en proie à des surinterprétations concernant l'étendue de son office. « Le Conseil n'est pas, par l'option de la QPC, devenu un juge du fait. À n'en pas douter, l'ensemble donne cependant au Conseil constitutionnel un autre positionnement institutionnel »³⁴³². Le principe de représentativité des intérêts du justiciable portés devant le juge dévoile alors toute son ambiguïté et permet de confronter à la pratique l'ambition selon laquelle, « des territoires de la puissance publique », le juge serait venu conquérir les « territoires de gestion des problèmes sociaux »³⁴³³. De fait, l'enjeu n'est pas exclusivement technique et ne vise pas seulement à faire l'inventaire des différents outils propres à préserver ou au contraire de détruire l'effet utile de la décision. Il s'agit, également, et surtout, de s'interroger sur l'efficacité contentieuse d'un recours qui a été pensé pour rapprocher les citoyens, et plus largement « tout justiciable » de la Constitution³⁴³⁴. Si la QPC peut être présentée comme un moyen de « conversation démocratique »³⁴³⁵, en faisant du recours un *medium* opportun pour quiconque voudrait contester directement la loi en vertu de la Constitution et, *in extenso* un moyen de participation ouvert à tout justiciable à la correction du droit, sa pratique met en évidence les difficultés du juge à la pondération des intérêts. La vertu démocratique d'un tel recours s'articule ainsi autour d'un dilemme. « Droit du justiciable, la QPC ne se déploie pas

³⁴³² BELLOUBET (N.), « Contrôle *a priori*, contrôle *a posteriori*, quelles différences, quelles ressemblances, quel avenir ? », *op. cit.*, p. 41.

³⁴³³ COMMAILLE (J.), « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », in COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.) (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 300.

³⁴³⁴ GELBAT (A.), « La QPC comme question citoyenne », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12494>.

³⁴³⁵ SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 546.

toujours ses effets au profit de celui-ci. Alors que la collectivité des citoyens a un intérêt évident à ce que les lois applicables soient contrôlées au regard des droits fondamentaux, le justiciable, lui, ne bénéficie pas toujours de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il a pourtant suscitée »³⁴³⁶. Autrement dit, si l'action isolée du justiciable ne lui garantit pas d'en tirer bénéfice, celle-ci reste *nolens volens* profitable au système, de sorte que l'ensemble des titulaires de droit peuvent éventuellement en tirer profit *a posteriori*. Par son office, le juge inscrit donc, à sa manière, une contribution à l'autonomie. Mais, s'il est l'intermédiaire privilégié de cette relation, il est aussi, dans une certaine mesure, l'acteur d'un malentendu en plaçant le justiciable dans l'incertitude quant aux finalités de son action. L'exemple de la justice constitutionnelle en est très parlant, de quelque façon que ce soit, celle-ci dépasse toujours et inmanquablement l'individu. Telle est, plus largement, l'ambiguïté fondamentale des ambitions de la démocratie constitutionnelle moderne visant à faire redescendre la norme fondamentale dans la société civile. « De manière insidieuse peut-être, il pourrait être souligné que l'objectivation et le caractère abstrait dans lequel il inscrit ses finalités font que le justiciable, loin de bénéficier d'une procédure qui protège ses droits contre le pouvoir, participerait au contraire au renforcement de l'autorité des organes représentatifs contre lui au nom de l'intérêt général »³⁴³⁷. Là réside la complexité de « l'objectivité principielle du contentieux des droits subjectifs »³⁴³⁸. La revendication individuelle du justiciable est toujours immergée, voire submergée, dans le système qui la reconnaît. Seule exception pertinente, l'exemple des recours associatifs montre bien cette propension de la QPC à être un moyen volontaire de réforme du droit ; là s'annonce sa singularité. À cet égard, elle répond « à une logique propre par rapport à l'invocation contentieuse des instruments internationaux et européens de protection des droits. Alors que la protection des droits du justiciable paraît être la finalité première d'une telle invocation devant le juge interne de la conventionalité, comme devant la Cour européenne des droits de l'homme, la question de constitutionnalité peut, plus aisément, poursuivre un objectif de réforme du droit en vigueur et d'intervention des autorités normatives compétentes, y compris du juge grâce à son pouvoir d'interprétation »³⁴³⁹. En réalité, donc, l'efficacité de ce recours se

³⁴³⁶ CARTIER (E.), « La QPC, instrument de légitimation du législateur », *op. cit.*, p. 91.

³⁴³⁷ MOUTON (S.), « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? », *op. cit.*, p. 49.

³⁴³⁸ VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Publications de l'Institut international des droits de l'homme, Paris, Pedone, 2014, p. 184.

³⁴³⁹ ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit processuel constitutionnel », *op. cit.*, p. 105.

manifeste par son assimilation d'un intérêt individuel porté devant le juge à l'intérêt de tous traduit par la Constitution. Si les motivations du justiciable sont plus ou moins centrées sur des intérêts subjectifs, le *medium* juridictionnel opère, aux dépens de celui-ci, une translation vers le droit objectif. Directement ou non, volontairement ou non, chaque action individuelle a ainsi pour finalité de susciter l'évaluation du droit objectif. Ce malentendu est néanmoins ce qui préfigure une autre façon de concevoir l'évolution du droit au sein de l'ordre juridique, et ce en traduisant une vision systémique de l'autonomie démocratique³⁴⁴⁰. Le phénomène d'objectivation du contentieux implique l'*un* au profit du *tout*, de sorte que « le droit se crée plutôt par le biais de changements qui font boule de neige »³⁴⁴¹.

³⁴⁴⁰ Voir, *supra*, Partie 2, Titre 1, Chap. 2.

³⁴⁴¹ BREYER (S.), *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 104.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

569. Le paradigme démo-libéral fait du juge un « gardien des promesses »³⁴⁴² pour la démocratie, mais aussi pour le justiciable. Mais tient-il ces promesses ? Il est, tout d'abord, le constructeur et le traducteur privilégié d'une démocratie dite « procédurale », présentée comme une figure alternative à la représentation politique, de sorte à permettre aux membres de la société de contester les droits issus de la volonté exprimée par les organes politiques. « C'est donc bien le juge étatique, démembrement de l'État et organe juridictionnel statuant en droit selon une procédure juridictionnelle préétablie, qui assume le redoutable honneur d'arbitre entre une puissance théoriquement omniprésente et un justiciable privé théoriquement faible et démuné »³⁴⁴³. À cette occasion, la justice constitutionnelle, en opposant la loi à la Constitution, s'est vue attribuer une fonction politique indispensable à la concrétisation d'une démocratie par les droits fondamentaux en présentant un *autre* intermédiaire, via un *autre* type de procédure. « Palliant les faiblesses de la démocratie représentative et celles de la démocratie directe, la justice constitutionnelle permettrait l'irruption du peuple dans la sphère du pouvoir, entendu comme la faculté de prendre des décisions valant commandement pour l'ensemble du groupe social »³⁴⁴⁴. Le conflit juridictionnel est alors porté par son efficacité, sa spontanéité, et son autorité par rapport au système électif. Le juge construit une légitimité basée sur une fonction de garantie de prééminence du droit et un statut de tiers impartial et indépendant. Néanmoins, cette acception de la démocratie manifeste des faiblesses quant à une justification politique. Elle demeure plus évidente, et moins ambitieuse, dans sa contribution particulière au principe d'autonomie normative. Sous cet angle, il adopte une fonction d'arbitre institutionnel habilité à régler les conflits entre les justiciables et les pouvoirs constitués producteurs de normes. Son implication dans le principe d'autonomie est néanmoins à géométrie variable, car elle dépend du degré d'objectivation du contentieux concerné. C'est en outre selon cette logique que s'instaure un rapport particulier entre le justiciable et le juge. L'initiative individuelle visant à contester un droit est susceptible, en effet, d'aboutir sur une modification du droit objectif à l'issue de la décision juridictionnelle. Or, quelle que soit la démarche du justiciable, le juge demeure maître de son office. Le filtre prétorien montre bien que ce dernier n'est pas là pour satisfaire systématiquement les vœux des requérants, mais pour opérer continuellement

³⁴⁴² Voir, GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Juge et Démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.

³⁴⁴³ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 85.

³⁴⁴⁴ VIDAL-NAQUET (A.), « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir », *op. cit.*, p. 214.

l'articulation entre les droits subjectifs et le droit objectif. À ce titre, l'exemple de l'effet utile des décisions QPC, notion clef entourant les attentions qui lui sont désormais portées, montre que son office, et les principes d'indépendance et d'impartialité, concourent à faire de lui un intermédiaire que n'est pas forcément au service des droits du justiciable, mais objectivement responsable du droit de tous.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

570. Si la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux est un des grands slogans de la démocratie constitutionnelle contemporaine, c'est aussi et surtout l'occasion de revenir sur ses fondements et ses justifications. Elle rappelle préalablement qu'elle est l'incarnation la plus emblématique du relativisme politique et juridique. Le projet d'autonomie, élément conditionnel à son existence, prend la forme d'une conjonction entre doute et consentement, contestation et approbation. Là réside sa singularité, sa complexité et sa vivacité. Fondamentalement, la contestation juridictionnelle a une fonction heuristique. C'est en cela qu'elle fait de la participation négative un phénomène au service de l'autonomie juridique, en autorisant que le principe d'autogouvernement puisse permettre la mise en discussion de la décision majoritaire. C'est précisément autour de cette question que l'empreinte du relativisme démocratique est la plus marquée : elle promeut cette « culture du doute » en nourrissant la possibilité constante de réformation du droit, induisant que cette même idée « est inhérente au droit [et] que le doute est aussi un instrument de son progrès »³⁴⁴⁵. L'enjeu se trouve alors dans la recherche d'un équilibre, fatalement précaire, entre l'intangible, qui est la forme de gouvernement propre à la démocratie, et le tangible, qui se manifeste par l'institutionnalisation des conflits par des procédures destinées aux aménagements, aux ajustements, aux corrections des normes au sein de l'ordre juridique. Le paradigme démo-libéral retrouve ici son ambition et le paradoxe de son projet de repolitisation de la démocratie : la production et l'actualisation du droit doivent être suscitées par l'individu au gré de revendications particulières, alors même que ce droit découle en majeure partie de la volonté du souverain. « La multiplication des droits subjectifs et la mise en place d'une foule d'instruments procéduraux de contrôle et de concertation esquissent un mouvement général de recomposition du champ juridique à partir de la base ou de l'individu, alors que s'affaiblissent les mécanismes traditionnels d'intégration et de solidarité à commencer par l'État lui-même »³⁴⁴⁶. L'autorité juridictionnelle s'impose alors par sa fonction, mais il ne s'agit pas là d'une justification absolue, mais plutôt d'une justification de compromis qui laisse, elle aussi, toujours subsister certaines incertitudes. Elle présente le risque, comme cela a pu être dénoncé, d'octroyer au juge des appareils dissimulés semblable à

³⁴⁴⁵ SEVE (R.), « Douter c'est décider : nature et caractère constructif du doute », in TERRE (F.) (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, p. 123.

³⁴⁴⁶ OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1999, p. 256.

ceux d'un despote, placé volontairement ou non, au sein d'un malentendu³⁴⁴⁷. Cependant, « la société libérale ne recourt-elle pas à lui faute de mieux ? »³⁴⁴⁸ Cette interrogation énoncée par le professeur COSTA pointe effectivement une des faiblesses du relativisme démocratique et du détournement des fictions qui fonde sa légitimité. La contestation juridictionnelle est, à ce titre, l'illustration de la promotion du doute légitime, dont les garanties se rassemblent autour d'un standard de justiciabilité du droit. Elle officialise le conflit comme moyen de concrétisation du projet d'autonomie. Sa justification se trouve dans son objet, en faisant des droits fondamentaux des normes nécessaires à la démocratie, et dans ses moyens, en instaurant des procédures donnant au juge le rôle d'autorité « jurislatrice », indépendante et impartiale, ayant l'immense responsabilité de garantir ces droits en conciliant ceux des individus et ceux de la communauté. Mais le doute est alors double : il est celui du justiciable qui s'interroge sur la garantie et la protection de ses droits, mais il est aussi celui du juge qui va mettre en balances les intérêts contradictoires qui lui sont présentés. En outre, si la sentence bénéficie de l'autorité de chose jugée, elle n'est pas non plus figée une fois pour toutes ; elle reste toujours en proie à l'éventualité d'une réinterrogation future. Comme le rappelait HART, le conflit juridictionnel assure le contrôle permanent des normes³⁴⁴⁹. Il permet de rendre juridiquement tangible et descriptible le phénomène d'actualisation et donc d'évolution du droit par la contestation. Selon une autre méthode, elle rappelle également les vœux de Doyen HAURIOU, qui voyait quant à lui dans l'institution la voie de « l'évolution créatrice »³⁴⁵⁰. La fonction juridictionnelle se retrouve gardienne d'une garantie d'association entre permanence et changement au sein de l'ordre juridique, car elle est, elle aussi, un vecteur d'ordre de la démocratie contemporaine. « C'est là un aspect fondamental de la fonction des tribunaux : leur rôle ne se réduit pas à celui de simples justiciers chargés de réprimer les comportements s'écartant du droit et de faire ainsi régner l'ordre dans la Cité ; il est d'abord de faire régner l'ordre dans le droit lui-même, dans les représentations qu'on s'en fait. Il s'agit, par l'autorité même qui s'attache caractéristiquement à leur magistrature, de préserver l'expérience juridique du chaos et de la cacophonie dont elle se trouve virtuellement menacée »³⁴⁵¹. D'un autre côté, néanmoins, c'est à l'observateur de

³⁴⁴⁷ Voir en ce sens, DESMONS (É.), « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 26. Disponible à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/peut-on-encore-critiquer-la-politique-des-droits-de-lhomme/>.

³⁴⁴⁸ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 75.

³⁴⁴⁹ HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, coll. Collection générale, 2005, p. 155.

³⁴⁵⁰ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{re} éd., 1910, p. 19.

³⁴⁵¹ AMSELEK (P.), « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », in TERRE (F.), *le doute et le droit*, *op. cit.*, p. 73.

douter à son tour. Si les droits fondamentaux conduisent, en effet, à faire du justiciable l'initiateur d'une procédure censée garantir son autonomie au regard de ses droits fondamentaux, et du juge l'intermédiaire indispensable et privilégiée de cette procédure, ce dernier n'en reste pas moins au service du droit et de la cohérence de l'ordre juridique dans son ensemble. Dès lors, le sempiternel problème de l'articulation entre droits subjectifs et droit objectif s'en voit potentialisé. Comme cela a pu être exposé, l'effet utile d'une contestation de droit n'est pas, dans son principe, un automatisme, mais une opportunité qui reste suspendue au statut d'hypothèse. La représentativité des intérêts portés devant le juge demeure incertaine et relative. La participation de l'individu à l'évolution du droit, et par extension, à l'autonomie du système, est ainsi plus suscité, provoquée par le justiciable, plutôt que programmée. Le procès est une occasion à la correction du droit, dont le juge se saisit ; et c'est dans sa finalité longue³⁴⁵² que la justice continue à entraîner la démocratie dans un avenir toujours indéterminé. Là se retrouvent, encore une fois, les hésitations de l'ambition d'une repolitisation. Tout du moins, même instrumentalisée par le justiciable et objectivée par le juge, la QPC demeure l'occasion de susciter un débat constitutionnel sur des potentiels sujets de société, et donc un thème attrayant, de près ou de loin, à une forme de politique. L'idée d'une appropriation de la Constitution demeure d'une part élargie et diffusée à « tout justiciable » *lato sensu*, et non pas à celui citoyen *stricto sensu*³⁴⁵³ mais, d'autre part, elle reste potentiellement stoppée aux portes de l'office du juge. Ce relativisme démocratique rappelle encore que sortir d'un paradoxe revient inévitablement à en générer de nouveaux, où le juge demeure, par lui et malgré lui, « un défenseur inespéré et irremplaçable [...] à la fois indispensable et imparfait »³⁴⁵⁴. Si désormais les enjeux se déplacent, les réponses demeurent, quant à elles, toujours aussi incertaines. La question précédemment posée par le professeur COSTA renvoie de nouveau à celle de l'un des précurseurs de la pensée sur la justice. Pour paraphraser ainsi ARISTOTE, dans son *Éthique à Nicomaque*, la réponse renvoie à son tour aux renouvellements du doute : « la justice est donc un juste milieu, si du moins le juge en est un »³⁴⁵⁵.

³⁴⁵² RICŒUR (P.), « L'acte de juger », *Esprit*, 1992, n° 183, p. 20

³⁴⁵³ CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *op. cit.*, p. 92.

³⁴⁵⁴ COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *op. cit.*, p. 75.

³⁴⁵⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, chap. IV.

CONCLUSION GENERALE

571. « Justice : Ne jamais s'en inquiéter ». Telle est la manière dont Gustave FLAUBERT, dans son *Dictionnaire des idées reçues*³⁴⁵⁶, appréciait ce qui est aujourd'hui l'emblème de la démocratie contemporaine. Libre au lecteur, à l'issue de cette étude, d'en apprécier, le double sens. Toujours est-il que, pour prendre un tel objet au sérieux, et par souci d'exhaustivité, il revient à tout chercheur de jouer sur les deux tableaux ; c'est là l'impératif nécessaire pour bénéficier d'une vision à grand angle. L'occasion est aussi celle de prendre du recul, en replaçant cette idée reçue dans son temps pour la convoquer au jugement de ses contemporains. C'est dans cette perspective que la présente étude s'est placée. Faut-il s'inquiéter de la justice ? Assurément, dans le sens où il convient d'y porter le plus grand intérêt, à l'heure où justice et demande de justice sont des valeurs refuges³⁴⁵⁷ qui résonne en tout questionnement sur la démocratie. Apprécier, plus concrètement, la question de la justiciabilité en tant que critère de la démocratie constitutionnelle est l'occasion d'apporter l'expertise du juriste à l'heure où celle-ci a irrigué l'ensemble droit, et notamment le droit constitutionnel, pour s'imposer comme une sorte de maxime universelle : « *tout doit être justiciable* ». Elle prescrit, en ce sens, l'indispensabilité des droits de l'homme, concrétisés en droits fondamentaux, et la revalorisation de la Constitution pour remédier, une fois pour toutes, à la dénonciation de leur ancienne « virtualité ». Aussi rappelle-t-elle que « ce ne sont pas les mots qui comptent, mais la réalité »³⁴⁵⁸. Afin de rendre compte de cette réalité, la définition de la justiciabilité proposée par cette étude, en tant que concept juridique, systématise et identifie trois composantes fondamentales : elle suppose des droits justiciables, des sujets de droit justiciables et des procédures juridictionnelles.

572. L'intérêt d'en étudier ses différents aspects et implications s'est ensuite justifié par son imprégnation conjoncturelle. Dans le droit positif, de manière générale, la justiciabilité est la traduction contemporaine d'une garantie des droits en justice, nationale et supranationale,

³⁴⁵⁶ FLAUBERT (G.), *Le Dictionnaire des idées reçues* (1850), Paris, Librairie Générale Française, coll. Livre de poche/Classiques, 1997, p. 97.

³⁴⁵⁷ OTERO (Ch.), « Le juge est-il vraiment “la valeur refuge pour temps de crise” », in *Contributions en l'honneur du professeur Jacques Bouveresse*, Paris, L'Épilogue-Lextenso, Collection Académique, 2015, pp. 289-303.

³⁴⁵⁸ DUPUIS (G.), « Préface », in BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, p. III.

accordée à « toute personne » ou, plus explicitement, à « tout justiciable »³⁴⁵⁹. Dans le discours politique, elle est également pleinement insérée dans une promotion permanente de « démocratisation de la démocratie ». En effet, « les droits et libertés deviennent une figure imposée des discours politiques et les pouvoirs publics multiplient les reconnaissances de droits nouveaux. La place nouvelle des droits et libertés est liée à un élan de juridicisation de la société française [...] le constat du peu de conséquences pratiques qui résultent des textes tend à apparaître comme une anomalie générant un sentiment d'insatisfaction »³⁴⁶⁰. Que ce soit, donc, dans le discours politique ou juridique, cette ubiquité devait susciter réflexions, questionnements et critiques.

573. Si ces enjeux n'ont cessé de mobiliser la sociologie ou la philosophie politique, elles n'ont encouragé les études juridiques que depuis quelques décennies. C'est alors l'occasion pour le juriste d'en proposer une réflexion à vocation systématique pour la confronter, à son tour, à sa réalité juridique. Telle a été la motivation de cette étude : rationaliser, proposer de définir et mettre à l'épreuve un objet qui façonne aujourd'hui la démocratie et en dessine les contours. Car, c'est aussi ce qui en fait la singularité et le privilège de l'individu qui y participe : il y est à la fois spectateur et acteur. Finalement, submergée d'ambitions et de reproches, la justiciabilité a permis d'établir un constat à l'image du régime qu'elle entend porter : celui d'un bilan relatif.

574. Si à l'origine la démocratie s'est figée sur le mythe fondateur de l'élection comme « point de départ de l'organisation du pouvoir »³⁴⁶¹, cette première « n'a pas tenu les promesses de l'autogouvernement »³⁴⁶². En réaction, la démocratie constitutionnelle s'est construite et légitimée sur le projet de compléter et corriger les faiblesses de l'autonomie politique. La consécration du contrôle de constitutionnalité, dès les débuts de la V^e République, puis l'entrée en vigueur de la QPC, ont participé de manière fulgurante à faire de la justiciabilité de la Constitution l'achèvement du projet de la modernité juridique : redonner à l'individu la faculté de reprendre l'initiative de ses droits pour refonder une participation au pouvoir basée sur un consentement critique au nom du texte fondateur de l'ordre juridique. Ces nouveaux repères pour la démocratie, portés par le courant dit « néo-constitutionnaliste », désormais dominant,

³⁴⁵⁹ Art. 61-1, Const. 1958.

³⁴⁶⁰ ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, pp. 13-14.

³⁴⁶¹ DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 10.

³⁴⁶² BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardiet J.-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007, p. 203.

ne sont pour autant pas exempts de critiques dans la doctrine juridique. Déplorant une désincarnation de la Constitution, en tant qu'acte fondateur de la communauté politique, au profit d'un catalogue de droits subjectifs instrumentalisés et mercantilisés au nom de prétentions subjectives de la part des justiciables, la doctrine du droit politique propose, par exemple, un prisme d'analyse porté vers une réhabilitation des repères structurant une certaine tradition républicaine. Tout ne serait alors qu'affaire de constructions et de performances, de sorte que, « la fiction constitutionnaliste ne serait pas plus crédible que la fiction représentative »³⁴⁶³. Partant de là, la présente étude s'est évertuée à proposer un angle d'analyse permettant à la fois de comprendre ces fictions légitimantes, afin d'en décrire les réalités et d'en évaluer les ambitions.

575. La première perspective d'analyse s'est consacrée à présenter les fondements de la démocratie constitutionnelle contemporaine pour en développer les conséquences. Le prisme de la dépolitisation a, à ce titre, permis de saisir le processus de formation de la signification actuelle de la justiciabilité. D'une part, elle prend sa source dans le principe d'universalité des droits, lequel a progressivement insufflé un processus de dénationalisation des droits fondamentaux. Dans ce contexte, la démocratisation de la Constitution, l'internationalisation de la souveraineté ou la substitution du citoyen par le modèle du sujet de droit justiciable sont autant de phénomènes qui appellent à apprécier sous un angle actualisé ces concepts fondateurs. En effet, si le principe d'autonomie engage, par principe, une communauté politique de citoyens, membre du corps souverain, le paradigme droit-de-l'homme moderne, prenant pour référentiel la personne humaine, prescrit, quant à lui, sous couvert du principe d'universalité, que tout sujet de droit justiciable puisse soumettre au juge une interprétation de ses droits fondamentaux ; qu'il soit, ou non, membre du corps souverain (citoyen, national ou étranger). D'autre part, la justiciabilité permet de construire un standard de garanties procédurales visant à assurer à tout individu la possibilité de défendre ses droits en justice. De la sorte, elle concrétise le projet initial du constitutionnalisme de la V^e République visant, sous l'égide de l'État de droit, à promouvoir une « démocratie saisie par le droit »³⁴⁶⁴. Ainsi déclare-t-elle le règne du droit, où la procédure s'incarne en rempart contre les errements du pouvoir politique. De ce fait, par la contestation juridictionnelle des droits, le doute légitime s'incarne en référentiel.

³⁴⁶³ JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22, p. 20.

³⁴⁶⁴ RAYNAUD (Ph.), « La démocratie saisie par le droit », *Le Débat*, 1995, n° 87, pp. 97-116.

576. La seconde grille d'analyse s'est évertuée à montrer, quant à elle, les implications de ces mutations, en évaluant l'ambition d'une repolitisation de la démocratie par la justiciabilité, au regard d'un discours largement répandu, visant à placer dans la justice les espoirs d'un nouveau rapport entre l'individu et l'État. Là encore, l'objectif a été de préciser la réalité de cette prétention, pour la traduire en phénomène juridique. C'est alors une conception spécifique de l'autonomie qui entre en scène. L'autonomie politique traditionnelle se voit distinguée d'une autonomie dite « normative », avec ses traits spécifiques, donnant faculté aux justiciables, au nom de leurs droits fondamentaux, de participer continuellement à la création, la correction ou la suppression de normes auxquelles ils sont soumis. Cette ambition de repolitisation prend appui sur un principe d'égale garantie et d'égal pouvoir de prétention à susciter la correction du droit par une communauté identifiée de sujets de droit. Selon ses propres présupposés, elle prône une forme de pouvoir fondée sur une logique concurrentielle d'interprétation du bien commun. Par ce processus, c'est non plus le citoyen, pris dans la particularité de son statut politique, mais tout justiciable qui contribue, par le biais du juge, à l'actualisation constante du système. Pour lui rendre alors sa cohérence, il demeure opportun de ne pas concevoir la revendication des droits selon un principe exclusivement libéral de non-interférence entre les sphères privées et publiques, mais plutôt dans l'expression d'un consentement critique, où chaque revendication individuelle, à l'issue de la décision juridictionnelle, rétroagit sur l'ensemble de l'ordre juridique. Cette contribution à l'évolution et à l'actualisation du droit ne peut être négligée, car elle est désormais un phénomène prégnant pour la démocratie constitutionnelle. Mais elle n'est pas non plus exempte d'illusions ou source de malentendus dans les espoirs qu'elle peut fonder, car elle crée elle-même ses nouvelles fictions légitimantes. À cette occasion, elle rappelle une contradiction fondamentale : si le statut de tiers impartial et indépendant fait la légitimité du juge, alors ce dernier n'est, théoriquement, ni du côté du justiciable, ni de celui de l'État. Toujours est-il que, face à cet horizon indépassable, le malentendu persiste, mais n'empêche pas la diversification et l'accélération de l'évolution du droit sous l'influence du juge, à l'initiative des recours intentés par les justiciables ; que cela soit, de leur part, volontaire ou non. Il a alors été question de démontrer que l'émergence d'un peuple-juge, qui renouvellerait le phénomène démocratique, ne s'applique que partiellement dans la réalité juridique : en réorientant sa confiance vers ce médiateur, incarné dans le juge, la démocratie constitutionnelle impose à ce dernier l'immense responsabilité de maintenir un équilibre précaire et en tension entre l'Un et le Multiple.

577. Ces nouveaux repères ne demeurent donc pas figés ; c'est là la fatalité de la démocratie. Si la justiciabilité offre, en effet, par son omniprésence, un angle de vue suffisamment large d'observation pour une description et une évaluation, il ne faut pas omettre l'idée selon laquelle ce nouveau paradigme portant l'immanence du droit et de la justice marque aussi celui de « la fin de l'histoire finie »³⁴⁶⁵. Car cette étude est aussi l'occasion d'une prise de recul suffisante pour, à l'instar de FLAUBERT, s'inquiéter des idées reçues, et constater que cette démocratie « se déploie et se métamorphose dans le temps ; elle se révèle et se renouvelle au fil d'un tâtonnement qui ne cesse d'en infléchir les voies et d'en enrichir les formes »³⁴⁶⁶. Ce relativisme et ce « cercle vertueux » de revendications et d'actualisation du droit par le droit la place, en même temps, dans l'indétermination. Pour le philosophe Miguel ABENSOUR, « l'ensemble des luttes pour la défense des droits acquis et la reconnaissance des droits bafoués ou non encore reconnus » préfigure une « démocratie sauvage »³⁴⁶⁷ qui, reprise par Claude LEFORT, entraînerait le sujet démocratique dans une quête sans fin de repères. Ainsi rappelle-t-il : « On voudrait que les droits de l'homme ne soient point réduits aux droits acquis [...] ; qu'il soit dit encore que la protection des libertés individuelles n'est pas seule en cause, mais aussi la nature du rapport social et que, là où la sensibilité au droit se diffuse, la démocratie est nécessairement sauvage et non pas domestiquée »³⁴⁶⁸. Qu'il soit permis, pour finir, de s'en réjouir ou de le déplorer, la démocratie est, quoiqu'il en soit, destinée à nous ramener au mythe, celui de Sisyphus, d'un effort sans cesse recommencé, alternant déliaisons et renouements. Pour le présent, et l'avenir, l'étude de la justiciabilité a au moins le mérite de nous rappeler, avec les mots de Jean CARBONNIER, que le droit « est un soleil qui ne se couche jamais »³⁴⁶⁹.

*

* *

³⁴⁶⁵ GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2017, p. 381.

³⁴⁶⁶ GAUCHET (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1995, p. 5.

³⁴⁶⁷ ABENSOUR (M.), « “Démocratie sauvage” et “principe d'anarchie” », *Revue européenne des sciences sociales*, 1993, n° 97, pp. 225-241.

³⁴⁶⁸ LEFORT (Cl.), *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1979, p. 23.

³⁴⁶⁹ CARBONNIER (J.), « Nocturne », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 7^e éd., 1992, p. 61.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. DICTIONNAIRES, CODES, LEXIQUES ET RECUEILS

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, 1050 p.

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige 2003, 1649 p.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, 758 p.

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, 1362 p.

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Dictionnaire Dalloz, 2010, 750 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., 2020, 1092 p.

DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris PUF, 1992, 1120 p.

FLAUBERT (G.), *Le Dictionnaire des idées reçues* (1850), Paris, Librairie Générale Française, coll. Livre de poche/Classiques, 1997, 251 p.

ÉLIAS (N.), *Du temps*, Paris, Fayard, 2018, 224 p.

EHRENBERG (A.), *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, 358 p.

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Les Introuvables, 2001, 1296 p.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14^{ème} éd., 2013, 1035 p.

GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIE (F.), OLIVA (É.), ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 17^{ème} éd., 656 p.

GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, coll. Lexiques, 19^e éd., 2012, p. 57.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. Quadrige, rééd. 2013, 1325 p.

MASTOR (W.), BENETTI (J.), ÉGÉA (P.), MAGNON (X.) (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Paris, Dalloz, coll. Grands Discours, 1^{ère} éd., 2017, 908 p.

MAUS (D.) (dir.), *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, 2001, vol. IV, 403 p.

RAYNAUD (Ph.), RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2015, 892 p.

REY (A.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1995, 3500 p.

RENOUX (Th.), VILLIERS (M. de), MAGNON (X.) (dir.), *Code constitutionnel*, Paris, LexisNexis, coll. Code bleu, 2021, 1600 p.

II. OUVRAGES GENERAUX ET MANUELS

- ACKERMAN (B.), *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine* (1991), trad. J.-F. Spitz, Paris, Calman-Lévy, 1998, 434 p.
- ALAIN, *Propos sur les pouvoirs*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2014, 371 p.
- ALAIN, *Le citoyen contre les pouvoirs*, Présentation de François Bourricaud, Slatkine Reprints, rééd. 2014, 244 p.
- ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, coll. La République des idées, 2005, 96 p.
- ARCY (F. d'), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, 250 p.
- ARENDT (H.), *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1985, 490 p.
- ARENDT (H.), *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, Paris, Seuil, 1991.
- ARENDT (H.), *Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine*, Paris, Calman-Lévy, coll. Agora, 2012, 249 p.
- ARENDT (H.), *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, trad. M. Leiris et H. Frappat, Paris, Fayard, coll. Essais, 2010, 378 p.
- ARISTOTE, *Politique II*, Paris, Les belles lettres, coll. Classiques en poche, 1998, 128 p.
- ARISTOTE, *Sur la Justice. Éthique à Nicomaque*, Livre V, trad. R. BODEÛS, Flammarion, Paris, 2008, 123 p.
- ARON (A.), *Introduction à la philosophie politique. Démocratie et révolution*, Paris, éd. de Fallois, coll. Références, 1997, 253 p.
- ARON (R.), *Penser la liberté, penser la démocratie*, Paris, Gallimard, coll. Quarto, 2005, 1814 p.
- ATLAS (C.), *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, 407 p.
- AUDARD (C.), *Qu'est-ce que le libéralisme. Éthique, politique, société*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2009, 843 p.
- BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 2011, 306 p.
- BARON DE GERANDO (J.-M.), *De la procédure administrative*, Extrait de la 16^{ème} livraison de Thémis, Bibliothèque des jurisconsultes, leçon faite en juin 1820, 367 p.
- BARON DE GERANDO (J.-M.), *Institutes du droit administratif français ou éléments du Code administratif*, Paris, Nève, Librairie de la Cour de cassation, Palais de Justice n° 9,1829, t. 1, 466 p.
- BARRAUD (B.), *L'État : entre fait et normes*, Paris, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015, 416 p.
- BARTHELEMY (J.), *Précis de droit public*, Paris, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2006, 327 p.
- BASTID (P.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1939, 651 p.
- BASTID (P.), *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1985, 197 p.
- BAUME (S.), *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Michalon, coll. Bien commun, 2007, 113 p.
- BERLIN (I.), *Éloge de la liberté*, trad. J. CARNAUD et J. LAHANA, Paris, Calmann-Lévy, coll. Liberté de l'esprit, 1988, 282 p.
- BLANQUET (M.), ISAAC (G.), *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, coll. Université, 10^{ème} éd., 2012, 763 p.

- BOBBIO (N.), *Libéralisme et démocratie*, trad. N. Giovannini, Paris, Cerf, 1996, 123 p.
- BOBBIO (N.), *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardiet, J.-L. Pouthier, Paris, Seuil, 2007, 300 p.
- BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, traduite et présenté par D. Soldini, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2012, 186 p.
- BONNET (J.), GAHDOUN (P.-Y.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2014, 127 p.
- BOURDIEU (P.), *Sur l'État. Cours au Collège de France (1989-1992)*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2012, 656 p.
- BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Cours, 6^e éd., 2020, 1020 p.
- BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 9^e éd., 2021, 564 p.
- BURDEAU (G.), *La démocratie*, Paris, Seuil, 1966, 191 p.
- BURDEAU (G.), *Traité de science politique. L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1987, t. VI, 810 p.
- BURDEAU (G.), *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, LGDJ, 1973, t. VII, 671 p.
- BURDEAU (G.), *Traité de science politique. La démocratie et les contraintes du nouvel âge*, Paris, LGDJ, 1974, t. VIII, 673 p.
- CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Lexisnexis, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2017, 974 p.
- CAMUS (A.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de La Pléiade, quatre volumes, 2006, 1584 p.
- CAPPELLETTI (M.), *Le pouvoir des juges*, trad. R. David, Paris, PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1990, 397 p.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 7^{ème} éd., 1992, 496 p.
- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige manuels, 2016, 416 p.
- CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Paris, Seuil, coll. Essais, 14^{ème} éd., 2017, 487 p.
- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920, t. 1, 837 p.
- CARRE DE MALBERG (R.), *La loi, expression de la volonté générale* (1931), Paris, Economica, coll. « Classiques », 1984, 228 p.
- CASTORIADIS (C.), *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1975, 538 p.
- CASTORIADIS (C.), *La montée de l'insignifiance. Les carrefours du labyrinthe 4*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1996, 292 p.
- CASTORIADIS (C.), *Domaines de l'homme. Les carrefours du labyrinthe 2*, Paris, Seuil, coll. Essais, 1999, 570 p.
- CASTORIADIS (C.), *Démocratie et relativisme*, Paris, éd. Mille et une nuit, 2010, 142 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2016, 456 p.

- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Monchrestien, Lextenso, coll. Précis Domat, 13^e éd., 2008, 1540 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 4^e éd., 2003, 160 p.
- CHEVALLIER (J.), *Science administrative*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2007, 628 p.
- CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, LGDL-Lextenso, coll. Droit et société, 4^e éd., 2014, p. 103
- CHESNEAUX (J.), *Habiter le temps*, Paris, Bayard, coll. Société, 1996, 344 p.
- CIORAN (É.), *La chute dans le temps*, Paris, Gallimard, coll. Les essais, 1964, p. 183.
- CONDORCET (J.-A.-N de), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain, suivie de Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Paris, Masson et fils, 1822, 440 p.
- CONSTANT (B.), *Écrits politiques*, Textes choisis, présentés et annotés par MARCEL GAUCHET, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, 876 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, 439 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, Seuil, 2013, 197 p.
- DENQUIN (J.-M.), *Les droits politiques*, Paris, Montchrestien, coll. Préparation au C.R.F.P.A., 1996, 216 p.
- DENQUIN (J.-M.), *Penser le droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Coll. Droit politique, 2019, 321 p.
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing et Cie, 1911, t. II, 558 p.
- DUGUIT (L.), *L'État : le droit objectif et la loi positive* (1901), Paris, rééd. Dalloz, 2003, 623 p.
- DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel* (1923), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2007, 605 p.
- DUMONT (L.), *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Paris, Seuil, coll. Points, 1983, 310 p.
- DUVERGER (M.), *Introduction à la politique*, Paris, Gallimard, coll. Idées, 1964, 384 p.
- DWORKIN (R.), *La vertu souveraine*, Trad. J.-F. Spitz, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2007, 359 p.
- DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limaire, trad. révisée et présentée par F. Michaut, Paris, PUF, 1995, 515 p.
- ÉLIAS (N.), *Du temps*, Paris, Fayard, 2018, 224 p.
- EHRENBERG (A.), *L'individu incertain*, Paris, Calmann-Lévy, 1995, 358 p.
- EISENMANN (Ch.), *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Textes réunis par CH. LEBEN, Paris, Éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, 668 p.
- ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon Assas, coll. Les Introuvables, 2001, 1296 p.
- FAURE (C.), *La Déclaration des droits de l'homme de 1789*, Payot, coll. Petite Bibliothèque Payot, Paris, 2^e éd., 1992, 486 p.
- FAURE (C.), *Ce que déclarer des droits veut dire. Histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 2011, 541 p.
- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 23^e éd., 2021, 1179 p.

- FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIAN (F.), PENA (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 6^e éd., 2012, 701 p.
- FELLOUS (G.), *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, Paris, La Documentation française, coll. Les études, 2010, 266 p.
- FREUND (J.), *Sociologie du conflit*, Paris, PUF, coll. Politique élatée, 1983, 380 p.
- FRIEDRICH (C.-J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque de la science politique, 1958, 564 p.
- FROMONT (L.), VAN WAEYENBERGE (A.) (dir.), *Actualité de la protection juridictionnelle dans et par l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2017, 263 p.
- FURET (F.), HALEVI (R.), *Orateurs de la Révolution française*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1989, t. I, 1744 p.
- GAILLET (A.), HOCHMANN (Th.), MARSCH (N.), VILAIN (Y.), WENDEL (M.), *Droits constitutoinnel français et allemand*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2019, 528 p.
- GARAPON (A.), *Le gardien des promesses. Justice et Démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.
- GAUCHET (M.), *Le désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, coll. Folio/essais, 1985, 457 p.
- GAUCHET (M.), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 1995, 304 p.
- GAUCHET (M.), *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 2002, 420 p.
- GAUCHET (M.), *La démocratie d'une crise à l'autre*, Éditions Cécile Defaut, 2007, 54 p.
- GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie I. La révolution moderne*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2007, 264 p.
- GAUCHET (M.), *L'avènement de la démocratie IV. Le nouveau monde*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2017, 749 p.
- GAUTHIER (C.), PLATON (S.), SZYMCAK (D.), *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, Sirey, Coll. Université, 2017, 518 p.
- GOYARD-FABRE (S.), *Qu'est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1998, 237 p.
- GOYARD-FABRE (S.), *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris, Vrin, coll. Histoire des idées et des doctrines, 2002, 372 p.
- GRIDEL (J.-P.), *Introduction au droit et au droit français*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1994, 805 p.
- GROTIUS (H.), *De jure belli ac pacis. Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2012, 868 p.
- GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par V. Champeil-Desplats, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2010, 269 p.
- GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institution juridictionnelle*, Dalloz, coll. Précis, 12^e éd., 2013, p. 1098.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C. S.), DELICOSTOPOULOS (I. S.), DOUCHY- OUDOT (M.), FERRAND (F.), LAGARDE (X.), MAGNIER (V.), RUIZ FABRI (H.), SINOPOLI (L.), SOREL (J.-M.), *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 13^{ème} éd., 2021, 1611 p.

- GURVITCH (G.), *La Déclaration des droits sociaux* (1946), Paris, rééd. Dalloz, 2009, 192 p.
- HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, coll. Essais, 1997, 551 p.
- HAMON (F.), WEINER, (C.) *La justice constitutionnelle en France et à l'étranger*, Paris, LGDJ-lextenso, coll. Systèmes, 2011.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1^{ère} éd., 1910, 293 p.
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, Paris, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, pp. 701-702.
- HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel* (1929), 2^e éd., Paris, rééd. Dalloz, 2015, 759 p.
- HAURIOU (M.) *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Toulouse, Centre de philosophie politique et juridique, rééd. 1986, 191 p.
- HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, coll. Libre échange, 1980, vol. 1, 208 p.
- HEIDEGGER (M.), *Être et Temps*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque de philosophie, 1986, p 474.
- HUMBOLDT (W. von), *Essai sur les limites de l'action de l'État*, trad. H. Chrétien et révisé par K. Horn Paris, Les belles lettres, coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2004, 208 p.
- HUMMEL (J.), *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, éd. Michel Houdiard, coll. Essais, 2010, 171 p.
- JAUME (L.), *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1986, 244 p.
- JAUME (L.), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, 591 p.
- JELLINEK (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, Paris, éd. Albert Fontemoing, 1902, 101 p.
- JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Première partie), Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, rééd. 2005, 574 p.
- JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit, Théorie générale de l'État* (Deuxième partie), Paris, Éd. Panthéon-Assas, Coll. Les Introuvables, rééd. 2005, 592 p.
- JHERING (R. von), *La lutte pour le droit*, 1872, présentation O. Jouanjan, Paris, rééd. Dalloz, 2006, 113 p.
- JOUVENEL (B. de), *Du pouvoir*, Paris, Hachette, Pluriel, 1972, 607 p.
- KANT, *Réponse à la question : qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. J.-F. Poirier et Fr. Proust, Paris, Flammarion, 1991, 6 p.
- KANT (É.), *Doctrine du droit, in Métaphysique des mœurs*, trad. A. Philonenko, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1971, 279 p.
- KANT (É.), *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique* (1784), trad. L. Ferry, Paris, Gallimard, coll. Folioplus philosophie, 2009, 125 p.
- KANT (É.), *Projet de paix perpétuelle*, trad. J. Gibelin, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie, 2013, 137 p.
- KELSEN (H.), *La démocratie. Sa nature. Sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Economica, coll. Classiques, 1988, 98 p.
- KOJEVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, 588 p.
- KRIEGEL (B.), *Propos sur la démocratie. Essai sur un idéal politique*, Paris, Descartes & Cie, 1994, t. 3, 131 p.

- KRIEGEL (B.), *Réflexions sur la justice et sur la loi*, Paris, Plon, 2001, 264 p.
- KRYNEN (J.) (dir.), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 1999, 278 p.
- KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2009, t. I, 326 p.
- KRYNEN (J.), *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2012, t. II, 432 p.
- LABOULAYE (E.), *Questions constitutionnelles*, Paris, Éd. Charpentier et Cie, 1872, rééd. Hachette livre, BnF, 440 p.
- LEFORT (Cl.), *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 1994, 331 p.
- LEVINAS (E.), *Humanisme de l'autre homme*, Paris, Fata Morgana, coll. Biblio-essais, 1972, 123 p.
- LEVINAS (E.), *Hors sujet*, Paris, Fata morgana, coll. Biblio essais, 1987, 218 p.
- LEVINAS (E.), *Altérité et transcendance*, Paris, Fata Morgana, coll. Biblio Essais, 1995, 182 p.
- LEVINET (M.), *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, LGDJ, Nemesis, Antemis, coll. Droit et Justice, 4^{ème} éd., 2012, 828 p.
- LORAUX (N.), *La cité divisée. L'oubli dans la mémoire d'Athènes*, Paris, Payot, coll. Petite bibliothèque d'histoire, 2019, 349 p.
- LUHMANN (N.), *La légitimation par la procédure*, Paris, Cerf, 2001, 300 p.
- LUHMANN (N.), *Le droit de la société*, trad. L. K. Sosoe, Presses de l'Université de Laval, coll. Dikè, 2019, 500 p.
- MACPHERSON (C. B.), *Principes et limites de la démocratie libérale*, trad. A. D'Allemagne, Paris, La découverte, coll. Armillaire, 1985, 164 p.
- MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Coll. Université Droit, 2008, 167 p.
- MAISTRE (J. de), *Considérations sur le France*, Londres, 2^{nde} éd., 1797, 256 p.
- MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, coll. Champs/essais, 2014, 347 p.
- MARZANO (M.), *Le contrat de défiance*, Paris, Grasset, coll. Mémoires, 2010, 320 p.
- MILL (J.-S.), *De la liberté*, trad. L. Lenglet, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 2014, 258 p.
- MILL (J.-S.), *Considérations sur le régime représentatif*, trad. M. Bozzo-Rey, J.-P. Cléro, C. Wrobel, Paris, Hermann, 2014, 392 p.
- MONTAIGNE (M. de), *Les Essais*, Paris, Gallimard, coll. Quarto, 2009, 1376 p.
- OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, 376 p.
- OST (F.), *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 206 p.
- OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016, 570 p.
- PAINE (Th.) *Droits de l'homme. En réponse à l'attaque de Monsieur Burke (1791)*, Paris, Hachette BNF, coll. Histoire, 2016, 244 p.
- PASCAL, *De l'esprit géométrique*, Paris, Flammarion, 1985, 252 p.
- PASQUINO (P.), *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998, 262 p.

- PECES-BARBA (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, 497 p.
- PELLOUX (R.), *Le citoyen devant l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1963, 252 p.
- PERROT (R.), SOLUS (H.), *Droit judiciaire privé. Introduction, notions fondamentales et organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961, t. 1, 1147 p.
- PESSIN (A.), *Le Mythe du peuple et la société française du XIX^{ème} siècle*, Paris, PUF, coll. Sociologie d'aujourd'hui, 1992, 280 p.
- PETIT (Ph.), *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Paris, Gallimard, coll. Essais, 2004, 444 p.
- RASSAT (M.-L.), LEMOYNE DE FORGES (J.-M.), LEMOYNE DE FORGES (P.) (dir.), *Institutions administratives et juridictionnelles*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2005, 390 p.
- RIALS (A.), *L'accès à la justice*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993, 126 p.
- RIALS (S.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 1988, 771 p.
- RICEUR (P.), *Le juste, la justice et son échec*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2005, 74 p.
- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^{ème} éd., t. 1, 2003, 271 p.
- RIVERO (J.), MOUTOUH (H.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, coll. Thémis, 9^{ème} éd., t. 2, 2003, 269 p.
- ROSANVALLON (P.), *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio Histoire, 1992, 640 p.
- ROSANVALLON (P.), *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, coll. L'univers historique, 1990, 384 p.
- ROSANVALLON (P.), *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2006, 344 p.
- ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique : impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, coll. Essais, 2008, 367 p.
- ROSANVALLON (P.), *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 2010, 496 p.
- ROYER (J.-P.), DERASSE (N.), ALLINNE (J.-P.), DURAND (B.), JEAN (J.-P.), *Histoire de la justice en France du XVIII^{ème} siècle à nos jours*, PUF, coll. Droit Fondamental, 5^{ème} éd., 2016, 1290 p.
- ROYER (H.), *La crise de la théorie de l'État*, trad. O. Jouanjan, Paris, Dalloz, coll. Tiré à part, 2012, 114 p.
- ROYER (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIII^{ème} siècle*, Paris, PUF, 1979, 347 p.
- SCHMITT (C.), *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, trad. S. Baume, Genève, Librairie Droz, 2003, 152 p.
- SCHNAPPER (D.), *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994, 240 p.
- SCHNAPPER (D.), *Qu'est-ce que la citoyenneté*, Paris, Gallimard, coll. Folio, 2000, 320 p.
- SCHNAPPER (D.), *L'esprit démocratique des lois*, Paris, Gallimard, coll. Essais, 2014, 336 p.
- SCHMITT (C.), *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, 576 p.
- SIMMEL (G.), *Le conflit*, Trad. S. Muller, Circé, Poche, 2015, 156 p.
- SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, 784 p.

- SPANOU (C.), *Citoyens et administration : les enjeux de l'autonomie et du pluralisme*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, 2003, 274 p.
- SPENCER (H.), *L'individu contre l'État*, Paris, Manucius éditions, coll. Le philosophe, 2008, 146 p.
- TCHEN (V.), *Droit des étrangers*, Paris, Ellipse, coll. Mise au point, 2011, 2^e éd., 186 p.
- TOCQUEVILLE (A. de), *De la démocratie en Amérique II*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Histoire, 1986, 480 p.
- TOCQUEVILLE (A. de), *Le despotisme démocratique*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2009, 99 p.
- TOUZEIL-DIVINA (M.), *Dix mythes du droit public*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, 420 p.
- TROPER (M.), HAMON (F.), *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso, 34^{ème} éd., 2013, 744 p.
- TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Traités Dalloz, t. 1, 2012, 816 p.
- TURPIN (D.), *Le régime représentatif est-il démocratique ?*, Paris, PUF, 1978, 192 p.
- TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 6^e éd., 2003, 767 p.
- VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, coll. Quadridge, 2003, 624 p.
- VILLEY (M.), *La pensée juridique* (1960), Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2010, 225 p.
- VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadridge, rééd., 2014, 176 p.
- VERPEAUX (M.), *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Paris, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 2013, 118 p.
- VIALA (A.), *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. Cours magistral, 2010, 240 p.
- WALINE (M.), *Les Partis contre la République*, Paris, Rousseau et Cie, 1948, 164 p.
- WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, 436 p.
- WALZER (M.), *Sphères de justice : une défense du pluralisme et de l'égalité*, trad. P. Engel, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2013, 475 p.

III. OUVRAGES SPECIALISES

- ARKWRIGHT (E.), DELAMARRE (M.), *Citoyenneté et vie démocratique*, Paris, La documentation française, 2005, 185 p.
- AVRIL (P.), *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997, 202 p.
- BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2008, 315 p.
- BARRET-KRIEDEL (B.), *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1989, 128 p.
- BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, Réunis, traduits et présentés par O. JOUANJAN, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2000, 318 p.
- BREYER (S.), *Pour une démocratie active*, Paris, Odile Jacob, 2007, coll. Sciences humaines et sociales, 229 p.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2013, 997 p.
- CERE (P.), *Manuel du juge de paix et du justiciable de la justice de paix*, Paris, Contillon, Libraire du Conseil d'État, 1854, 421 p.
- COLLIOT-THELENE (C.), *La démocratie sans « demos »*, Paris, PUF, coll. Pratiques théoriques, 2011, 213 p.
- CONSTANT (F.), *La citoyenneté*, Paris, Monchrestien, coll. Clefs Politique, 2^e éd., 2000, 160 p.
- DRAGO (G.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, 415 p.
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 179, 1984, 544 p.
- ESTLUND (D.), *L'autorité de la démocratie. Une perspective philosophique*, Hermann éditeurs, coll. L'avocat du diable, 2011, 528 p.
- FAVOREU (L.), *La politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988, 153 p.
- GAZIER (F.), CANNAC (Y.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, coll. EDCE, 2001, n° 35, 261 p.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, coll. Collection générale, 2005, 344 p.
- HERRERRA (C.-M.), *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, 331 p.
- HOCHMANN (Th.), REINHARDT (J.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, coll. Droits fondamentaux, 2018, 216 p.
- HOUREMBIE (F.), *Le pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2010, 212 p.
- JOUANJAN (O.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, 221 p.
- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 604.

- KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1997, 517 p.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2^{ème} éd., 1999, 367 p.
- KELSEN (H.), *Qui doit être le gardien de la Constitution* (1932), trad. S. Baume, Paris, Michel Houdiard, coll. Le sens du droit, 2006, 138 p.
- LAGARDE (P.), *La nationalité*, Paris, Dalloz, coll. Manuel Dalloz de droit usuel, 1997, 454 p.
- LECUCQ (O.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection*, Paris, L'Harmattan, coll. Bibliothèques de droit, 2001, 290 p.
- LECUYER (Y.), *Le droit à des élections libres*, éd. Conseil de l'Europe, 2014, 142 p.
- LEJEUNE (A.), *Le droit au droit*, Paris, Éd. des archives contemporaines, 2011, 128 p.
- LEFORT (Cl.), *Éléments d'une critique de la bureaucratie*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1979, 392 p.
- LE PORS (A.), *La citoyenneté*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^e éd., 2011, 127 p.
- LOCHAK (D.), *Étrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, coll. politique d'aujourd'hui, 1985, 256 p.
- LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2010, 254 p.
- LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 4^e éd., 2018, 127 p.
- MATHIEU (B.), *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, 191 p.
- MATHIEU (B.), *Justice et politique : la déchirure ?*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2015, 192 p.
- MATHIEU (B.), *Le droit contre la démocratie*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. Forum, 2017, 304 p.
- MAULIN (É.), *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003, 344 p.
- MEYER-BISCH (P.), *Le corps des droits de l'homme*, éd. Universitaire Fribourg Suisse, coll. Interdisciplinaire série « Documents », 1992, 402 p.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (1948), Paris, rééd. Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, 183 p.
- NEMO (Ph.), *La société de droit selon F. A. Hayek*, Paris, PUF, coll. Libre échange, 436 p.
- OBERDORFF (H.), *Les institutions administratives*, Paris, Dalloz, coll. Sirey université, 6^{ème} éd., 2010, 324 p.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau : Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, coll. Droit, 2010, 598 p.
- POULLAIN (B.), *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, PUAM, 1990, 310 p.
- RAYNAUD (Ph.), *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Collin, coll. Le temps des idées, 2008, 288 p.
- RIDEAU (J.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, Hors collection, 1998, 230 p.
- SALAS (D.), *Le Tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, coll. Pluriel, 2000, 323 p.
- TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. N. Boucquey et G. Maier, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La Pensée Juridique Moderne, 1996, 393 p.
- TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris PUF, coll. Léviathan, 2001, 352 p.
- TROPER (M.), *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, coll. Histoire des constitutions de la France, 2006, 779 p.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, 360 p.

TUSSEAU (G.), *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, coll. « Ricerche di Diritto comparato », bononia University press, 2009, édition en français et en italien, 87 p.

VINCENT (V.), *Les conceptions néolibérales du droit*, Paris, Economica, coll. Corpus/Essais, 2002, 385 p.

IV. OUVRAGES COLLECTIFS

- AGACINSKI (S.), ENGELHARD (Ph.), KLEIN (É.), LAÏDI (Z.), OST (F.), SCHWARTZ (Y.), HÉNAFF (M.) (dir.), *Figures du temps*, Parenthèses, coll. Savoirs à l'œuvre, 2003, 153 p.
- ARLETTAZ (J.), BONNET (J.) (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2015, 202 p.
- AVRIL (P.), VERPEAUX (M.) (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2000, 256 p.
- BASTIEN (F.), DRAGO (G.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, 415 p.
- BEAUD (O.), PASQUINO (P.) (dir.), *La controverse sur « Le gardien de la Constitution » et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Actes du colloque à Berlin, Centre Marc Bloch, 21 juin 2006, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2007, 212 p.
- BEAUD (O.), COLLIOT-THÉLÈNE (C.), KERVÉGAN (J.-F.) (dir.), *Citoyenneté et droits subjectifs*, Paris, Classiques Garnier, 2017, 360 p.
- BELACEL (F.), CARCASSONNE (G.), BIOY (X.), FOUCHER (K.), MOUTON (S.), THIERRY (R. S.), SZYMCAK (D.) (dir.), *Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ?*, Actes de la 2^e journée d'études toulousaine, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, 2^e partie, 290 p.
- BEN ACHOUR (R.), GICQUEL (J.), MILACIC (S.) (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 304 p.
- BENOIT-ROHMER (F.), D'AMBRA (D.), GREWE (C.) (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, coll. Droit et justice, 2003, 267 p.
- BERNAUD (V.), FOUCHER (K.), MAGNON (X.), MIGNARD (J.-P.), RENOUX (Th. S.) (dir.), *QPC. La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit de contentieux*, Paris, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 2^e éd., 2013, 454 p.
- BERTHIER (L.), NEGRON (É.), PAULIAT (H.) (dir.), *Le justiciable et la protection de ses droits fondamentaux : la question prioritaire de constitutionnalité*, PULIM, Actes du colloque organisé à Limoges le 26 mars 2010, 2011, 172 p.
- BIOY (X.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 228 p.
- BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 398 p.
- BONIN (P.), BRUNET (P.), KERNEIS (S.) (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Actes du colloque international des 14 et 15 janvier 2013, Paris I Panthéon-Sorbonne et Paris-Nanterre, Paris, Pedone, coll. Colloque international, 2018, 344 p.
- BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. CREDHO, 2005, 712 p.
- CADIET (L.), RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003, 335 p.
- CALOZ-TSCHOPP (M.-C.) (dir.), *Hannah Arendt, les sans-États et le « droit d'avoir des droits*, Paris, L'Harmattan, 1998, vol. 1, 271 p.

- CARTIER (E.) (dir.), *La QPC, le procès et ses juges. L'impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013, 544 p.
- CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire de Varenne, coll. Colloques et Essais, 2015, 280 p.
- CARTIER (E.), TOULEMONDE (G.) (dir.), *Le Parlement et le temps : approche comparée*, Institut universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017, 364 p.
- CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2008, 384 p.
- CAYLA (O.), RENOUX-ZAGAME (M.-F.) (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 2002, 239 p.
- CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIII^e - XX^e siècle*, Éd. Panthéon-Assas, coll. Droit public, 2003, 216 p.
- CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Les 50 ans de la Constitution : 1958-2008*, Paris, LexisNexis, 1^{ère} éd. 2008, 392 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, coll. Néo-Rétro Constitutionnalisme, 367 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), FERRE (N.) (dir.), *Frontières du droit, critique de droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, 416 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Journée d'études du 24 novembre 2006 organisée par le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, Presses universitaires de Paris X, 2008, 265 p.
- CHIANEA (G.), CHABOT (J.-L.) (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel. 1848-1948-1998*, Actes du colloque de Grenoble, avril 1998, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences Politiques, 2000, 398 p.
- COLAS (D.), EMERI (CL.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui 1991, 505 p.
- COMMAILLE (J.), KALUSZYNSKI (M.) (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, 328 p.
- CONAC (G.), DEBENE (M.), TEBOUL (G.) (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, 367 p.
- CONAC (G.), DELPEREE (F.), PACTET (P.), TURPIN (D.) (dir.), *Constitution et justice*, Académie Internationale de Droit Constitutionnel, Onzième session (Tunis, 1995), Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 235 p.
- CONAC (G.), LUCHAIRE (F.), PRETOT (X.) (dir.), *La constitution de la République française. Analyses et commentaires*, Paris, Economica, 3^e éd., 2009, 2126 p.
- COLLIARD (C.-A.), TIMSIT (G.) (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1988, 319 p.
- COUTU (M.), ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Paris, LGDJ, coll. Série Sociologie, 2006, 384 p.
- DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, actes de la journée d'études du 4 décembre 2009, Sénat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, 154 p.
- DESMONS (É.) (dir.), *Figures de la citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2006, 247 p.

- DI MANNO (Th.), ÉLIE (M.-P.) (dir.), *L'étranger : sujet de droit et sujet de droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2008, 318 p.
- DONIER (V.), LAPEROU-SCHENEIDER (B.) (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1000 p.
- DUBOIS (J.-P.), GONOD (P.), (dir.), *Citoyenneté, souveraineté et société civile*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, 112 p.
- DUPIC (E.), BRIAND (L.) (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une révolution des droits fondamentaux*, Paris, PUF, coll. Questions judiciaires, 2013, 243 p.
- ESPLUGAS (P.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.), *Question sur la question 3 : De nouveaux équilibres institutionnels ?*, Actes du colloque organisé le 14 juin 2013 à l'Université Toulouse 1 Capitole, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Grands colloques, 2014, 219 p.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 354 p.
- FATIN-ROUGE STEFANNINI (M.), JACQUINOT (N.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), ROBLLOT-TROIZIER (A.) (dir.), *Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ?*, Actes de la 2e journée d'études toulousaine, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, 1^{ère} partie, 220 p.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), SEVERINO (C.) (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC*, Actes du colloque des 23 et 24 juin 2016, Aix-en-Provence, Éd. DICE, coll. Influence du droit, 2017, 502 p.
- FLAUSS (J.-F.) (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Actes de la journée d'études du 19 octobre 2001, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2002, 226 p.
- GABORIAU (S.), PAULIAT (H.) (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2000, Limoges, PULIM, coll. Les entretiens d'Auguesseau, 2001, 232 p.
- GABORIAU (S.), PAULIAT (H.), (dir.), *Justice et démocratie*, Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002, Entretiens d'Auguesseau, PULIM, 2003, 535 p.
- GARGOULAUD (S.) (dir.), *Le droit des étrangers en situation irrégulière*, Paris, La documentation française, 2017, 199 p.
- GOLOVKO (L.), MATHIEU (B.) (dir.), *Le juge et l'État*, Paris, Mare & Martin, coll. de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne, 2018, 223 p.
- GONOD (P.), DUBOIS (J.-P.) (dir.), *Citoyenneté, souveraineté, société civile*, Journée d'études du 23 mai 2002, Faculté Jean-Monnet (Université Paris-sud - Paris XI), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, 102 p.
- GREWE (C.), BROUSSOLLE (D.), JOUANJAN (O.), MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) (dir.), *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1989, 3 vol., 838 p.
- GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, 188 p.
- GURA (R.), ROUET (G.) (dir.), *Les citoyens et l'intégration européenne*, Paris, L'Harmattan, 2016, coll. Local et Global, 236 p.
- HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Solidarité(s). Perspectives juridiques*, Paris, LGDJ, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Actes de colloques, 2009, 374 p.

HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2001, 160 p.

HERRERA (C.-M.), PINON (S.) (dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Actes du colloque organisé à Cergy-Pontoise le 12 novembre 2009, Editions Kimé, 2011, 168 p.

HOCHMANN (Th.), MAGNON (X.), PONSARD (R.) (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, Mare et Martin, coll. Le sens de la science, 2019, 434 p.

HOURLQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 310 p.

JAUME (L.), TROPER (M.), (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, coll. Actes du colloque de Paris, 1994, 303 p.

JOUANJAN (dir.), *Théories réalistes du droit, par Éric Millard, Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Michel Troper*, textes réunis par O. Jouanjan, Presses universitaires de Strasbourg, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, coll. Institut de REC, 2000, 236 p.

JOUANJAN (O.) (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, collection de l'Université Robert Schuman, 2001, 410 p.

JOUANJAN (O.) (dir.), *Hans Kelsen. Forme de droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, 222 p.

KOUBI (G.) (dir.), *De la citoyenneté*, Actes du colloque de la faculté de droit et sciences politiques de Nantes, Paris, Litec, 1995, 169 p.

LENOBLE (J.) (dir.), *La crise du juge*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, 180 p.

LENOBLE (J.), OST (F.) (dir.), *Droit, mythe et raison*, Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1980, 590 p.

LOCHAK (D.) (dir.), *Défendre la cause des étrangers en justice*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, 349 p.

LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2005, 228 p.

MAGNON (X.), MOUTON (S.), (dir.), *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quels droits demain ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Le sens de la science, 2021, à paraître.

MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, 200 p.

MATHIEU (B.), LE POURHIET (A.-M.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Représentation et représentativité*, Actes de la journée d'études du 14 décembre 2007, Assemblée nationale, organisée par l'Association française de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 97 p.

MOUTON (S.) (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, 324 p.

OST (F.), VAN HOECKE (M.) (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 472 p.

PARIENTE (A.) (dir.), *La séparation des pouvoirs : théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, 153 p.

- PASQUINO (P.) ROUSSEAU (D.), (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Une mutation réelle de la démocratie constitutionnelle française ?*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro Constitutionnalisme, 2018, 152 p.
- PAVIA (M.-L.), REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, 181 p.
- REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, 436 p.
- RENOUX (Th.) (dir.), *La Justice en France*, Paris, La Documentation française, coll. Les notices, 2013, 307 p.
- REYDELLET (M.) (dir.), *L'étranger entre la loi et le juge*, Actes du colloque de Toulon des 8 et 9 novembre 2007, Paris, L'Harmattan, coll. Champs libres, 2008, 222 p.
- ROMAN (D.) (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, coll. Droits sociaux, 2012, 460 p.
- ROULAND (N.) (dir.), *Le droit à la différence*, PUAM, coll. Laboratoire de Théorie Juridique, 2002, 310 p.
- ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1995, 165 p.
- ROUSSEAU(D.), VIALA (A.) (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2010, 224 p.
- ROUSSILLON (H.), *La citoyenneté aujourd'hui*, Actes du colloque organisé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, les 27, 27 et 29 avril 2006, Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques, 4^e Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, 266 p.
- SERRAND (P.), SZWEDO (P.) (dir.), *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ?*, *Étude publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Biblioteka Jagiellonska, 2018, 306 p.
- SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 356 p.
- SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Anthémis, coll. Droit et Justice, 2014, 412 p.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 14^{ème} éd., 2019, 1013 p.
- TERRE (F.) (dir.), *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie et théorie générale du droit, 1994, 125 p.
- VIALA (A.) (dir.), *La Constitution et le temps*, Actes du Vème séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002, Lyon, L'Hermès, coll. Bibliothèque de droit, 2003, 238 p.
- VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, 278 p.
- WIENER (C.), LE CLAINCHE (M.) (dir.), *Le citoyen et son administration*, Paris, Imprimerie Nationale, 2000, 390 p.

V. MONOGRAPHIES ET THESES

- ATTAL-GALY (Y.), *Droits de l'homme et catégories de personnes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003, 638 p.
- ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux. Étude de droit français*, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme, 2016, 669 p.
- AZOUAOU (P.), *L'indisponibilité des compétences en droit public interne*, Paris, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2016, 732 p.
- BACQUET-BREHANT (V.), *L'article 62, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005, 462 p.
- BALLOT (É.), *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2014, 554 p.
- BARBE (V.), *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2009, 527 p.
- BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, 512 p.
- BEAUDOUIN (Ch.), *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2014, 544 p.
- BECHILLON (D. de), *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 1996, 577 p.
- BEHRENDT (C.), *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2009, 537 p.
- BENOLO-CABAROT (M.), *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Thèses - Droit de l'Union européenne, 2006, 782 p.
- BENZINA (S.), *L'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2017, 746 p.
- BEZZINA (A.-Ch.), *Les questions et moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2014, 808 p.
- BILBAUT-FAILLANT (F.), *Les citoyennetés du droit Français : un même mot pour plusieurs statuts*, Thèse dactyl., Université de Lille III, 2000, 574 p.
- BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, 913 p.
- BLACHÈRE (P.), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. Étude sur l'obiter dictum : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, 246 p.
- BONNEFOY (O.), *Les relations entre Parlement et Conseil constitutionnel : les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'activité normative du Parlement*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux, 2015. Disponible à l'adresse : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01246522/document>.
- DE SCHUTTER (O.), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique du Louvain, 1999, 1164 p.

- BORE (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1997, 336 p.
- BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1993, 689 p.
- BRAUD (P.), *La notion de libertés publiques en droit français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1968, 477 p.
- BRISSON (J.-F.), *Les recours administratifs en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1996, 494 p.
- BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2004, 396 p.
- BUI-XUAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, coll. Corpus, 2004, 533 p.
- CASTOR (C.), *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, 532 p.
- CAYRET (É.), *Le procès de l'individualisme juridique*, Paris, Recueil Sirey, Thèse, Université de Toulouse, 1932, 386 p.
- CAZALS (M. de), *La représentation politique nationale en droit constitutionnel français. Contribution à l'étude la prise en compte de la volonté du peuple dans le système constitutionnel français*, Thèse dactyl., Université de Lille III, 2010, 651 p.
- CHOLLET (A.), *Les temps de la démocratie*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses Science politique, 2011, 493 p.
- COUDERT (C.), *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public*, Thèse dactyl., Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, Clermont-Ferrand, 2011, 479 p. Disponible à l'adresse : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01064280>.
- DAUGERON (B.), *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, 1298 p.
- DELILE (J.-F.), *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2016, 862 p.
- DELVAUX (P.), *La controverse des droits de l'homme de 1789*, Thèse dactyl., Université Paris-II, 1986, t.1, 336 p.
- DESMONS (E.), *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie de droit positif*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, 1999, 239 p.
- DORE (L.), *La notion de démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Contribution à l'étude de l'ordre constitutionnel des droits fondamentaux*, thèse dactyl., Montpellier I, 2003, 556 p.
- DUBITON (S.), *La protection des libertés publiques par les autorités administratives indépendantes, une solution démocratique ?*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Bibliothèque de droit public, 2016, 447 p.
- DUCHARME (Th.), *La responsabilité de l'État du fait des lois déclarées contraires à la Constitution*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2019, 564 p.
- DUMONT (G.), *La citoyenneté administrative*, Thèse dactyl., Université de Lille III, 2004, 496 p.
- EISENMANN (Ch.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, rééd. PUAM, Economica, coll. Droit public positif, 1986, 383 p.

- FALLON (D.), *L'abstention de la puissance publique et la garantie des droits fondamentaux*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, coll. des thèses de l'IFR, 2014, 548 p.
- FONSECA (D.), *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Paris, Mare & Martin, coll. Bibliothèque de droit public, 2016, 1157 p.
- FOULQUIER (N.), *Le droits subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, 777 p.
- GAILLET (A.), *L'individu contre l'État : essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2012, 531 p.
- GAROT (M.-J.), *La citoyenneté de l'union européenne*, Institut Universitaire Européen de Florence, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, 365 p.
- GASSIN (R.), *La qualité pour agir en justice*, Thèse pour le doctorat de droit, Draguignan, impr. Olivier-Joulian et Nouvelles réunies, 1955, 324 p.
- GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit public comparé et européen, 2007, 826 p.
- GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2014, 517 p.
- GIRARD (Ch.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, 413 p.
- GROULIER (C.), *Norme permissive et droit public*, Thèse dactyl., Université de Limoges, 2006, 655 p.
- HAQUET (A.), *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2004, 326 p.
- HEUSCHLING (L.), *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, 739 p.
- HOCHMANN (Th.), *Le négationisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit compare*, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2013, 753 p.
- HOUREQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruxelles Bruylant, 2005, 693 p.
- ISIDRO (L.), *L'étranger et la protection sociale*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2017, 578 p.
- JOBART (J.-Ch.), *L'individualisme en droit public français*, Thèse dactyl., Université Toulouse I Capitole, 2009, 2 vol., 1109 p.
- LE BONNIEC (N.), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Thèses, 2017, 682 p.
- LECUYER (Y.), *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2009, 634 p.
- LEROY-FORGEOT (F.), *La citoyenneté juridique*, Thèse dactyl., Université de Lille III, 2000, 696 p.
- LÖHRER (D.), *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Paris, LDGJ, Lextenso, Institut Universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2014, 891 p.

- KOHLHAUER (E.), *Le droit politique comme théorie constitutionnelle : proposition de systématisation*, Thèse dactyl., Université de Montpellier, 2019, 868 p. Disponible à l'adresse : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02890501/document>.
- MADELEINE (C.), *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, 572 p.
- MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2013, 665 p.
- MADEIRA (A.-V.), *Nationaux et étrangers en droit public*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2018, 450 p.
- MAMOUDY (O.), *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, 823 p.
- MARQUIS (J.), *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Schulthess, Lextenso, coll. Genevoise, 2017, 459 p.
- MEINDL (Th.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles française et allemande*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2003, 514 p.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *La principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, PUAM, 1997, 397 p.
- MELLERAY (F.), *Essai sur la structure du contentieux administratif français : pour un renouvellement de la classification des principales voies de droits ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2001, 451 p.
- MENARD (J.-Ch.), *Le droit français des groupements politiques. Permanences et mutations*, Bruxelles, Larcier, coll. de thèses, 2011, 568 p.
- MEYNAUD-ZEROUAL (A.), *L'office des parties dans le procès administratif. Contribution à l'émancipation du droit du procès administratif*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque de droit public, 2020, 638 p.
- MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, Paris, LGDJ, Collection des thèses, 2009, 655 p.
- MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2006, 674 p.
- MONTALIVET (P. de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, 2006, 680 p.
- MOUTOUH (H.), *Recherche sur un « droit des groupes » en droit public français*, Thèse dactyl., Université de Bordeaux, 1996, 663 p.
- MORANGE (J.), *La liberté d'association en droit public français*, Paris, PUF, coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges, 1977, 274 p.
- MOUCHETTE (J.), *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2019, 691 p.
- MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, Thèse dactyl., Université Toulouse I, 1998, 724 p.
- MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme. Essais sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, 734 p.
- NIVARD (C.), *La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2012, 807 p.

- PERROUD (T.), *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2011, 1316 p.
- PIMENTEL (C. M.), *La main invisible du juge : l'origine des trois pouvoirs et la théorie des régimes politiques*, Thèse dactyl., Université Paris II, 2000, 821 p.
- PLUEN (O.), *L'immovibilité des magistrats : un modèle ?*, Paris, Institut universitaire Varenne, collection des thèses, 2013, 840 p.
- PREVEDOUROU (E.), *Les recours administratifs obligatoires*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1996, 494 p.
- RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, 246 p.
- ROULHAC (C.), *L'opposabilité des droits et libertés*, Bayonne, Institut universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2018, 644 p.
- RRAPI (P.), *L'accessibilité et intelligibilité de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la « qualité de la loi »*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, 280 p.
- REDOR (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris, Economica, PUAM, 1992, 389 p.
- RENOUX (T. S.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Paris, Economica, 1984, 606 p.
- SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2016, 779 p.
- SANTOLINI (Th.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit public comparé et européen, 2010, 436 p.
- SAULNIER-CASSIA (E.), TCHEN (V.) (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement. Variations autour des mutations d'une police administrative*, Paris, Dalloz, coll. Actes et commentaires, 2009, 157 p.
- SEGUR (Ph.), *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, Thèse dactyl., Université Toulouse I, 1993, 433 p.
- SENAC (C.-É.), *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2015, 613 p.
- SEVERINO (C.), *La doctrine du droit vivant*, Paris, Aix-en-Provence, Economica, PUAM, coll. Droit public positif, 2003, 282 p.
- SOUVIGNET (X.), *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 574 p.
- SLAMA (S.), *Le privilège de nationalité. Étude historique sur les conditions civiques des étrangers en France*, Thèse dactyl., Université Paris X, 2003, 650 p.
- STRICHER (D.), *La durée des mandats politiques : approches institutionnelle et comparée*, Thèse dactyl., Université de Lorraine, 2015, 473 p. Disponible à l'adresse : <https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01754469>.
- TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, LGDJ, Lextenso, coll. Bibliothèque de droit public, 2015, 558 p.
- TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 813 p.
- VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1999, 318 p.

VI. PUBLICATIONS INSTITUTIONNELLES

BARTOLONE (Cl.), WINOCK (M.), *Refaire la démocratie*, Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions adopté à l'Assemblée nationale le 2 octobre 2015. Disponible à l'adresse : http://www2.assembleenationale.fr/static/14/institutions/Rapport_groupe_travail_avenir_institutions_T1.pdf

BOUCHET (P.), CHARVET (D.), FRAGONARD (B.), GRUMBACH (T.), OVAERE (F.), FOMBEUR (P.), « Rapport de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice », Paris, La documentation française, collection des rapports officiels, mai 2001, 156 p.

CARPENTIER (M.), MOUTON (S.), (dir.), « L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/l-effet-utile-des-decisions-qpc-du-conseil-constitutionnel-un-bilan-critique>.

CARTIER (E.) (dir.), « Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation d'un outil processuel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2020, hors-série, pp. 79-96.

CNCDH, avis, *Mettre fin au délit de solidarité*, 18 mai 2017. Disponible à l'adresse : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-mettre-fin-au-delit-de-solidarite>.

CNCDH, *Avis relatif à l'approche fondée sur les droits de l'homme*, 3 juillet 2018, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/180703_avis_approche_fondée_sur_les_droits_de_lhomme_vdef.pdf, pp. 8-9.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « QPC 2020, les statistiques du Conseil constitutionnel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série, pp. 293-313.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989 organisé par le Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, 259 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *De la sécurité juridique*, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1991, 297 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit et à la justice*, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1991, 448 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 1993, 163 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2001, p. 275.

CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2006, p. 231.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2013, 297 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Simplification et qualité du droit*, Paris, La documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2016, 249 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, Paris, La Documentation française, coll. Les études du Conseil d'État, 2018, 211 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017*, Paris, La Documentation française, coll. Les rapports du Conseil d'État, 2018, 450 p.

DOSIERE (R.), VANNESTE (Ch.), *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement*, Assemblée nationale, 13^{ème} législature, Comité d'évaluation et de contrôle, 28 octobre 2010, rapport d'information n° 2925. Disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-tl.asp>.

GELARD (P.), « Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) », fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, 201 p. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-1.html>.

MADIVAL (J.), LAURENT (E.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, première série (1787-1799), Paris, Librairie administrative P. Dupont, t. VIII, 1875, 731 p.

ROBLOT-TROIZIER (A.), ARRETO (M.-C.) (dir.), « Vers l'émergence d'un droit constitutionnel processuel », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, octobre 2020, hors-série, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/vers-l-emergence-d-un-droit-processuel-constitutionnel>.

VII. ARTICLES DE REVUES

ABENSOUR (M.), « “Démocratie sauvage” et “principe d’anarchie” », *Revue européenne des sciences sociales*, 1993, n° 97, pp. 225-241.

ACAR (Th.), « Quand le Conseil constitutionnel ne répond pas (vraiment) à la question. Les moyens irrecevables et les moyens inopérants dans les décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *La Revue des Droits de l’Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l’adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12614>.

ALIPRANTIS (N.), « Les droits sociaux sont justiciables ! », *Dr. soc.*, 2006, n° 2, pp. 158-171.

ALTBUCH (M.), « Controverses à propos des catégories juridiques de contentieux administratif objectif et subjectif : l’apport de la théorie du droit », *RRJ*, 2013, n° 4, pp. 1593-1626.

ALTWEGG-BOUSSAC (M.), « Le droit politique, des concepts et des formes », *Jus Politicum*, 2020, n° 24, pp. 57-74. Disponible à l’adresse : <http://juspoliticum.com/article/Le-droit-politique-des-concepts-et-des-formes-1326.html>

ALVAZZI DEL FRATE (P.), « La “grande acculturation constitutionnelle” : Constitution et Peuple à l’époque révolutionnaire », *RFDC*, 2020, n° 123, pp. 597-606.

ANCELOT (L.), DORIAT-DUBAN (M.), LOVAT (B.), « Aide juridictionnelle et assurance de protection juridique : coexistence ou substitution dans l’accès au droit », *Revue française d’économie*, 2012, Vol. XXVII, pp. 115-148.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « L’enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, n° 1, pp. 124-138.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Constitution européenne et droits fondamentaux », *Annuaire de droit européen*, 2003, vol. 1, pp. 523-528.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l’homme. Le droit constitutionnel en droit national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ? », in *Étude en l’honneur de Jeany-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 3-18.

ARANJO (Ch. De), « Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne », *RFDC*, n° 74, 2008, pp. 239-261.

ARDANT (Ph.), « L’égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l’insaisissable égalité concrète », in *La personne humaine sujet de droit*, Paris, PUF, Publications de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 1994, pp. 135-144.

ARDANT (Ph.), « Le temps dans les constitutions écrites », in *Mélanges en l’honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 503-515.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Une nouvelle étape de l’amélioration des relations entre l’Administration et les citoyens : la loi “DCRA” du 12 avril 2000 », *RFDA*, 2000, n° 4, pp. 725-736.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.), « Pouvoir normatif du Conseil constitutionnel et stabilité de la norme », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n° 24, pp. 109-112.

ARLETTAZ (J.), « La démocratie à l’épreuve du constitutionnalisme européen », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu’en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d’études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 93-104.

- ARLETTAZ (J.), « La signification de l'objectivation du contentieux constitutionnel des droits et libertés », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.), (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2015, pp. 127-150.
- ATIAS (C.), « Justiciabilité », in CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, pp. 798-801.
- AUBERT (M.), BROUSSY (E.), DONNAT (F.), « Citoyenneté de l'Union et respect de l'identité nationale », *AJDA*, 2011, n° 5, pp. 264-265.
- AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), « Citoyenneté - Droit de séjour du ressortissant d'un pays tiers », *AJDA*, 2013, n° 40, p. 2307-2315.
- AUBERT (M.), BROUSSY (E.), CASSAGNABÈRE (H.), « Citoyenneté de l'Union », *AJDA*, 2012, n° 41, pp. 2267-2268.
- AUBIN (E.), « Le Conseil constitutionnel face au concept de citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie », *LPA*, 1999, n° s.n., pp. 16-23.
- AUBY (J.-B.), « Droit administratif et démocratie », *Droit administratif*, 2006, n° 2, étude 3.
- AUBY (J.-B.), « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n° 137-138, pp. 13-19.
- AUMOND (F.), « Le Défenseur des droits : une peinture en clair-obscur », *RFDA*, 2011, n° 5, pp. 913-625.
- AUTIN (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes, un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, n° 5, pp. 1213-1225.
- AVRIL (P.), « Une revanche du droit constitutionnel », *Pouvoirs*, 1989, n° 49, pp. 5-13.
- AVRIL (P.), « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *RDP*, 1990, n° 7, pp. 949-966.
- AVRIL (P.), « Le cadre et le tableau », *RFDC*, 2000, n° 43, pp. 501-504.
- AVRIL (P.), « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 50, pp. 39-49.
- AVRIL (P.), « Penser le droit politique », *Jus politicum*, 2018, n° 20, pp. 51-71. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Penser-le-droit-politique-1264.html>.
- AZOULAI (L.), « Constitution européenne et citoyenneté de l'Union européenne », *Revue internationale de droit économique*, 2011, n° 4, pp. 543-557.
- BADINTER (R.), « Une longue marche « du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25, pp. 6-8.
- BADINTER (R.), « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 777-782.
- BAECQUE (A. de), « Le choc des opinions : le débat des droits de l'homme, juillet-août 1789 », in BAECQUE (A. de), SCHMALE (W.), VOVELLE (M.) (dir.), *L'An I des droits de l'homme*, Paris, Presses du CNRS, 1988, pp. 17-32.
- BAILLEUL (D.), « L'intérêt d'un « intérêt à agir » en matière d'excès de pouvoir », *LPA*, 2003, n° 24, pp. 6-14.
- BARANGER (D.), « Temps et constitution », *Droits*, 2000, n° 30, pp. 45-70.
- BARANGER (D.), « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus politicum*, 2009, n° 3, pp. 1-21. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Le-piege-du-droit-constitutionnel-146.html>.

BARANGER (D.), « Notes sur l'apparition de la souveraineté (et des droits de l'homme) », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, vol. 4, pp. 259-308.

BARANGER (D.), « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2012, n° 7, pp. 1-38. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre-la-justice-constitutionnelle-478>.

BARAK (A.), « Les juges comme gardiens de la Constitution sur l'acte de juger », *Cités*, 2017, n° 69, pp. 19-40.

BARBERIS (M.), « Le néoconstitutionnalisme existe-t-il ? », trad. P. Brunet et J. Mercier, *Revus*, 2015, n° 25, pp. 101-124. Disponible à l'adresse, <https://journals.openedition.org/revus/3208>.

BARTHELEMY (J.), BORE (L.), « Constitution et action de groupe », *Constitutions*, 2011, n° 4, pp. 507-511.

BATIANUTTI (J.), « Norberto Bobbio, la règle au cœur de la démocratie », *Le Libellio d'Aegis*, 2008, n° 2, pp. 19-28.

BAUME (S.), « De l'usage des pouvoirs neutres », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, pp. 17-27.

BERNARDO (F.), « Pas de démocratie sans déconstruction. Veiller à la démocratie », in MALLET (M.-L.) (dir.), *La démocratie à venir*, actes du colloque tenu au Centre culturel international de Cerisy-la-Salle, du 8 au 18 juillet 2002, Paris, Galilée, coll. La philosophie en effet, 2004, pp. 265-294.

BLONDIAUX (L.), « La démocratie participative, sous condition et malgré tout. Un plaidoyer en faveur de l'innovation de la démocratie », *Mouvements*, 2007, n° 50, p. 118-129.

BLOUD-REY (C.), « Standard », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, pp. 1439-1441.

BOITEAU (CL.), LOUVARIS (A.), « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, 2020, n° 27, pp. 1521-1526.

BONNET (J.), « La revalorisation du Parlement et la QPC », *Politeia*, 2013, n° 23, pp. 231-241.

BONNET (J.), « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, pp. 105-115.

BONNET (J.), « La QPC et l'intérêt du justiciable », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2015, pp. 23-42.

BONNARD (R.), « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, n° 49, pp. 695-730.

BONNARD (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges Carré de Malberg*, Réed., Vaduz, Topos, Paris, éd. É. Duchemin, 1977, pp. 1-29.

BOUVIER (A.), « Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative », *Revue européenne des sciences sociales*, 2007, vol. XLV, pp. 5-34.

BORGETTO (M.), « Égalité, solidarité... Équité », in *La Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, PUF, CURAPP, 1996, pp. 239-279.

BORGETTO (M.), « Fraternité et solidarité : un couple indissociable ? », in HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Solidarité(s). Perspectives juridiques*, Paris, LGDJ, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, coll. Actes de colloques, 2009, pp. 11-33.

- BURGOGNE-LARSEN (L.), « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories en droit public*, Paris, Dalloz, Coll. Thèmes & commentaires, 2010, pp. 389-407.
- BOUGHRAB (J.), « L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? », *AJDA*, 2001, n° 12, pp. 1016-1024.
- BEAUD (O.), « L'honneur perdu de l'État », *Droits*, 1992, n° 15, pp. 3-10.
- BEAUD (O.), « La souveraineté dans la "contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *RDP*, 1994, n° 5, pp. 1251-1301.
- BEAUD (O.), « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie « post-positiviste » du droit », *Critique*, 2000, n° 642, pp. 940-956.
- BEAUD (O.), « Les mutations de la V^e République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, pp. 19-31.
- BEAUD (O.), « L'émergence d'un pouvoir sous la V^e République : un constat critique », *Esprit*, 2002, n° 281, pp. 108-121.
- BEAUD (O.), « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, pp. 257-266.
- BEAUD (O.), « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, 2009, n° 3, pp. 31-59. Disponible à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html>.
- BEAUD (O.), « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg. Ou comment articuler le citoyen, l'État et la démocratie », *Jus Politicum*, 2012, n° 8, pp. 1-58. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Fragments-d-une-theorie-de-la-citoyennete-chez-Carre-de-Malberg-559.html>.
- BEAUD (O.), « Quand un juriste explique et déconstruit l'État », *Critique*, 2012, n° 780, pp. 401-410.
- BEAUD (O.), « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, pp. 47-59.
- BEAUD (O.), « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in BONIN (P.), BRUNET (P.), KERNEIS (S.) (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Actes du colloque international des 14 et 15 janvier 2013, Paris I Panthéon-Sorbonne et Paris-Nanterre, Paris, Pedone, coll. Colloque international, 2018, pp. 215-234.
- BEAUD (O.), « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, 2019, pp. 55-71.
- BECHILLON (D. DE), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, n° 12, pp. 973-978.
- BECHILLON (D. de), « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, pp. 33-45.
- BECHILLON (D. de), « Un pas de plus dans la liberté de choisir son juge (pour poser intelligemment une QPC) », *Recueil Dalloz*, 2013, n° 7, pp. 444-445.
- BEIGNIER (B.), « Les arrêts de règlement », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 45-55.
- BELLEY (J.-G.), « Droit et non-droit du gouvernement de soi : une conjonction démocratique ? », *Droit et société*, 2016, n° 92, pp. 245-252.
- BENETTI (J.), « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur la travail législatif », *Constitutions*, 2011, n° 1, pp. 42-53.

- BENEZECH (L.), « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur 20 ans d'existence », *RFDC*, 2020, n° 123, pp. 541-563.
- BENOIT-ROHMER (F.), WACHSMANN (P.), « La résistance à l'oppression dans la déclaration », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 91-99.
- BENZIMRA HAZAN (J.), « L'homme, le droit et le temps », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 37-52.
- BENZINA (S.), « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », *AJDA*, 2019, n° 21, pp. 1226-1230.
- BERGOUIGNOUS (G.), « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, pp. 7-21.
- BERTILE (V.), « Les paradoxes de la démocratie : droits et devoirs de l'électeur et de l'élu », Communication présentée aux journées de l'association française de droit constitutionnel, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/BertileTXT.pdf>
- BIOY (X.), « L'usage de l'idée de nature en droit constitutionnel », in ROUSSEAU (D.), VIALA (A.) (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2010, pp. 381-389.
- BIOY (X.), « Existe-t-il un standard de l'autonomie de l'individu ? », *Les cahiers de l'institut Louis Fauriol*, 2013, n° 2, pp. 73-88.
- BIOY (X.), « Le juge gardien des intérêts objectifs du droit : une rupture dans l'histoire des droits et libertés fondamentaux », in ARLETTAZ (J.) et BONNET (J.), (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés fondamentaux. Du juge des droits au juge du droit ?*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2015, pp. 153-175.
- BIZEAU (J.-P.), « Pluralisme et démocratie », *RDP*, 1993, n° 2, pp. 513-542.
- BLONDIAUX (L.), « Démocratie délibérative vs. démocratie agnostique ? Le statut du conflit dans les théories et pratiques de participation contemporaines », *Raisons politiques*, 2008, n° 30, pp. 131-147.
- BLUMANN (C.), « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 265-281.
- BOBBIO (N.), « Sur le principe de légitimité », *Annales de philosophie politique*, 1967, n° 7, pp. 47-56.
- BONICHOT (J.-Cl.), « L'accès au juge communautaire », *Revue Justice et Cassation*, 2008, pp. 27-39.
- BONICHOT (J.-Cl.), « Aux frontières du droit national : le contrôle de l'étrangers sous le regard du droit de l'Union, l'acquis Schengen et la fin des frontières intérieures », in GARGOULAUD (S.) (dir.), *Le droit des étrangers en situation irrégulière*, Paris, La documentation française, 2017, pp. 1227-147.
- BONNET (J.), « Le droit au juge : la "contre-démocratie" par le droit », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 53-64.
- BONNET (J.), ROBLOT-TROIZIER (A.), « Les juges ordinaires, juges constitutionnels de droit commun », in MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, pp. 15-36.
- BOTTON (A.), DE LAMY (B.), MAGNON (X.), « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2012, n° 31 pp. 2030-2034.

BOUCOBZA (I.), « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, pp. 73-87.

BOUCOBZA (I.), « QPC et article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : entre affirmation des droits procéduraux des justiciables et consolidation d'une conception française de l'organisation de la justice », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12684>

BOUDON (J.), « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? À propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions », *JCP G*, 2010, n° 40, p. 961.

BOUDREAULT (F.), « Temps, démocratie et constitution : la dialectique de la stabilité et du changement », *REIJ*, 1999, n° 43, pp. 23-71.

BOURETZ (P.), « Égalité et liberté. À la recherche de fondements du lien social », *Droits*, 1989, n° 8, pp. 71-82.

BRANDAC (M.), « L'action en justice, droit fondamental », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 17-29.

BRECHON (P.), « Les partis politiques dans l'expression du suffrage », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 109-121.

BREDIN (J.-D.), « Un gouvernement des juges », *Pouvoirs*, 1994, n° 68, pp. 77-85.

BREDIN (J.-D.), « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, 1996, n° 3, pp. 161-166.

BROCHOT (V.), « Le procès constitutionnel : réflexion épistémologique sur la juridictionnalisation du Conseil constitutionnel », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 59-76.

BRUNET (F.), « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 1, pp. 113-127.

BRUNET (P.), « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n° 2, pp. 27-45.

BRUNET (P.), « Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre ? », GREWE (C.), JOUANJAN (O.), MAULIN (E.), WACHSMANN (P.) (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2005, pp. 115-135.

BRUNET (P.), « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, pp. 5-19.

BRUNET (P.), « La démocratie entre essence et expérience. Réponse à Dominique Rousseau », *La vie des idées*, 9 octobre 2008. <http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-entre-essence-et.html>.

BRUNET (P.), « Le concept de République dans le droit public français », in KRULIC (B.) (dir.), *La République : valeurs et représentations*, Québec, Presses de l'université de Laval, 2009, pp. 99-132.

BUGE (É.), « La myopie des démocraties. Les Parlements face aux enjeux de long terme », *Jus Politicum*, 2020, n° 24, pp. 1-24. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/La-myopie-des-democraties-Les-Parlements-face-aux-enjeux-de-long-terme-1339.html>.

BUGNON (C.), « L'amicus curiae, facteur de démocratisation du procès administratif », *AJDA*, 2011, n° 28, pp. 1608- 1619.

BURDEAU (G.), « Une survivance : la notion de constitution », in *Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 53-62.

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, pp. 389-407.

- CABANIS (A.), « Jean-Jacques Rousseau et la citoyenneté », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, Actes du colloque organisé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, les 27, 28 et 29 avril 2006, Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques, 4^e Assises de l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006. pp. 43-69.
- CADIET (L.), « Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *Recueil Dalloz*, 2017, n° 10, pp. 522-531.
- CAMY (O.), « Présence irréelle du droit (à propos de la temporalisation du temps) », *RIEJ*, 1998, n° 41, pp. 1-24.
- CANIVET (G.), « Le juge judiciaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16. Disponible à l'adresse, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-judiciaire-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel>.
- CAPORAL (S.), « Citoyenneté et nationalité en droit public interne », in KOUBI (G.) (dir.), *De la citoyenneté*, Actes du colloque de la faculté de droit et sciences politiques de Nantes, Paris, Litec, 1995, pp. 60-72.
- CAPORAL (S.), « Droits de l'homme, droits fondamentaux : histoire et concept », in RENOUX (Th.) (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Paris, La documentation française, 2007, pp. 12-24.
- CARBONNIER (J.), « Sur les traces du non-sujet de droit », *APD*, 1989, n° 34, pp. 197-207.
- CARCASSONNE (G.), « Société du droit contre État de droit », in *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 37-45.
- CARCASSONNE (G.), « Le Parlement et la QPC », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 73-81.
- CAROTENUTO (S.), MENDES-CONSTANTE (J.), « L'inscription de la justice dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *LPA*, 2002, n° 134, pp. 4-9.
- CAYLA (O.), « La qualification ou la vérité en droit », *Droits*, 1993, n° 18, pp. 3-16.
- CAYLA (O.), « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 106-141.
- CAYLA (O.), « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1541-1568.
- CEREXHE (E.), « La citoyenneté européenne : une réalité existentielle », in *En hommage à François Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2007, pp. 277-290.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de « fondamental » et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, n° 42, pp. 323-329.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits fondamentaux en droit français : genèse d'une qualification », in LOKIEC (P.), LYON-CAEN (A.) (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2005, pp. 11-24.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, source de principes implicites : « la révolution permanente » », in CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2008, pp. 161-174.
- CHAMPEIL-DESPALTS (V.), « L'affirmation des droits fondamentaux : quelles significations ? Quelles conséquences ? », *Les Cahiers français*, 2010, n° 354, pp. 19-33.

- CHAMPEIL-DESPALTS (V.), « Les actions associatives pour la défense des droits et les libertés que la Constitution garantit devant le Conseil constitutionnel », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12079>.
- CHARITE (M.), « Réserves d'interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC », *AJDA*, 2015, n° 25, p. 1622-1631.
- CHARLOT (P.), « L'actualité de la notion de « qualité donnant intérêt à agir » », *RFDA*, 1996, n° 3, pp. 481-491.
- CHAUCHAT (M.), « La citoyenneté calédonienne », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007, n° 23, pp. 70-74.
- CHAUVET (A.), « La qualification des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Étude des arguments pour refuser l'invocabilité de normes en contentieux QPC », *RFDC*, 2017, n° 111, pp. 583-600.
- CHESNOT (B.), « L'existentialisme et le droit », *RFSP*, 1953, n° 1, pp. 57-68.
- CHEVALIER (P.), « La pratique du filtrage des QPC dans le domaine du droit des personnes, de la famille et de la nationalité », *Constitutions*, 2013, n° 4, pp. 588-597.
- CHEVALLIER (J.), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n° 30, pp. 3254-3258.
- CHEVALLIER (J.), « COB, CNIL, CNCL et Cie : la « philosophie » des autorités administratives indépendantes », *Regards sur l'actualité*, 1988, n° 146, p. 13-28.
- CHEVALLIER (J.), « L'État de droit », *RDP*, 1988, n° 2, pp. 313-352.
- CHEVALLIER (J.), « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Janneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 361-381.
- CHEVALLIER (J.), « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 685-697.
- CHEVALLIER (J.-J.), « De la distinction établie par Montesquieu entre la faculté de statuer et la faculté d'empêcher », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, pp. 137-158.
- CLAVREUL (C.), « Sieyès et la genèse de la représentation moderne », *Droits*, 1987, n° 6, pp. 31-44.
- COHEN-JONATHAN (G.), « Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Ruiz Mateos c. Espagne* », *RFDC*, 1994, n° 28, pp. 175-183.
- COHEN-JONATHAN (G.), « Le droit au juge », in *Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 471-504.
- COLEMAN (J.), « Guillaume d'Occam et la notion de sujet de droit », *APD*, 1989, n° 34, pp. 25-32.
- COLLET (M.), « Autorités de régulation et procès équitable », *AJDA*, 2007, n° 2, pp. 80-84.
- COLLET (M.), « La création des AAI : symptôme ou remède d'un État en crise ? », *Regards sur l'actualité*, 2007, n° 330, pp. 5-14.
- COLLIARD (J.-C.), « Les partis politiques, oubliés des libertés publiques », in *Études offertes à Clause-Albert Colliard*, Paris, Pedone, 1984, pp. 405-422.
- COLLIOT-THELENE (C.), « La fin du monopole de la violence légitime ? », in COUTU (M.), ROCHER (G.) (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Presses de l'Université de Laval, 2005, pp. 23-46.

COLLIOT-THELENE (C.), « Après la souveraineté : que reste-t-il des droits subjectifs ? », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, pp. 117-136. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Apres-la-souverainete-que-reste-t-il-des-droits-subjectifs-27.html>.

COLLIOT-THELENE (C.), « Pour une politique des droits subjectifs : la lutte pour les droits comme lutte politique », *L'année sociologique*, 2009, n° 59, pp. 231-258.

COLLIOT-THELENE (C.), « Démocratie, communauté et individualisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, 2018, pp. 41-54.

COING (H.), « Signification de la notion de droit subjectif », *APD*, 1964, n° 9, pp. 1-15.

COMMAILLE (J.), HUREL (B.), « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », *Droit et société*, 2011, n° 78, pp. 391-404.

COMMAILLE (J.), LACOUR (S.), « Les *Legal Consciousness Studies* comme laboratoire d'un régime renouvelé de connaissance sur le droit », *Droit et société*, 2018, n° 100, pp. 547-558.

COSTA (D.), « Les autorités administratives indépendantes et le principe d'impartialité », *AJDA*, 2002, n° 24, pp. 1492-1494.

COSTA (D.), « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA*, 2005, n° 6, pp. 1174-1183.

COSTA (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, pp. 75-87.

COSTA (J.-P.), « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 22, pp. 1364-1367.

COSTA (O.), « Les citoyens et le droit communautaire : les usages élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », *Revue internationale de politique comparée*, 2000, n° 1, pp. 99-118.

CUSTOS (D.), « La démocratie administrative européenne », in GREWE (C.) (dir.), *Question de droit européen*, Presses universitaires de Caen, Colloque de Caen, 1996, pp. 101-130.

CORNU (G.), « Rapport de synthèse », in *Les contrôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, X^{ème} colloque de l'IEJ de Poitiers, Paris, PUF, 1976, pp. 107-123.

CROTTET (B.), « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, pp. 14-40. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Une-tentative-de-reformulation-de-la-theorie-des-contraintes-451.html>.

CUMYN (M.), « Les catégories et la qualification juridique : réflexion sur la systématique du droit », *Les Cahiers du droit*, 2011, n° 3-4, pp. 353-371.

DABIN (J.), « Droit subjectif et subjectivisme juridique », *APD*, 1964, n° 9, pp. 17-35.

DAUGERON (B.), « Définir la démocratie grâce au droit ? Regards de théorie constitutionnelle », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, 2018, pp. 141-158.

DAUGERON (B.), « Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ? », *Jus politicum*, 2018, n° 21, pp. 261-287. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il-une-theorie-de-la-representation-1254.html>.

DEBAETS (É.), « Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique : recherches sur le concept d'«indépendance» », *VIIIème Congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel*, Mexico, 6-10 décembre 2010. Disponible à l'adresse : <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/14/254.pdf>.

- DECAUX (É.), « Dignité et universalité », in HELMONS (S. M.) (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs, les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, coll. Académia, 1999, pp. 163-180.
- DECAUX (É.), « Le droit à une nationalité en tant que droit de l'homme », *RTDH*, 2011, n° 86, pp. 237-260.
- DEGUERGUE (M.), « Les dysfonctionnement du service public de la Justice », *RFAP*, 2008, n° 125, pp. 163-164.
- DELCAMP (A.) « Cours constitutionnelles et parlements, ou comment se conjuguent aujourd'hui principe de souveraineté et État de droit », *Les Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, pp. 183-203.
- DELCAMP (A.), « Après le triomphe du “droit constitutionnel jurisprudentiel”, peut-on encore “penser” les institutions », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 865-877.
- DELSOL (C.), « La douceur démocratique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 97-108.
- DELVAUX (P.), « Analyse lexicale des débats de la constituante sur la déclaration des droits de l'Homme », *Droits*, 1986, n° 2, pp. 23-33.
- DENAJA (S.), « Le Défenseur des droits », *Politeia*, 2009, n° 15, pp. 514-531.
- DENQUIN (J.-M.), « Sur le conflit de libertés », in *Mélanges R. E. Charlier*, Paris, Éditions de l'enseignement moderne, 1981, pp. 545-561.
- DENQUIN (J.-M.), « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, n° 32, pp. 33-47.
- DENQUIN (J.-M.), « Droits civils et politiques », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, pp. 320-321.
- DENQUIN (J.-M.), « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, 2008, n° 1, pp. 1-11. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html>.
- DENQUIN (J.-M.), « Que veut-on dire par “démocratie” ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2009, n° 2, pp. 1-25. <http://juspoliticum.com/article/Que-veut-on-dire-par-democratie-L-essence-la-democratie-et-la-justice-constitutionnelle-76.html>.
- DENQUIN (J.-M.), « Démocratie et souveraineté nationale chez Esmein », in PINON (S.), PRELOT (P.-H.) (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque organisé le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise, Paris, Monchrestien, , 2009, pp. 137-148.
- DENQUIN (J.-M.), « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus Politicum*, 2010, n° 4, pp. 1-25. Disponible à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/Pour-en-finir-avec-la-crise-de-la.html>.
- DENQUIN (J.-M.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant les libertés publiques », *Jus Politicum*, 2012, n° 7, pp. 1-14. Disponible à l'adresse : <http://www.juspoliticum.com/La-jurisprudence-du-conseil.html>.
- DEROSIER (J.-Ph.), « Des techniques de participation issues d'un seul gène : la démocratie », in DELCAMP (A.), LE POURHIET (A.-M.), MATHIEU (B.), ROUSSEAU (D.) (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie, Nouvelles questions sur la démocratie*, actes de la journée d'études du 4 décembre 2009, Sénat, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, pp. 107-116.
- DESMONS (É.), « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits*, 1992, n° 15, pp. 101-111.

DESMONS (É.), « Le normativisme est une scolastique (Brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, 2000, n° 32, pp. 21-32.

DESMONS (É.), « Droit de résistance et histoire des idées », *Pouvoirs*, 2015, n° 55, pp. 32-40.

DESMONS (É.), « Peut-on encore critiquer la politique des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 26. Disponible à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/peut-on-encore-critiquer-la-politique-des-droits-de-lhomme/>.

DESMONS (O.), « Le républicanisme, une solution de rechange au libéralisme politique », *Philosophiques*, 2019, n° 1, pp. 95-118.

DEUMIER (P.), « Les effets dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n° 47, pp. 65-77.

DEYGAS (S.), « Police des réunions et lieux publics : conformité constitutionnelle des dispositions relatives à l'état d'urgence », *Procédures*, 2016, n° 4, pp. 32-33.

DEZALLAI (A.), « Une action collective en matière de droits fondamentaux devant le juge administratif ou devant le Défenseur des droits ? », *RFDA*, 2011, n° 5, pp. 925-934.

DISANT (M.), « Les effets dans le temps des décisions QPC – Le Conseil constitutionnel, “maître du temps ?” », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 40, pp. 63-82.

DORD (O.), « Droits fondamentaux », in ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2008, pp. 262-265.

DRAGO (G.), « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 9-21.

DRAGO (G.), « Exception d'inconstitutionnalité - Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP G*, 2008, n° 49, pp. 13-18.

DRAGO (G.), « L'influence de la QPC sur le Parlement ou la loi sous la dictée du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2011, n° 6, pp. 1-17.

DRAGO (G.), « La loi et l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel » *RFDA*, 2013, n° 5, pp. 936-944.

DRAGO (G.), « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015, n° 102, pp. 335-352.

DRAI (L.), HIEZ (D.), « La réception du droit : le droit des sujets », *RRJ*, 2007, n° 117, pp. 141-160.

DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *Recueil Dalloz*, 2006, n° 11, p. 748.

DUBOIS (J.-P.), « Citoyenneté, citoyennetés » in DUBOIS (J.-P.), GONOD (P.), (dir.), *Citoyenneté, souveraineté et société civile*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, pp. 49-67.

DUBOIS (J.-P.), « L'émergence d'une nouvelle citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel ? », in MOUTON (S.), (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, pp. 75-87.

DUBOUT (É.), « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in SUDRE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Anthémis, coll. Droit et Justice, 2014, pp. 265-300.

DUBOUT (É.), « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n° 1, pp. 106-133.

- DUCHESNE (S.), « Citoyenneté, nationalité et vote : une association perturbée », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 71-82.
- DUEZ (P.), « Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels », in *Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 11-133.
- DUGUIT (L.), « Jean-Jacques Rousseau, Kant, Hegel », *RDP*, 1918, n° 2, pp. 173-223.
- DUGUIT (L.), « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP*, 1927, n° 1, pp. 5-41.
- DUHAMEL (O.), « Une démocratie à part », *Pouvoirs*, 2008, n°126, pp. 17-26.
- DUHAMEL (O.), « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 183-191.
- DUPRE DE BOULOIS (X.), « La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits », *RDLF*, 2014, chron. n° 2. Disponible à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/la-qpc-comme-supermarche-des-droits-fondamentaux-ou-les-derives-du-contentieux-objectif-des-droits-billet-dhumeur/>.
- DUPRE DE BOULOIS (X.), « La fin des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2020, n° 60, chron. Disponible à l'adresse : <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-fin-des-droits-de-lhomme/>.
- DURELLE-MARC (Y.-A.), « Le “citoyen administratif” : les données théoriques et historiques d'une quadrature », *RFDA*, 2008, n° 7, pp. 7-12.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), ODINET (G.), « Chronique sous CE, ass., 9 nov. 2016, n° 388806, *Société Fosmax LN* », *AJDA*, 2016, n° 42, p. 2368-1243.
- DWORKIN (R.), « Controverse constitutionnelle », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, pp. 5-16.
- EFTIMIE (A.), « Le concept de citoyenneté européenne : vers des identités et appartenances multiples », *Politeia*, 2010, n° 18, pp. 327-342.
- EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, 1966, n° 11, pp. 25-43.
- EVEILLARD (G.), « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA*, 2010, n° 10, pp. 531-540.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), « Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ? », *AIJC*, 2004, n° 20, pp. 213-244.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « La Constitution doit-elle être efficace », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-231.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « Vingt-cinq ans de débats et de réformes sur les référendums en France : entre apparences et réalités », *RFDC*, 2014, n°100, pp. 907-919.
- FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) « L'appréciation, par les Cours suprêmes, du caractère sérieux de la question de constitutionnalité », in CARTIER (E.), GAY (L.), VIALA (A.) (dir.), *La QPC : Vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut universitaire de Varenne, coll. Colloques et essais, 2016, pp. 29-42.
- FAVOREU (L.), « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *AIJC*, 1988, n° 4, pp. 51-66.
- FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n° 1, pp. 71-89.
- FAVOREU (L.), « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 154-158.

- FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, n° 2, pp. 557-581
- FAVOREU (L.), « « L'exception d'inconstitutionnalité » est-elle indispensable en France ? », *AJJC*, 1994, n° 8, pp. 11-22.
- FAVOREU (L.), « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français », in Lenoble (J.) (dir.), *La crise du juge*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, pp. 61-84.
- FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 25-42.
- FAVOREU (L.), « La notion de Cour constitutionnelle », in *Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Heilbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 15-27.
- FELDMAN (J.-P.), « Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant », *RFDC*, 2008, n° 76, pp. 675-702.
- FEVRIER (J.-M.), « Remarques sur la notion de norme permissive », *Recueil Dalloz*, 1998, n° 28, pp. 271-274.
- FLAUSS (J.-F.), « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protocole n° 9 à la convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, 1990, n° 36, pp. 507-519.
- FONSECA (D.), « L'« effet Habermas » dans la doctrine constitutionnelle contemporaine », *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1593-1616.
- FOYER (J.), « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, pp. 20-25
- FRANÇOIS (B.), « Justice constitutionnelle et « démocratie constitutionnelle » », in *Droit et politique*, Paris, PUF-CURAPP, 1993, pp. 53-64.
- FRANÇOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *RFSP*, 1997, n° 3-4, p. 393.
- FRISON-ROCHE (M.) : « 2 + 1 = la procédure », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Paris, éd. Autrement, coll. Séries Morales, 1994, pp. 193-207.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *Recueil Dalloz*, 2013, n° 1, pp. 28-33.
- FROMONT (M.), « L'éclairage du droit comparé. Les particularités de la question prioritaire de constitutionnalité », *ADE*, 2009, vol. VII, pp. 27-51
- FRYDMAN (B.), « Réaliser la démocratie à l'échelle globale », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 105-128.
- FULCHIRON (H.), « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, pp. 7-17.
- GAÏA (P.), « Le Conseil constitutionnel est-il encore le gardien de la souveraineté nationale ? », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 209-238.
- GAILLET (A.), « La constitution – au tournant des XX^e et XXI^e siècles », *Trivium*, 2019, n° 30. Disponible à l'adresse : <http://journals.openedition.org/trivium/6882>.
- GAHDOUN (P.-Y.), « La dépolitisation de la démocratie par les droits de l'homme : mythe ou Réalité ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier,

- Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 83-92.
- GARAPON (A.), « Le sujet de droit », *RIEJ*, 1993, n° 31, pp. 69-87.
- GARAPON (A.), « La justice, point aveugle de la théorie politique français ? », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 53-63.
- GARAPON (A.), SALAS (D.), « La victime plutôt que le droit », *Esprit*, 2007, n° 11, pp. 74-82.
- GASSIN (R.), « Système et droit », *RRJ*, 1989, n° 4, pp. 353-365.
- GASSIOT (O.), « La consécration du droit du sang comme fondement principal de la citoyenneté calédonienne », *Politeia*, 2007, n° 12, pp. 13-40.
- GAUCHET (M.), « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, 1980, n° 3, pp. 3-21.
- GAUCHET (M.), « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000, n° 110, pp. 258-288.
- GAY (L.), « La notion de "droits-créances" à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-notion-de-droits-creances-a-l-epreuve-du-controle-de-constitutionnalite>.
- GAY (L.), « Du contentieux a priori au contentieux a posteriori ; l'occasion manquée d'un contrôle concret de constitutionnalité en France ? », *AJJC*, 2013, n° 29, pp. 55-59.
- GELBAT (A.), « La QPC comme question citoyenne », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12494>.
- GENEVOIS (B.), « Du dédoublement de la convention nationale des médecins aux droits des étrangers », *RFDA*, 1990, n° 3, pp. 406-420.
- GENEVOIS (B.), « La jurisprudence du Conseil constitutionnelle est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n° 59, pp. 129-142.
- GENEVOIS (B.), « L'entrée des étrangers en France : le rappel des exigences constitutionnelles. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-307 du 25 février 1992 », *RFDA*, 1992, n° 2, pp. 185-202.
- GENEVOIS (B.), « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993 », *RFDA*, 1993, n° 5, pp. 871-901.
- GENEVOIS (B.), « Le Conseil constitutionnel et les étrangers », in *Mélanges Jacques Robert*, Paris, Monchrestien, 1998, pp. 253-277.
- GERVIER (P.), « La limitation des droits fondamentaux constitutionnel par l'ordre public », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 45, pp. 105-112.
- GHEVONTIAN (R.), « Le Conseil constitutionnel, le juge électoral et la liberté d'expression », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 36. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-juge-electoral-et-la-liberte-d-expression>.
- GICQUEL (H.), « Citoyenneté européenne, qualité d'étranger et éventualité d'une discrimination à rebours », *AJDA*, 2013, n° 15, pp. 863-867.
- GICQUEL (J.), « La citoyenneté au regard de la Constitution », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *La citoyenneté aujourd'hui*, Actes du colloque organisé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar, les 27, 27 et 29 avril 2006, Centre d'études et de recherches constitutionnelles et politiques, 4^e Assises de

l'Association des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, pp. 29-39.

GLINIASTY (J. de), « L'intérêt général en QPC : de la lettre à l'esprit », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12689>.

GODBOUT (J. T.), « Pas de représentation sans représentativité », *Revue du MAUSS*, 2005, n° 26, pp. 90-104.

GODIVEAU (G.), « La réécriture de la loi au carrefour des temps juridictionnel et parlementaire », *RDP*, 2012, n° 4, pp. 987-1011.

GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *Revue des droits de l'homme*, 2015, n° 6. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.779>.

GOYARD-FABRE (S.), « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », *Revue de métaphysique et de morale*, 2014, n° 83, pp. 311-326.

GREFFET (F.), WOJCIK (S.), « La citoyenneté numérique. Perspectives de recherche », *Réseaux*, 2014, vol. 184-185, pp. 125-159.

GROSBON (S.), « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : anthologie juridique et oxymore politique », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.), (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris X, 2008, pp. 139-163.

GOURCUFF (M.), « L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés », *Revue des droits de l'homme*, 2015, n° 6. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.779>.

GROULIER (C.), « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? », *Droits*, 2009, n° 50, pp. 247-262.

GRZEGORCZYK (C.), « Le sujet de droit : trois hypostases », *APD*, 1989, n° 34, pp. 9-24.

GUENAIRE (M.), « Le constitutionnalisme, expression de la politique libérale », *RRJ*, 1987, n° 7, pp. 106-128.

GUENAIRE (M.), « La Constitution ou la fin de la politique », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 149-157.

GUILLARME (B.), « L'individu et le groupe », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, pp. 31-43.

GUILLAUME (M.), « La procédure au Conseil constitutionnel : permanence et innovations », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 519-532.

GUILLOT (Ph. Ch.-A.), « Les étrangers », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 273-316.

GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n° 1, pp. 91-130.

GURVITCH (G.), « La multiplicité des temps sociaux », in *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, PUF, 1963, t. 2, pp. 366-371.

GUYOMAR (M.), COLLIN (P.), « Diverses applications du principe d'impartialité », *AJDA*, 2000, n° 2, pp. 12-136.

GUYOMAR (M.), FOURVEL (J.), « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 37. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-entreprise-et-les-droits-fondamentaux-le-proces-equitable>.

HABERMAS (J.), « La souveraineté populaire comme procédure », *Lignes*, n° 7, 1989, pp. 29-58.

- HALPERIN (J.-L.), « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le Pouvoir en France », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1996, n° 3, pp. 13-23.
- HAMON (F.), « Le référendum d'initiative partagée sera bientôt opérationnel mais l'on s'interroge encore sur son utilité », *RFDC*, 2014, n° 98, pp. 253-268.
- HAMON (L.), « Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le Conseil constitutionnel », *RFSP*, 1988, n° 38, pp. 128-130.
- HECQUARD-THERON (M.), « De l'intérêt collectif », *AJDA*, 1986, n° 2, pp. 65-76.
- HENNETT-VAUCHEZ (S.), « L'Europe au service des droits de l'homme. Réalité politique, entreprise savante et autonomisation d'une branche du droit », *Politix*, 2010, n° 89, pp. 57-78.
- HENNETT-VAUCHEZ (S.), « "...les droits et libertés que la Constitution garantit" : *quiproquo* sur la QPC ? », *La revue des droits de l'homme*, 2016, n° 10. Disponible à l'adresse : <https://journals.openedition.org/revdh/2481>.
- HAQUET (A.), « La (re)définition du principe de souveraineté », *Pouvoirs*, 2000, n° 94, pp. 141-153.
- HERRERA (C.-M.), « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2001, pp. 13-28.
- HERRERA (C.-M.) « Entre droit constitutionnel et démocratie : les contre-pouvoirs sociaux », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 171-184.
- HERIN (J.-L.), « Les exclus du droit de vote », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 95-108.
- HEUSCHLING (L.), « La structure de la légitimité démocratique : entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie du pouvoir », *RUDH*, 2004, n° 16, pp. 331-344.
- HEUSCHLING (L.), « « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-59.
- HEUSCHLING (L.), « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 31-52.
- HIPEAU (V.), « Les ambiguïtés calédonienne dans la République Française », *RDEA*, 2014, n° 6, pp. 1103-1117.
- HOCHMANN (Th.), « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », *RFDC*, 2016, n° 105, pp. 37-56.
- HOFFMANN (S.), « Les français sont-ils gouvernables ? », *Pouvoirs*, 1994, n° 68, pp. 7-14.
- HOTTELIER (M.), « La démocratie contre les droits de l'homme ? », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 251-268.
- HOUILLOIN (G.), « Jean Rivero, démocratie et participation », *RFDA*, 2009, n° 5, pp. 1057-1065.

HOURQUEBIE (F.), « Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande dans le droit public français ? », in MELLERAY (F.) (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 203-228.

HOURQUEBIE (F.), « De la séparation des pouvoirs aux contre-pouvoirs : l'esprit de la théorie de Montesquieu », in VRABIE (G.) (dir.), *L'évolution des concepts de la doctrine classique du droit constitutionnel*, Institut européen, Iasi, Roumanie, 2008, pp. 50-67.

HOURQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *common law* », in HOURQUEBIE (F.), PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 25-46.

HOURQUEBIE (F.), « Les mutations du service public de la justice. Quand la justice se confronte à la performance », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 1059-1078.

HOURQUEBIE (F.), « Où en est la consécration du pouvoir juridictionnel sous la V^e République ? », *Revue politique et parlementaire*, 2018, n° 1085-1086, pp. 113-132.

HOURQUEBIE (F.), « Le Conseil constitutionnel, pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », in MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, pp. 117-124.

HOUSER (M.), « De la lutte contre les discriminations à rebours à la protection des droits fondamentaux, par l'Union européenne. Le pas est presque franchi, mais... », *AJDA*, 2011, n° 19, pp. 1082-1088.

HUMMEL (J.), « L'autonomie illusoire de la volonté. Sur la « théorie pure du droit » de Schopenhauer », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, vol. 4, pp. 207-229.

HUMMEL (J.), « Histoire et temporalités constitutionnelles », *Jus politicum*, 2012, n° 7. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Histoire-et-temporalite-constitutionnelles-460.html>.

HUSSON-ROCHCONGAR (C.), « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, pp. 183-220.

JACQUINOT (N.), « Regard critique sur la notion de réserve transitoire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2018, n° 35, pp. 2007-2012.

JAUCOURT (L. de), « Peuple », in *L'Encyclopédie*, 1751, 1^{ère} éd., t. 12, pp. 457-477.

JAUME (L.), « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Historia constitutionnal*, 2002, n° 3. Disponible à l'adresse : <http://he.rediris.es>.

JAUME (L.), « La représentation : une fiction malmenée », *Pouvoirs*, 2007, n° 120, pp. 5-16.

JELLINEK (G.), « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *RDP*, 1902, n° 3, pp. 385-400.

JESTAEDT (M.), « La science comme vision du monde : science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen », JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, pp. 171-220.

JOBERT (B.), « Les nouveaux usages du droit dans la régulation politique », in COMMAILLE (J.), DUMOULIN (L.), ROBERT (C.), (dir.), *La judiciarisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, coll. Politique, 2000, pp. 125-134.

JOUANJAN (O.), « État de droit, forme de gouvernement et représentation. À partir d'un passage de Kant », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, 1998, n°2, pp. 279-301.

JOUANJAN (O.), « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n° hs, pp. 44-52.

JOUANJAN (O.), « Égalité », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, pp. 588-591.

JOUANJAN (O.), « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », in VIALA (dir.), *La Constitution et le temps*, V^e séminaire franco-japonais de droit public du 4 au 10 septembre 2002, Lyon, Hermès, 2003, p. 322-333.

JOUANJAN (O.), « Ce que “donner une constitution à l'Europe” veut dire », *Cités*, 2003, n° 13, pp. 21-35.

JOUANJAN (O.), « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, 2004, n° 16, pp. 6-16.

JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2009, n° 2, pp. 1-26. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

JOUANJAN (O.), « Hermann Heller : penser l'État de droit démocratique social en situation de crise », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, pp. 11-26.

JOUANJAN (O.), « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22, pp. 1-32. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/L-Etat-de-droit-democratique-1284.html>.

JOUANJAN (O.), « Logiques de l'égalité », *Titre VII. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2020, n° 4, pp. 1-8.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), « Ordre public et droit des étrangers », in REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ?*, Actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 285-298.

KALINOWSKI (G.), « Logique et philosophie du droit subjectif », *APD*, 1964, n° 9, pp. 37-43.

KARPIK (L.), « L'avancée de la justice menace-t-elle la République ? », *Le Débat*, 2000, n° 110, pp. 229-257.

KELSEN (H.), « Les fondations de la démocratie. Extrait sur la règle de majorité », trad. Ph. Urfalino, *Raisons politiques*, 2014, n° 53, pp. 23-36.

KELSEN (H.), « Justice et droit naturel », *APD*, 1959, n° 4, pp. 47-58.

KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 185-257.

KERLEO (J.-F.), « Le Conseil constitutionnel au soutien du fait majoritaire. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-67 DC du 14 novembre 2013, *Loi organique relative à l'indépendance de l'audiovisuel public* », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 77-88.

KERLEO (J.-F.), « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA*, 2014, n° 2, pp. 293-305.

KILLINÇ (Ü.), « La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2012, n° 90, pp. 297-313.

KLEIN (C.), « Pourquoi écrit-on une Constitution », in JAUME (L.), TROPER (M.), (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, coll. Actes du colloque de Paris, 1994, pp. 89-99.

KLEIN (L.), « Démocratie constitutionnelle et constitutionnalisme démocratique : essai de classification des théories juridiques de la démocratie », *RFDC*, 2017, n° 109, pp. 121-141.

KOUDE (R. K.), « Les droits de l'homme : de l'intuition universaliste à l'universalité récusée ? », *RTDH*, 2006, n° 68, pp. 909-938.

KRÄMER (L.), « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *RDP*, 2005, n° 4, pp. 1027-1046.

KRIEGER (B.), « Le parquet dans la construction de l'État », *Crises*, 1994, n° 4, p. 47-59.

LA CHAPPELLE (Ph. de), « Les droits de l'homme, exigence d'universalisme », in *Mélanges en l'honneur de René Cassin*, Paris, Pedone, 1969, t. 1, pp. 48-63.

LALIGANT (M.), « La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif », *RDP*, 1971, n° 5, pp. 43-82.

LAMOUREUX (D.), « La citoyenneté : de l'exclusion à l'inclusion », in COLAS (D.), EMERI (Cl.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui 1991, pp. 179-207.

LASCOUMES (P.), SERVERIN (E.), « Théorie et pratique de l'effectivité du droit », *Droit et société*, 1986, n° 2, pp. 101-124.

LAUGIER (S.), « La désobéissance comme principe de la démocratie », *Pouvoirs*, 2015, n° 155, pp. 43-54.

LAVROFF (D. G.), « La Constitution et le temps », in *Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 207-227.

LAVROFF (D.-G.), « La crise de la Constitution française », in *En hommage à François Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, pp. 757-768.

LAVROFF (D.-G.), « Le droit saisi par la politique : l'instabilité de la norme constitutionnelle sous la V^e République », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 23-48.

LE BERRE (H.), « La jurisprudence et le temps », *Droits*, 2000, n° 30, pp. 71-88.

LE BRIS (C.), « La contribution du droit à la construction d'un « vivre ensemble » : entre valeurs partagées et diversité culturelle. », *Droit et société*, 2016, n° 92, pp. 75-98.

LECIS COCCO ORTU (A. M.), « QPC et intervention des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits et utilité des *amicus curiae* », *RFDC*, 2015, n° 104, pp. 863-886.

LECOQ (B.), « Les fondements mythiques du droit constitutionnel français. À propos du mythe de la "volonté générale" », Actes du Congrès de l'AFDC, Lyon, 2014. Disponible à l'adresse : http://www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-lecoq_T2.pdf.

LE DIVELLEC (A.), « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus politicum*, n° 4, pp. 1-12. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de-quelques-theses-sur-la-notion-de-constitution-259.html>

LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Citoyen », *Droits*, 1993, n° 17, pp. 33-42.

LE GARREC (J.), « Effectivité et démocratie administrative », *RFAP*, 1988, n° 45, pp. 69-74.

LEISNER (W.), « L'État de Droit - une contradiction ? », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 65-79.

LENOBLE (J.), « La crise du juge : mythe ou réalité ? », in LENOBLE (J.) (dir.), *La crise du juge*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1996, pp. 1-6.

LE POURHIET (A.-M.), « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, n° 87, pp. 453-464.

LEPSIUS (O.), « La science du droit public et la démocratie. Quelles sont les tâches de la science du droit dans un ordre juridique démocratiquement élaboré ? », *Jus Politicum*, 2010, n° 4, pp. 1-24. Disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/La-science-du-droit-public-et-la->

democratie-Quelles-sont-les-taches-de-la-science-du-droit-dans-un-ordre-juridique-democratiquement-elabore-227.html.

LEPSIUS (O.), « Kelsen, théoricien de la démocratie », Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010, pp. 135-170.

LEVADE (A.), « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 688-702.

LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, n° 111, pp. 55-71.

LOCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1980, n° 13, pp. 35-47.

LOCHAK (D.), « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. Soc.*, 1987, n° 11, pp. 778-790.

LOCHAK (D.), « La citoyenneté, un concept juridique flou », in COLAS (D.), EMERI (Cl.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1991, pp. 179-207.

LOCHAK (D.), « Désobéir à la loi », in *Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 191-208.

LOCHAK (D.), « Les bornes de la liberté », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, pp. 15-30.

LOCHAK (D.), « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, 2013, n° 144, pp. 33-47.

LÖHRER (D.), « Le soutien du Défenseur des droits à l'exécution des décisions de justice », *RFDA*, 2016, n° 4, pp. 727-740.

LÖHRER (D.), « La fonction d'aide à l'accès au juge du défenseur des droits », *RFDC*, 2020, n° 121, pp. 189-221.

LOMBARD (M.), « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005, n° 10, pp. 530-541.

LONGSCHAMPS (F.), « Sur les problèmes du droit dans les rapports entre l'individu et le pouvoir », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, Sirey, 1961, t. 1, pp. 305-322.

LONGSCHAMPS (F.), « Quelques observations sur la notion de droit subjectifs dans la doctrine », *APD*, 1964, n° 9, pp. 45-70.

LUCHAIRE (F.) « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, n° 102, pp. 1229-1274.

LUCHAIRE (F.), « La lecture actualisée de la Déclaration », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, coll. Recherches politiques, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, 1989, pp. 215-240.

LUCIANI (M.), « Mythe et réalité du référendum », in *Référendum et démocratie, Cahiers du centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras*, Université du Sud Toulon-Var, 2013, n° 10, pp. 23-125.

MILANO (L.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, n° 6, pp. 1119-1130.

MILANO (L.), « La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2019, n° 3, octobre. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-separation-des-pouvoirs-et-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-sur-le>.

MAILLARD (J. de), « Le “tiers pouvoir” ou la démocratie de la sortie de la démocratie », *Esprit*, 1998, n° 8-9, pp. 195-212.

MAGNON (X.), « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentatives de reconstruction, in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 233-254.

MAGNON (X.), « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 761-771.

MAGNON (X.), « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 999-1009.

MAGNON (X.), « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une “juridiction constitutionnelle”, une “cour constitutionnelle” et une “cour suprême” ? Proposition de définition modale et fonctionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2014, pp. 305-322.

MAGNON (X.), « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel – », *AIJC*, 2015, vol. 31, pp. 13-25.

MAGNON (X.), « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in BETAILLE (dir.), *Le droit d'accès à la justice en matière d'environnement*, Paris, LGDJ, Lextenso, IFR, coll. Actes de colloque, 2016, n° 26, pp. 27-48.

MAGNON (X.), « Le Conseil constitutionnel, quel acteur européen ? Autour des articles 54, 55, 61 et 61-1 de la Constitution », 2017 ; disponible à l'adresse : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725326/document>

MAGNON (X.), « La culture constitutionnelle du peuple. Une synthèse », *RFDC*, 2020, n° 123, pp. 659-668.

MALVERTI (Cl.), BEAUFILS (C.), « AMF contre AMF », *AJDA*, 2020, n° 17, pp. 934-945.

MARCHAND (A.), « Du citoyen et de quelques figures du sujet », in *Études offertes au Professeur Michel Miaille*, Faculté de droit Montpellier I, coll. Mélanges, 2008, vol. 2, pp. 349-376.

MARGUET (L.), « Le Conseil au soutien des justiciables ? Quand le Conseil s'empare des moyens d'inconstitutionnalité – Réflexions autour des moyens soulevés d'office », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n° 20. Disponible à l'adresse : <https://doi.org/10.4000/revdh.12184>.

MARTENS (P.), « Le juge et l'élu », in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2007, pp. 931-948.

MARTINEL (A.), NATALI (F.), « Le Conseil supérieur de la magistrature, protecteur des magistrats ou des justiciables ? », *Après-Demain*, 2014, n° 30, pp. 33-35.

MARZO (C.), « Le Parlement européen, rénovateur d'une citoyenneté politique par le vecteur d'une citoyenneté sociale ? », *LPA*, 2009, n° 116, pp. 77-80.

MASPETIOL (R.), « Ambiguïté du droit subjectif : métaphysique, technique juridique ou sociologie », *APD*, 1964, n° 9, pp. 71-81.

MASTOR (W.), « Le Défenseur des droits : la médiation constitutionnalisée ? », in TOURNEPICHE (A.-M.) (dir.), *La médiation : aspects transversaux*, Paris, Litec, coll. Colloques et débats, 2010, pp. 115-125.

MASTOR (W.), « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2013, pp. 241-254.

- MASTOR (W.), « Énième retour sur la critique du “gouvernement des juges”. Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, 2021, n° 178, p. 37-50.
- MATHIEU (B.), « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l’homme », *Recueil Dalloz*, 1995, n° 27, pp. 211-223.
- MATHIEU (B.), « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Recueil Dalloz*, 1996, n° 33, pp. 282-286.
- MATHIEU (B.), « La constitution cadre et miroir des mutations de la société », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 1011-1019.
- MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.), « Chronique jurisprudentielle constitutionnelle », *LPA*, 1994, n° 108, p. 4.
- MATHONNET (P.), « La QPC en matière pénale dispose-t-elle encore d’un effet utile ? », *AJ pénal*, 2018, n° 9, pp. 394-396.
- MELLERAY (F.), « La distinction des contentieux est-elle archaïque ? », *JCP A*, 2005, n° 30-34, pp. 1296-1299.
- MERCIER (A.-C.), « Le référendum d’initiative populaire : un trait méconnu du génie de Condorcet », *RFDC*, 2003, n° 55, pp. 483-512.
- MILACIC (S.), « Faut-il réinventer la démocratie ? Du “néodémocratie” pour équilibrer le “néolibéralisme” », *Politeia*, 2004, n° 6, pp. 446-452.
- MILACIC (S.), « Le contre-pouvoir, cet inconnu », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2005, pp. 675-697.
- MILACIC (S.), « L’État de droit, pour quoi faire ? L’État de droit comme logistique d’une bonne gouvernance démocratique », in *Mélanges en l’honneur de Jean Gicquel*, Paris, Montchrestien, 2007, pp. 375-390.
- MILLARD (É.), « La protection du droit à la vie familiale, dialectiques jurisprudentielles autour de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme », *LPA*, 1996, n° 95, pp. 13-18.
- MILLARD (É.), « L’État de droit : idéologie contemporaine de la démocratie », in FEVRIER (J.-M.) et CABANEL (P.) (dir.), *Question de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2001, pp. 415-443.
- MILLARD (E.), « La justiciabilité des droits sociaux, une question théorique et pratique », *La Revue des Droits de l’Homme*, juin 2012. Disponible à l’adresse : <http://revdh.files.wordpress.com/2012/04/une-question-thc3a9orique-et-pratique.pdf>.
- MILLARD (É.), « Quelques bonnes raisons de douter du néo-constitutionnalisme », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, 2018, pp. 245-254.
- MINEUR (D.), « Qu’ont en commun des citoyens en désaccord avec la justice ? Une conception procédurale de la raison publique », *Philosophiques*, 2019, n° 1, pp. 9-28.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.), « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1928, n° 45, pp. 5-53.
- MELKEVIK (B.), « Droit et démocratie : retour sur l’approche procédurale de Habermas », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu’en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d’études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 185-208.

- MERCUZOT (B.), « Les saisines parlementaires dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *in Vingt ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, PUAM, 1995, pp. 65-81.
- MESTRE (A.), « La démocratie administrative », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université de sciences sociales, 1974, pp. 561-575.
- MODERNE (F.), « Les bénéficiaires ou titulaires de droits fondamentaux en France », *AJJC*, 1991, n° 7, pp. 237-284.
- MOLFESSIS (N.) « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008, n° 126, pp. 87-100
- MOLFESSIS (N.), « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n° 105, pp. 89-101 ;
- MOLINER-DUBOST (M.), « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA*, 2011, n° 5, p. 259.
- MOLINER-DUBOST (M.), « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, 2016, n° 12, pp. 646-651.
- MONCONDUIT (F.), « État et démocratie », *RDP*, 1986, n° 2, pp. 327-344.
- MONOD (J.-C.), « Les légitimités démocratiques en tension », *in* AL-MATARY (S.), GUENARD (F.) (dir.), *La démocratie à l'œuvre. Autour de Pierre Rosanvallon*, Paris, Seuil, Actes du colloque de Cerisy, 2015, pp. 181-198.
- MONTECLER (M.-C de), « Les propositions de la commission Jospin “pour un renouveau démocratique” », *AJDA*, 2012, n° 39, pp. 2140-2142.
- MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, n° 9, pp. 215-227.
- MOUTON (S.), « Le pouvoir des juges : matière à constitutions françaises ? Regard sur le rôle des juges dans les Constitutions depuis 1789 », *in* BIOY (X.), HOURQUEBIE (F.) (dir.), *Constitutions, justice et démocratie*, Paris, l'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, pp. 29-73.
- MOUTON (S.), « La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux concrétisations juridiques » *RFDC*, 2019, n° 120, pp. 825-842.
- MOUTON (S.), « Le Conseil constitutionnel. Pilier d'un pouvoir juridictionnel en France », *in* MAGNON (X.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *La QPC : vers une reconfiguration de l'architecture juridictionnelle*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, pp. 125-136.
- MORANGE (J.), « Droits civils et politiques », *in* ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, LAMY-PUF, coll. Quadrige, 2003, pp. 537-541.
- NOREAU (P.), « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », *in* COUTU (M.), BOSSET (P.), GENDREAU (C.), VILLENEUVE (D.) (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmenté, limitée, illusoire*, Montréal, Thémis, 2000, pp. 325-359.
- ODINET (G.), « La QPC suppose d'appréhender la loi de façon abstraite, et non simplement son application à l'espèce », *Constitutions*, 2019, n° 2, p. 211-214.
- OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* GERARD (Ph.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1-70
- OST (F.), « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *in* *Le rôle du juge dans la Cité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 15-45.
- OST (F.), « Pour une temporalité citoyenne », *in* AGACINSKI (S.), KLEIN (É.), OST (F.), SCHWARTZ (Y.) (dir.) *Figures du temps*, Marseille, Éd. Parenthèses, 2004, pp. 125-146.

OST (F.), « Le temps, la justice et le droit », in PAULIAT (H.), GABORIAU (S.) (dir.), *Le temps, la justice et le droit*, Presses universitaires de Limoges, 2004, pp. 357-369.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « Le juge entre ordre et désordre », in *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 469-485.

PADIS (M.-O.), « Les droits de l'homme dans la démocratie : questions autour de Marcel Gauchet », in VIALA (A.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 237-246.

PAOUR (R.) « Norberto Bobbio et la justice constitutionnelle », *Analisi e diritto*, 2005, pp. 221-240.

PARARAS (P. J.), « L'impossible universalité des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, n° 85, pp. 3-22.

PARDINI (J.-J.), « La jurisprudence constitutionnelle et les « faits » », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2000, n° 8. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-jurisprudence-constitutionnelle-et-les-faits>.

PASQUINO (P.), « E. Sieyès, B. Constant et le “gouvernement des modernes” », *RFSP*, 1987 n° 2, pp. 214-229.

PASQUINO (P.), « Voter et juger : la démocratie et les droits », in *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 775-786.

PATAUT (E.), « 2013, année européenne du citoyen : quel bilan ? », *RTDE*, 2013, n° 4, pp. 917-919.

PAULY (W.), « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek », in JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 297-311.

PAVIA (M.-L.), « La découverte de la dignité humaine », in PAVIA (M.-L.), REVET (T.) (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, pp. 3-23.

PELISSE (J.), « A-t-on conscience du droit ? Autour des légal Consciousness Studies », *Génèses*, 2005, n° 59, pp. 114-130.

PELLOUX (V. R.), « Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification », *RDP*, 1981, n° 1, pp. 52-68.

PENA (A.), « Les implications du resserrement de la notion de liberté individuelle sur la garantie juridictionnelle des droits des étrangers en matière de privation de liberté », in DI MANNO (Th.), ÉLIE (M.-P.) (dir.), *L'étranger : sujet de droit et sujet de droits*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2008, p. 149.

PENA (A.), « L'entrée de la fraternité en droit administratif : entre acceptation du principe et restriction procédurale », *Recueil Dalloz*, 2019, n° 14, pp. 774-782.

PERALDI-LENEUF (F.), « La citoyenneté ou le paradoxe démocratique », in BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *La France face à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. CREDHO, 2005, pp. 631-692.

PESEL (A.), « Sujets à la loi », in MELKEVIK (B.) ROBERT (P.) (dir.), *L'amour des lois : la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris, Laval, L'Harmattan, Presses universitaires de Laval, 1996, pp. 461-468.

PETIOT (G.), « De la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (1789) à la « Déclaration universelle des droits de l'homme » (1948), constantes et changements », *Linx*, 2005, n° 52, pp. 139-153.

PETIT (Ph.), « Republican liberty and contestatory democratization », in SHAPIRO (I.), HACKER-CORDON (C.) (dir.), *Democracy's Value*, Cambridge, University Press, 1999, pp. 163-190.

PFERSMANN (O.), « Le recours direct entre protection juridique et constitutionnalité objective », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 10. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-recours-direct-entre-protection-juridique-et-constitutionnalite-objective>.

PFERSMANN (O.), « À quoi bon un pouvoir judiciaire ? », in CAYLA (O.), RENOUX-ZAGAME (M.-F.) (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 181-193.

PFERSMANN (O.), « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 789-836.

PFERSMANN (O.), « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie », *RFDC*, 2002, n° 52, pp. 759-788.

PFERSMANN (O.), « De l'impossibilité du changement de sens de la constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, Sirey, 2003, pp. 353-374.

PFERSMANN (O.), « La théorie pure du droit est-elle indifférente à la démocratie ? », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 155-170.

PFERSMANN (O.), « Présentation. Le juge dans la démocratie constitutionnelle », *Cités*, 2017, n° 69, pp. 7-18.

PICARD (É.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial, pp. 6-18.

PICARD (É.), « La notion de citoyenneté », in MICHAUD (Y.) (dir.), *Qu'est-ce qu'une société ?*, Université de tous les savoirs, Paris, éd. O. Jacob, 2000, vol. 3, pp. 711-731.

PICARD (É.), « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in REDOR (M.-J.) (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 43-54.

PICAVET (E.), « Démocratie et contre-démocratie : apports et présupposés de la contribution de Pierre Rosanvallon », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 247-266.

PICHONNAZ (P.), « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », *RIEJ*, 2013, n° 70, pp. 130-138.

PIEROTH (B.), « L'apport de Jürgen Habermas en droit constitutionnel », *RDP*, 2007, n°6, pp. 1487-1501.

PIERRE-CAPS (S.), « Les révisions de la Constitution : temps, conflits et stratégies », *RDP*, 1998, n° 2, pp. 409-431.

PIERRE-CAPS (S.), « Le Conseil constitutionnel et la question du *demos* », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Louis Favoren*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 387-398.

PIMENTEL (C. M.), « L'opposition ou le procès symbolique du pouvoir », *Pouvoirs*, 2004, n° 108, pp. 45-62.

- PINON (S.), « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politéia*, 2006, n° 10, pp. 407-468.
- PINON (S.), « La Constitution de 1958 vue par Sartre et Aron », *Politéia*, 2009, n° 15, pp. 617-626.
- PINON (S.), « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *REIJ*, 2011, n° 67, pp. 69-93.
- PISIER (E.), « Léon Duguit et la constitutionnalité des lois : paradoxes pour paradoxes... », in *Mélanges Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1988, pp. 193-205.
- PIWNICA (E.), « L'appropriation de la QPC par ses acteurs », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 169-183.
- PLUEN (O.), « La nomination des membres du Conseil constitutionnel à la lumière du discours présidentiel de 2010 pour l'inauguration de la QPC », *Constitutions*, 2019, n° 2 pp. 201-210.
- POIRMEUR (Y.), « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *Droit et politique*, Paris, PUF-CURAPP, 1993, pp. 13-39.
- PONTHOREAU (M.-C.), « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, n° 5, pp. 928-936.
- PONTIER (J.-M.), « L'irréparable imperfection de l'État de droit », *RRJ*, 2008, n° 122, pp. 733-770.
- PRELOT (P.-H.), « Esmein ou le droit constitutionnel comme droit de la liberté », in PINON (S.), PRELOT (P.-H.) (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque organisé le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy-Pontoise, Paris, Monchrestien, 2009, pp. 111-133.
- QUELQUEJEU (B.), « La nature du pouvoir selon Hannah Arendt. Du "pouvoir-sur" au "pouvoir-en-commun" », *Revue des sciences philosophiques et théologiques*, 2001, n° 85, pp. 511-527.
- QUILICHINI (P.), « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, 2004, n° 20, pp. 1066-1069.
- RAPOPORT (C.), « L'opposabilité des « droits-créances » constitutionnels en droit public français », Communication présentée aux journées de l'association française de droit constitutionnel, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/RapportTXT.pdf>.
- RAYNAL (P.-M.), « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, 2016, n° 37, pp. 27-46.
- RAYNAUD (Ph.), « La démocratie saisie par le droit », *Le Débat*, 1995, n° 87, pp. 97-116.
- REDOR (M.-J.), « Dispositions invocables et justiciabilité des droits de l'homme devant le juge administratif français », in *Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 947-972.
- REDOR-FICHOT (M.-J.), « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *CRDF*, 2002, n° 2, pp. 91-101.
- REDOR-FICHOT (M.-J.), « L'indivisibilité des droits de l'homme », *CRDF*, 2009, n° 7, pp. 75-85.
- REDOR-FICHOT (M.-J.), « Dispositions invocables et justiciabilité des droits de l'homme devant le juge administratif français », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 947-972.
- RENAUT (A.), « État de droit et sujet de droit », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1993, n° 23, pp. 53-67.
- RENNES (J.), « Illégitimer des distinctions en droit. Stratégies politiques et enjeux épistémologiques », *Politix*, 2011, n° 94, pp. 35-57.
- RENOUX (Th.), « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTDciv.*, 1993, n° 92, p. 33-58.
- RENOUX (Th.), « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G*, 1993, Étude I, pp. 211-220.

RENOUX (Th.), « La réforme de la justice en France : le juge et la démocratie », *Gaz. Pal.*, 21-22 janvier 2000, pp. 185-189.

RENOUX (Th. S.), « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, pp. 87-100.

RENOUX (Th.), « La justice dans le débat démocratique. L'autorité judiciaire, un service public ? », *Les cahiers de la justice*, 2017, n° 2, pp. 331-346.

REVAULT D'ALLONNES (M.), « L'impartialité du Juge. Une problématique de tous les temps : d'Aristote à Hannah Arendt », in GABORIAU (S.), PAULIAT (H.) (dir.), *L'éthique des gens de justice*, Actes du colloque des 19 et 20 octobre 2000, Limoges, PULIM, coll. Les entretiens d'Auguesseau, 2001, pp. 184-196.

REVILLARD (A.), « L'expertise critique, force d'une institution faible ? », *RFSP*, 2009, n° 2, pp. 279-300.

REYDELLET (M.), « La dignité des étrangers », in *Mélanges Ch. Bolze*, Paris, Economica, 1999, pp. 227-259.

RIALS (S.), « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Vème République », *RDP*, 1984, n° 3, pp. 587-606.

RIALS (S.), « Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits*, 1986, n° 2, pp. 3-12.

RIALS (S.), « Représentations de la représentation », *Droits*, 1987, n° 6, pp. 3-21.

RIALS (S.), « Le mystère des origines », *Droits*, 1988, n° 8, pp. 3-23.

RIALS (S.), « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 3-20.

RIALS (S.), « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, 1991, n° 64, pp. 159-175.

RIALS (S.), Contribution au « cahier de doléances » d'Hondainville (Oise), 18 janvier 2019. Disponible à l'adresse : <https://assasri.wordpress.com/2019/01/18/contribution-au-cahier-de-doleances-dhondainville-oise/>.

RICŒUR (P.), « Le juste : entre le bon et le légal », *Esprit*, 1991, n° 9, pp. 5-21.

RICŒUR (P.), « L'acte de juger », *Esprit*, 1992, n° 183, pp. 20-25.

RICŒUR (P.), « La condition d'étranger », *Esprit*, 2006, n° 3-4, pp. 264-275.

RIDEAU (J.), « Communauté de droit et État de droits », in *Mélanges R. J. Dupuys*, Paris, Pédone, 1991, pp. 143-157.

RIGAUDIERE (A.), « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 5-21.

RIVERO (J.), « Fiction et présomptions en droit public français », in PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 101-110.

RIVERO (J.), « État de droit, état du droit », in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 609-621.

RIVERO (J.), « Les limites de la liberté », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Robert*, Paris, Monchrestien, 1998, pp. 189-194.

ROBITAILLE (D.), « Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux », *RTDH*, 2013, n° 94, pp. 221-223.

ROBLLOT-TROIZIER (A.), « Le changement des circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, 2006, n° 4, pp. 788-799.

- ROBLOT-TROIZIER (A.), « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, 2010, n° 2, pp. 80-88.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 691-710.
- ROBLOT-TROIZIER (A.), TUSSEAU (G.) « Le Conseil constitutionnel, arbitre des conflits de jurisprudence ou juge des effets rétroactifs des revirements de jurisprudence ? Chronique sous Cons. const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC », *RFDA*, 2013, n° 6, p. 1255-1273.
- ROGER (A.-F.), « Un regard sur les spécificités du contentieux administratif des étrangers », in LOCHAK (D.) (dir.), *Défendre la cause des étrangers en justice*, sous l'égide de GISTI, Paris, Dalloz, 2009, pp. 303-317.
- ROMAN (D.), « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, 2012, n° 1. Disponible à l'adresse : <https://revdh.revues.org/635>.
- ROMAN (D.), « L'opposabilité des droits sociaux », *Informations sociales*, 2013, n° 178, pp. 33-42.
- ROSANVALLON (P.), « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne », in GAUCHET (M.), MANENT (P.), ROSANVALLON (P.) (dir.), *Situations de la démocratie*, Paris, Seuil-Gallimard, coll. Hautes études, 1993, pp. 11-29.
- ROSANVALLON (P.), « La question de la légitimité démocratique : l'exemple de la Justice », *Après-demain*, 2014, n° 30, pp. 5-6.
- ROSENFELD (M.), « Possibilité de la démocratie et déconstruction du droit » in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1992, pp. 93-123.
- ROSS (A.), « Qu'est-ce que la démocratie ? », *RDP*, 1950, n° 60, pp. 29-47.
- ROUAULT (M.-C.), « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Commentaire de l'actuel projet de loi », *Droit administratif*, 1998, pp. 6-11.
- ROUBIER (P.), « Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs », *APD*, 1964, n° 9, pp. 83-95.
- ROULHAC (C.), « L'apport de la question prioritaire de constitutionnalité en matière fiscale », *Revue de droit fiscal*, 2017, n° 51-52, pp. 12-23.
- ROUSSEAU (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, pp. 5-22.
- ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997, n° 96, pp. 73-88.
- ROUSSEAU (D.), « Le contrôle de constitutionnalité est-il une anomalie dans un système démocratique », *RDP*, 2002, n° 2, pp. 363-369.
- ROUSSEAU (D.), « La présence/absence du citoyen dans la pensée constitutionnelle », in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2007, pp. 1369-1378.
- ROUSSEAU (D.), « Constitution et Démocratie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 437-444.
- ROUSSEAU (D.), « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, pp. 47-55.
- ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, pp. 428-442.

- ROUSSEAU (D.), « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012, n° 780, pp. 428-442.
- ROUSSEAU (D.), « Le droit constitutionnel continu : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1517-1533.
- ROUSSEAU (D.), « Les citoyens ne réclament pas davantage d'énarques ou de lois mais des juges », *Gaz. Pal.*, 17 mai 2014, n° 137, pp. 7-9.
- ROUSSEAU (D.), « La démocratie continue, un contre-sens qui fait sens », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 7-30.
- ROUSSEAU (D.), « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 54, pp. 5-18.
- ROUSSEL (V.), « La judiciarisation du politique, réalités et faux-semblants », *Mouvements*, 2003, n° 29, pp. 13-18.
- ROUX (J.), « La responsabilité du fait des lois déclarées contraires à la Constitution : « un produit de luxe » », *Recueil Dalloz*, 2020, n° 13, pp. 746-753.
- RRAPI (P.), « « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2012, n° 34, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension>.
- SAINT-BONNET (F.), « Le droit des libertés publiques, antonyme du droit administratif au XIX^{ème} siècle », *RDP*, n° 2, 2012, pp. 457-472.
- SALAS (D.), « La légitimité démocratique du juge en question », *Histoire de la justice*, 2014, n° 24, pp. 145-152.
- SAUVE (J.-M.), « Le principe de subsidiarité et la protection des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 22, pp. 1368-1374.
- SAUVE (J.-M.), « Un juge indépendant et impartial », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, pp. 539-562.
- SAVATIER (R.), « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in PERELMAN (Ch.) (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 521-535.
- SCHNAPPER (D.), « Nationalité et citoyenneté », *Pouvoirs*, 2017, n° 160, pp. 61-71.
- SCHRAMECK (O.), « Rapport de la Commission Balladur. : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDP*, n° 1, pp. 3-49.
- SCHUTTER (O. de), « L'accès des groupements à la justice communautaire », *JTDE*, 1999, n° 61, pp. 153-162.
- SCOFFONI (G.), « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, 1999, n° 2, pp. 243-280.
- Severino (C.), « Un an de droit vivant devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, n° 1, pp. 43-50.
- SERVERIN (E.), GRUMBACH (T.), « Le statut procédural de la HALDE devant les juridictions civiles après l'arrêt de la Chambre sociale du 2 juin 2010 : ni juge, ni partie, mais représentant de l'intérêt public », *Revue du droit du travail*, 2010, n° 7-8, pp. 457-462.

SIMON (D.), « L'application des directives par les tribunaux nationaux », *Bull. Cour de cassation*, 1^{er} octobre 1993. Disponible à l'adresse : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/etude_cour_2290/denys_simon_9981.html.

SIMON (D.), « Dialogue des juges et droits de l'homme : en 2014, j'écris ton nom ? », *Europe*, 2014, n° 1, pp. 1-9.

SLAMA (A.-G.), « L'État sans citoyens », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, pp. 89-98.

SMITH (E.), « Sur la « nécessité logique » de l'accès à un juge constitutionnel », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 932-943.

SÖDERMAN (J.), « Le citoyen, l'État de droit et le principe de transparence », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4, 2001, pp. 889-900.

SPITZ (J.-F.), « Droit de résistance », in RAYNAUD (Ph.), RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2015, pp. 169-174.

SPIRE (A.), WEIDENFELD (K.), « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? », *Droit et société*, 2011, n° 79, pp. 689-713.

STAHL (J.-H.), « Conséquences de l'introduction de la règle de concurrence dans le contentieux administratif. Conclusions sous CE, 26 mars 1999, *Société Eda*, n° 202260 », *AJDA*, 1999, n° 5, pp. 427-439.

SUDRE (F.), « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la CEDH ? », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 386-390.

SUDRE (F.), « QPC et droit à un tribunal », *JCP G*, 2015, n° 40, I, pp. 368-371.

SUEUR (J.-J.), « La démocratie et son droit à l'épreuve de la crise », in *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, VIALA (A.) (dir.), Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 65-82.

SZYMCZAK (D.), « L'européanisation des griefs d'inconstitutionnalité : les droits-garanties dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, pp. 259-263.

TCHEN (V.), « La constitutionnalité du droit des étrangers : essai de synthèse », *Titre VII. Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2021, n° 6, pp. 1-11.

TEIGTEN-COLLY (C.), « La Commission nationale consultative des droits de l'homme et le Défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n° 139, pp. 409-420.

TERRE (F.), « Au cœur du droit, le conflit », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Éd. Autrement, coll. Séries Morales, 1994, pp. 100-111.

THOMAS (Y.), « Le sujet de droit, la personne, la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat*, 1998, n° 100, pp. 85-107.

THOURET (J. G.), « Discussion sur la nouvelle organisation du pouvoir judiciaire », Discours du 24 mars 1790, *A.P.*, t. XII, p. 343-347.

TIMSIT (G.), « L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2011, pp. 635-648.

TINLAND (F.), « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau », *APD*, 1989, n° 34, pp. 51-66.

- TOUZEIL-DIVINA (M.), « 1848 : la République et le(s) démocratie(s) », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, 2018, pp. 91-107.
- TRAVERSAC (A.-S.), « Citoyenneté et souveraineté », *Politeia*, 2011, n° 20, pp. 197-218.
- TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, n° 124, pp. 58-72.
- TROPER (M.), « La Constitution et ses représentants sous la V^e République », *Pouvoirs*, 1978, n° 4, pp. 61-72.
- TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31-48.
- TROPER (M.), « Le concept d'État de droit », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 51-64.
- TROPER (M.), « Démocratie continue et justice constitutionnelle » in ROUSSEAU (D.) (dir.), *La démocratie continue*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique moderne, 1992, pp. 125-136.
- TROPER (M.), « La constitution de l'an III ou la continuité : la souveraineté populaire sous la Convention », in DUPUY (R.), MORABITO (M.) (dir.), *1795. Pour une République sans révolution*, Presses universitaires de Rennes, coll. Histoire, 1996, pp. 179-192.
- TROPER (M.), « La démocratie comme État de droit », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 2001, pp. 29-48.
- TROPER (M.), « Réplique à Otto Pfersmann », *RDFC*, 2002, n° 50, pp. 335-353.
- TROPER (M.), « La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, 2002, n° 35, pp. 63-70.
- TROPER (M.), « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in ZOLLER (É.) (dir.), *Marbury vs. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 215-228.
- TROPER (M.), « La démocratie comme État de droit », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 495-510.
- TROPER (M.), « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélange en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 911-935.
- TROPER (M.), « La démocratie et les droits de l'homme dans les révolutions d'Amérique et de France », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J.-M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, pp. 75-90.
- VACHET (M.-S.), « Le droit des étrangers en France : particularités et finalités d'un droit en constante évolution », *L'homme et la société*, 2018, n° 206, pp. 265-287.
- VACHEY (J.), « La culture constitutionnelle du peuple. Propos introductifs », *RFDC*, 2020, n° 123, pp. 587-595.
- VAN LANG (A.), « Le principe de participation : un succès inattendu », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 43, pp. 25-41.
- VATIER (B.), « La justice est-elle un service public », in *Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 141-147.
- VASAK (K.), « La Déclaration universelle des droits de l'homme trente ans après », *Courrier de l'UNESCO*, novembre 1977, pp. 29-32.
- VASAK (K.), « Les différentes typologies des droits de l'homme », in BRIBOSIA (E.), HENNEBEL (L.) (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 11-23.

VEDEL G., « Le Conseil constitutionnel gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, 1988, n° 45, pp. 149-159.

VEDEL (G.), « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel Homme ? » in *Mélanges en l'honneur de René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, pp. 349-362.

VEDEL (G.), « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) », *RFDA*, 1992, n° 2, pp. 173-184.

VEDEL (G.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 79-97.

VEDEL (G.), « Excès de pouvoir et excès de pouvoir constitutionnel (II) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1997, n°2, pp. 77-91.

VERPEAUX (M.), « L'action de groupe est-elle soluble dans la Constitution ? », *Recueil Dalloz*, 2007, n° 4, pp. 258-260.

VERPEAUX (M.), « Les suites à donner à une décision d'inconstitutionnalité. Note sous Conseil d'État, assemblée, 13 mai 2011, n° 316734, *M'Rida* », *RFDA*, 2011, n° 4, pp. 806-813.

VERPEAUX (M.), « La transparence de la vie publique face au juge constitutionnel », *JCP A*, 27 avril 2014, n° 4, pp. 27-34.

VERPEAUX (M.), « L'unité et la diversité dans la République », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014, n° 42. Disponible à l'adresse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-unite-et-la-diversite-dans-la-republique>.

VIALA (A.), « L'autonomisation du droit constitutionnel : de la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in MATHIEU (B.) (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2008, pp. 519-526.

VIALA (A.), « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, pp. 965-996.

VIALA (A.), « Quand le contrôle a priori pétrifie les enjeux du contrôle a posteriori », *Constitutions*, 2013, n° 4, pp. 573-583.

VIALA (A.), « Relativisme et substantialisme : quelle philosophie du droit pour la démocratie », in VIALA (A.) (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes ? Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Actes du colloque organisé les 24 et 25 mai 2012 à la faculté de droit de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP), Paris, LGDJ, coll. Grands colloques, 2014, pp. 131-154.

VIALA (A.), « L'objectivation du contentieux des droits et libertés et la réalisation démocratique de l'État de droit », in ARLETTAZ (J.), BONNET (J.), (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux*, Actes du colloque du 12 décembre 2014, Paris, Pedone, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, 2015, pp. 177-191.

VIALA (A.), « De la critique des droits de l'homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'homme », in *Mélanges Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Mélanges, 2015, pp. 51-69.

VIALA (A.), « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », in MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Actes du colloque organisé les 9 et 10 octobre 2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse I Capitole, Paris, LGDJ, Lextenso, coll. Grands colloques, 2016, pp. 229-239.

VIALA (A.), « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêsté. Questions de méthode », *RDP*, 2016, n° 4, pp. 1137-1162.

- VIDAL-NAQUET (A.), « L'efficacité du contrôle de constitutionnalité », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL-NAQUET (A.) (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 187-207.
- VIDAL-NAQUET (A.), « Le réflexe constitutionnel du législateur et la QPC », in BIOY (X.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 123-141.
- VIDAL-NAQUET (A.), « La transformation de l'écriture de la loi : l'exemple de la loi sur la République numérique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, n° 57, pp. 59-68.
- VILLEY (M.), « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD*, 1964, n° 9, pp. 97-127.
- WACHSMANN (P.), « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 13-22.
- WACHSMANN (P.), BENOÎT-ROHMER (F.), « La résistance à l'oppression dans la Déclaration », *Droits*, n° 8, 1988, pp. 88-99.
- WACHSMANN (P.), « Un sujet de droit peut-il se révolter », *APD*, 1989, n° 34, pp. 89-102.
- WACHSMANN (P.), « Participation, communication, pluralisme », *AJDA*, 1998, n° h-s, pp. 165-177.
- WACHSMANN (P.), « L'importation de la notion de « droits fondamentaux », *RUDH*, 2004, n° 1-4, pp. 40-49.
- WACHSMANN (P.), « Sur la clarté de la loi », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 809-830.
- WACHSMANN (P.), « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 2010, n° 5, pp. 1-34. Disponible à l'adresse : <http://juspolicum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>.
- WACHSMANN (P.), « Nouvelles techniques permettant des restrictions aux libertés publiques ou de la protection des libertés dans la société du spectacle », *Jus Politicum*, 2010, n° 5, pp. 1-21. Disponible à l'adresse : <http://www.juspolicum.com/Nouvelles-techniques-permettant-de.html>.
- WACHSMANN (P.), « L'oracle des libertés ne parle qu'un fois », *Jus politicum*, 2012, n° 7, pp. 1-19. Disponible à l'adresse : <http://juspolicum.com/article/L-oracle-des-libertes-ne-parle-qu-une-seule-fois-447.html>.
- WACHSMANN (P.), « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *L'homme et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 797-816.
- WAHL (R.), « Aux origines du droit public contemporain », *RDP*, 2007, n° 3, pp. 817-843.
- WEBER (M.), « Les trois types purs de la domination légitime (1917) », trad. É. Kauffmann, *Sociologie*, 2014, n° 5, pp. 291-302.
- WERLINGS (M.-J.), « Le *dèmos* avant la démocratie : quelques repères historiques », in CHAMPEIL-DESPLATS (V.), DENQUIN (J. M.) (dir.), *Démocratie et constitutionnalisme : retours critiques*, Paris, Mare & Martin, 2018, coll. Néo-Rétro constitutionnalisme, pp. 31-40.
- WILKE (H.), « Guider la société par le droit », *APD*, 1986, n° 31 pp. 189-213.
- WOEHLING (J.-M.), « Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux », *AJDA*, 2007, n° 33, pp. 1777-1780.
- WOLMARK (C.), « L'opposabilité du droit au logement », *Recueil Dalloz*, 2008, n° 2, pp. 104-108.

ZAGREBELSKY (G.), « La justice constitutionnelle, une fonction républicaine », in *En hommage à François Delpérée*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2007, pp. 1765-1776.

ZAGREBELSKY (G.), « La doctrine du droit vivant et la question de la constitutionnalité », *Constitutions*, 2010, n° 1, pp. 9-20.

ZENATI (F.) ; « Le citoyen plaideur », in BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Éd. Autrement, coll. Séries Morales, 1994, pp. 172-186.

ZENATI (F.), « Le procès, lieu du social », *APD*, 1995, n° 39, pp. 239-247.

ZOLLER (E.), RAYNAUD (Ph.), « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps. Deux points de vue », *Droits*, 2000, n° 30, pp. 97-126.

ZOLLER (E.), « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur la pratique américaine et française », *RIDC*, 2001, n° 3, p. 559-574.

ZYLBERBERG (J.), « La citoyenneté dans tous ses états », in COLAS (D.), EMERI (Cl.), ZYLBERGER (J.) (dir.), *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui 1991, pp. 7-21.

TABLE DE JURISPRUDENCE

CONSEIL D'ÉTAT

CE, 29 novembre 1912, *Boussuge*, n° 45893
 CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855
 CE, 19 mai 1933, *Sieur Benjamin et Syndicat d'initiative de Never*, n° 17413
 CE ass., 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*, n° 51704
 CE, 5 mai 1944, *Dame Trompier Gravier*, n° 69751
 CE ass., 26 octobre 1945, *ARAMU*, n° 77726
 CE, 29 avril 1949, *Bourdeaux*, n° 82790
 CE, 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte*, n° 86949
 CE sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, n° 92004
 CE, 23 octobre 1959, *Doublet*, n° 40922
 CE, 8 novembre 1961, *Commune de Sospel*, n° 46652
 CE, 14 décembre 1962, *Doublet*, n° 50114
 CE sect., 13 juillet 1962, *Archambaud*, n° 65735
 CE, 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers*, n° 61958
 CE ass., 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio électrique*, n° 50515
 CE, 2 octobre 1968, *Ville du Vésinet*, n° 73331
 CE, 6 décembre 1968, *Ministre des Armées c. Ruffin*, n° 74.284
 CE, 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, n° 78880
 CE, 8 décembre 1971, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens*, n° 81811
 CE, 29 juin 1973, *Société Géa*, n° 82870
 CE sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n° 88032/88148
 CE, 23 juillet 1974, *Luneau*, n° 90412
 CE, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c. Pardov*, n° 94108
 CE, 21 juillet 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, n° 01333.
 CE ass., 8 décembre 1978, *GISTI, CFDT et CGT*, n° 10097

CE, ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, n° 11604
 CE, 26 juillet 1982, *GISTI*, n° 22931/22934
 CE sect., 27 février 1985, *SA Grands travaux et constructions immobilières*, n° 39357
 CE, 20 janvier 1986, *Ministre de l'Intérieur c. Elfenzi*, n° 87036
 CE, 28 février 1986, *Ngako Jeuga*, n° 41550/46278
 CE, 8 avril 1987, *Peltier*, n° 55895
 CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c/Levy*
 CE ass., 11 octobre 1991, *Ministre de l'Intérieur c/Diouri*, n° 128128
 CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, n° 99201.
 CE ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470
 CE, 22 mai 1991, *Dlle Zine El Khalma*, n° 80232
 CE ass., 13 décembre 1991, *Préfet de l'Hérault c/Dakoury*, n° 120560
 CE, 10 avril 1992, *Aykan*, n° 120573
 CE, 22 avril 1992, *Alkan*, n° 118336
 CE, 22 mai 1992, *Dlle Zine El Kelma*, n° 87043
 CE, 15 juin 1992, *Société du Canal de Provence*, n° 132416
 CE, 2 avril 1993, *Ville de Bastia*, n° 81519
 CE, 12 juillet 1993, *Ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale c. Aggad*, n° 117478
 CE, 6 février 1994, *Commune d'Issy-les-Moulineaux*, n° 136530
 CE, sect., avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c. SARL Auto-Industrie Méric*, n° 164008
 CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 136727
 CE, ass., 14 février 1996, *Maublen*, n° 132369
 CE, 29 décembre 1997, *Maugendre*, n° 164299
 CE, 20 juin 1997, *Rezli*, n° 139495
 CE, 9 juillet 1997, *Kang*, n° 145518
 CE, 8 juillet 1998, *M. Omer X.*, n° 179064.
 CE, 28 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, n° 188715

CE, 21 décembre 1998, *Époux Hofmann*, n° 222862
 CE, 26 mars 1999, *Société Eda*, n° 202260,
 CE ass., 9 avril 1999, *Dame Ba*, n° 195616
 CE, ass., 3 déc. 1999, *Didier*, n° 207434
 CE, 26 janvier 2000, *France Terre d'Asile, Amnesty internationale et GISTI*, n° 201020/202537
 CE, 5 juillet 2000, *Tête*, n° 201628
 CE, 28 juillet 2000, *E. A.*, n° 151068
 CE, 28 juillet 2000, *Préfet de l'Aveyron*, n° 210847
 CE, 20 octobre 2000, *Société Habib Ban Limited*, n° 180122
 CE, 27 octobre 2000, *M. Pierre X.*, n° 212967
 CE, 10 janvier 2001, *Coren*, n° 211878/213462
 CE, ord., 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre*, n° 229921/229922
 CE ord., 2 mars 2001, *M. Dauphine*, n° 230798
 CE, 22 juin 2001, *Sté Athis*, n° 193392
 CE, 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c. Mme Tiba*, n° 238211
 CE ass, 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense et de l'Économie c/Diop*, n° 212179
 CE, 5 mars 2002, *Fikry*, n° 243725
 CE, 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c. Magjera*, n° 239575
 CE, 26 juillet 2002, *Préfet du Languedoc-Roussillon*, n° 237832
 CE, 18 octobre 2002, n° 242896
 CE, 18 octobre 2002, n° 242896
 CE, 3 mars 2003, *Ministère de l'Intérieur c. Rakhimov*, n° 268662
 CE, 23 avril 2003, *Ministre de l'Intérieur c. Oteiza Olazabal*, n° 206913
 CE, 30 juillet 2003, *Banque d'escompte et Wormser frères*, n° 238169
 CE, 17 octobre 2003, *Bouhsane*, n° 249183
 CE, 14 novembre 2003, n° 224285
 CE, 28 novembre 2003, n° 252913
 CE, 13 février 2004, *Guillard*, n° 241093
 CE, 18 février 2004, n° 251016
 CE, 27 février 2004, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ Abounkehila*, n° 252988
 CE, 31 mars 2004, *Société Etna finance*, n° 243579
 CE, ord., 20 avril 2004, *Théron et autres*, n° 266582

CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886
 CE, 10 mai 2004, *Crédit du Nord, Banque Clément*, n° 241587
 CE, 10 décembre 2004, *Société Resotum*, n° 270267
 CE, 7 février 2005, *Préfet des Yvelines*, n° 262601
 CE sect., 22 avril 2005, *Magerand*, n° 257406
 CE, ord., 12 novembre 2005, *Association SOS racisme*, n° 286832
 CE sect., 16 décembre 2005, *Kostiuk*, n° 268872
 CE 6 janvier 2006, *Société Lebanese Communication Group*, n° 279596
 CE, 27 février 2006, *Kempff*, n° 257964
 CE, 13 mars 2006, *Bayrou et a.*, n° 291118
 CE, 24 mars 2006, *SA Martell & Co*, n° 257330
 CE, 31 mars 2006, *Robert*, n° 276605
 CE, 26 avril 2006, *Mme Ouattara et autres*, n° 278827
 CE, 19 juin 2006, *Association Eaux et rivières de Bretagne*, n° 282456
 CE, 27 octobre 2006, *Parent*, n° 276069
 CE ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522
 CE 30 mai 2007, *Société Europe, finance et industrie*, n° 288538
 CE ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545
 CE, 27 juillet 2007, *Société AIS 2*, n° 340026
 CE, 28 septembre 2008, n° 421899
 CE, 8 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931
 CE, 5 décembre 2008, *Albrecht*, n° 293560
 CE, 16 février 2009, *Mme Hoffman-Glemanede*, n° 314499
 CE, 23 avril 2009, *France Nature Environnement*, n° 306242
 CE, 6 novembre 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300
 CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 3066643
 CE, 28 mai 2010, *Balta et Opra*, n° 337840
 CE, 25 juin, *Mortagne 2010*, n° 326363
 CE, 9 juillet 2010, *M. et Mme Mathieu*, n° 339081
 CE, 15 avril 2011, *Association après mine Moselle-est*, n° 346042
 CE, 5 mai 2011, n° 337251
 CE 13 mai 2011, *M'Rida*, n° 316734

CE ass., 13 mai 2011, *Lazare*, n° 329290
 CE, 14 décembre 2011, *SAS Optical Center*, n° 330762
 CE, 22 décembre 2011, *Union Mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612
 CE, ass., 23 décembre 2011, *Danthony*, n° 335033
 CE, 11 janvier 2012, n° 354907
 CE, 26 mars 2012, n° 349174
 CE ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326
 CE, 7 mai 2012, *Société Isotherm*, n° 327995
 CE, 7 novembre 2012, n° 353624
 CE, 14 novembre 2012, *France Nature Environnement*, n° 340539
 CE, ass., 21 décembre 2012, *Groupe Canal Plus*, n° 362347
 CE, 30 janvier 2013, *Caisse de crédit municipal de Toulon*, n° 347357
 CE, 4 mars 2013, *Ministre de l'Intérieur, de l'outre Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration c. Mehrzi*, n° 359428
 CE, 15 mai 2013, *Société Alternative Leaders France*, n° 356054
 CE, 12 juin 2013, *Société Natixis*, n° 349185
 CE, ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c/Société Les Productions de la Plume*, n° 374508
 CE, ord., 10 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374528
 CE, ord., 11 janvier 2014, *Société Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374552
 CE, 5 novembre 2014, *Société UBS SA*, n° 371585
 CE, 17 décembre 2014, *Société civile immobilière 22 rue du Bœuf*, n° 366882
 CE, 12 février 2014, *Ministre de l'Intérieur c. Diarra Barane*, n° 365644
 CE ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994
 CE, 9 juillet 2014, *M. A.*, n° 382145
 CE, 19 septembre 2014, *Jousselin*, n° 264385
 CE, 4 février 2015, *Ministre de l'Intérieur c. Cortes Ortiz*, n° 383267

CE, 30 mars 2015, n° 375144
 CE, 10 avril 2015, *Société Red Bull on Promise et autre*, n° 379955
 CE, ord., 14 avril 2015, n° 388776
 CE, 5 juin 2015, *Hamioud*, n° 378130
 CE, 5 juin 2015, *Société GECOP*, n° 386430
 CE ord., 9 juillet 2015, n° 391392
 CE, 18 novembre 2015, *Société PS Consulting*, n° 371196
 CE, 15 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 395091
 CE ord., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 396220
 CE, 23 mars 2018, *Syndicats Force ouvrière Magistrat et autres*, n° 406066, 406497, 406498, 407474
 CE, 15 avril 2016, *Association Vent de colère !*, n° 393721
 CE, 8 juin 2016, n° 382736 et 386701
 CE, 28 novembre 2016, *Ministre des Finances et des Comptes publics c. Société Antogua deloupe développement*, n° 390638
 CE, 30 mai 2018, n° 400912
 CE, 6 septembre 2018, *M. Guardado c/ Commune de Besançon*, n° 423725
 CE, 21 décembre 2018, *Agence nationale de l'habitat*, n° 424520
 CE, 30 janvier 2019, n° 401681
 CE avis, 6 février 2019, n° 425509
 CE ord., 24 avril 2019, *Interruption des traitements de V. Lambert*, n° 428117.
 CE, 17 juin 2019, n° 400192
 CE, 25 juillet 2019, n° 403770
 CE, 18 septembre 2019, n° 410738
 CE, ass., 24 décembre 2019, n° 428162
 CE ass., 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy*, n° 425981
 CE, ass., 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983
 CE, 20 mars 2020, n° 429427

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Décisions DC

Cons. const., n° 59-2 DC, 24 juin 1959
Cons. const., n° 62-20 DC, 6 novembre 1962
Cons. const., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971
Cons. const., n° 73-51 DC, 27 décembre 1973
Cons. const., n° 74-54 DC, 15 janvier 1975
Cons. const., n° 75-56 DC, 23 juillet 1975
Cons. const., n° 76-71 DC, 30 décembre 1976
Cons. const., n° 77-87 DC, 23 novembre 1977
Cons. const., n° 78-101 DC, 17 janvier 1979
Cons. const., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980
Cons. const., n° 81-132 DC, 16 janvier 1982
Cons. const., 82-141 DC, 27 juillet 1982
Cons. const., n° 82-146 DC, 18 novembre 1982
Cons. const., n° 84-181 DC, 11 octobre 1984
Cons. const., n° 85-196 DC, 8 août 1985
Cons. const., n° 86-207 DC, 26 juin 1986
Cons. const., n° 86-208 DC, 1^{er} et 2 juillet 1986
Cons. const., n° 86-215 DC, 3 septembre 1986
Cons. const., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986
Cons. const., n° 86-218 DC, 18 novembre 1986
Cons. const., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987
Cons. const., n° 87-226 DC, 2 juin 1987
Cons. const., n° 88-244 DC, 20 juillet 1988
Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989
Cons. const., n° 89-261 DC, 28 juillet 1989
Cons. const., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990
Cons. const., n° 89-271 DC, 11 janvier 1990
Cons. const., n° 91-290 DC, 9 mai 1991
Cons. const., n° 91-299 DC, 2 août 1991
Cons. const., n° 92-305 DC, 21 février 1992
Cons. const., n° 92-308 DC, 9 avril 1992
Cons. const., n° 92-313 DC, 25 septembre 1992
Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC
Cons. const., n° 93-331 DC, 13 janvier 1994
Cons. const., n° 94-341 DC, 6 juillet 1994
Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995
Cons. const., n° 94-359 DC, 19 janvier 1995

Cons. const., n° 96-373 DC, 9 avril 1996
Cons. const., n° 96-375 DC, 6 avril 1996
Cons. const., n° 97-389 DC, 22 avril 1997
Cons. const., n° 98-396 DC, 19 février 1998
Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998
Cons. const., n° 98-407 DC, 14 janvier 1999
Cons. const., n° 99-410 DC, 15 mars 1999
Cons. const., n° 99-412 DC, 15 janvier 1999
Cons. const., n° 99-416 DC, 23 juillet 1999
Cons. const., n° 99-421 DC, 16 décembre 1999
Cons. const., n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000
Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001
Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002
Cons. const., n° 2002-461 DC, 29 août 2002
Cons. const., n° 2003-466 DC, 20 février 2003
Cons. const., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003
Cons. const., n° 2003-484 DC, 20 novembre 2003
Cons. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004
Cons. const., n° 2005-512 DC, 21 avril 2005
Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avril 2005
Cons. const., n° 2005-520 DC, 22 juillet, 2005
Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006
Cons. const., n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006
Cons. const., n° 2006-543 DC, 30 novembre 2006
Cons. const., n° 2007-547 DC, 15 février 2007
Cons. const., n° 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007
Cons. const., n° 2008-564 DC, 19 juin 2008
Cons. const., n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009
Cons. const., n° 2010-602 DC, 18 février 2010
Cons. const., n° 2010-604 DC, 25 février 2010
Cons. const., n° 2010-605 DC, 12 avril 2010
Cons. const., n° 2010-612 DC, 05 août 2010
Cons. const., n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010
Cons. const., n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012
Cons. const., n° 2013-669 DC, 17 mai 2013
Cons. const., n° 2013-675 DC

Cons. const., 2014-693 DC
 Cons. const., n° 2014-704 DC
 Cons. const., n° 2015-713 DC, 23 juillet 2015
 Cons. const., n° 2016-732 DC du 28 juillet 2016
 Cons. Const., n° 2018-772 DC, 15 novembre 2018
 Cons. const., n° 2019-779 DC, 21 mars 2019
 Cons. const., n° 2020-803 DC, 9 juillet 2020

Décisions QPC

Cons. const., 2010-1 QPC, 28 mai 2010
 Cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2020
 Cons. const., n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010
 Cons. const., n° 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010
 Cons. Const, n° 2010-9 QPC, 2 juillet 2010
 Cons. const., n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010/
 Cons. const., n° 2010-12 QPC, 2 juillet 2010
 Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010
 Cons. const., n° 2010-15/23 QPC, 23 juillet 2010
 Cons. const., n° 2010-19/27 QPC
 Cons. const., n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010
 Cons. const., n° 2010-33 QPC, 22 septembre 2010
 Cons. const., n° 2010-38 QPC, 29 septembre 2010
 Cons. const., n° 2010-39 QPC, 06 octobre 2010
 Cons. const., n° 2010-42 QPC, 7 octobre 2010
 Cons. const., n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010
 Cons. const., n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010
 Cons. const., n° 2010-72/75/82 QPC, 10 décembre 2010
 Cons. const., n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011
 Cons. const., n° 2010-90 QPC, 21 janvier 2011
 Cons. const., n° 2010-100 QPC, 11 février 2011
 Cons. const., 2010-108 QPC, 25 mars 2011
 Cons. const., n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011

Cons. const., n° 2010-112-QPC, 1^{er} avr. 2011
 Cons. const., n° 2011-118 QPC, 8 avril 2011
 Cons. const., n° 2011-121 QPC, 29 avril 2011
 Cons. const., n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011
 Cons. const., n° 2011-128, 6 mai 2011
 Cons. const., n° 2011-138 QPC, 17 juin 2011
 Cons. const., n° 2011-143 QPC, 30 juin 2011
 Cons. const., n° 2011-147 QPC, 8 juillet 2011
 Cons. const., n° 2011-153 QPC, 13 juillet 2011
 Cons. const., n° 2011-156 QPC, 22 juillet 2011
 Cons. const., n° 2011-163 QPC, 16 septembre 2011
 Cons. const., n° n° 2011-166 QPC, 23 septembre 2011
 Cons. const., n° 2011-174 QPC, 6 octobre 2011
 Cons. const., n° 2011-175 QPC, 7 octobre 2011
 Cons. const., n° 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011
 Cons. const., n° 2011-199 QPC, 25 novembre 2011
 , Cons. const., n° 2001-200 QPC, 2 décembre 2011
 Cons. const., n° 2011-203 QPC, 2 décembre 2011
 Cons. const., 2011-205 QPC, 9 décembre 2011
 Cons. const., n° 2011-213 QPC, 27 janvier 2012
 Cons. const., n° 2011-222 QPC, 17 février 2012,
 Cons. const., n° 2012-231/234 QPC, 13 avril 2012
 Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012
 Cons. const., n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012
 Cons. const., n° 2012-237 QPC, 15 février 2012
 Cons. const., n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012
 Cons. const., n° 2012-254 QPC, 18 juin 2012
 Cons. const., n° 2012-262 QPC, 13 juillet 2012
 Cons. const., 2012-268 QPC, 27 juillet 2012
 Cons. const., n° 2012-270 QPC, 27 juillet 2012
 Cons. const., n° 2012-280 QPC, 13 octobre 2011

Cons. const., n° 2012-282 QPC, 23 novembre 2012
 Cons. const., n° 2012-283 QPC, 23 novembre 2012
 Cons. const., n° 2012-284 QPC, 23 novembre 2012
 Cons. const., n° 2012-284R QPC, 27 décembre 2012
 Cons. const., n° 2012-285 QPC, 30 novembre 2012
 Cons. const., n° 2012-286 QPC, 7 décembre 2012
 Cons. const., n° 2012-288 QPC, 17 janvier 2013
 Cons. const., n° 2012-297 QPC, 21 février 2013
 Cons. const., n° 2013-318 QPC, 7 juin 2013
 Cons. const., n° 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013
 Cons. const., n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013
 Cons. const., n° 2013-343 QPC, 27 septembre 2013
 Cons. const., n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013
 Cons. const., n° 2013-350 QPC
 Cons. const., n° 2013-352 QPC, 15 novembre 2013
 Cons. const., n° 2013-353 QPC, 18 octobre 2013
 Cons. const., n° 2013-357 QPC, 29 novembre 2013
 Cons. const., n° 2013-360 QPC
 Cons. const., n° 2013-366 QPC, 14 février 2014
 Cons. const., n° 2013-368 QPC, 7 mars 2014
 Cons. const., n° 2014-374 QPC, 4 avril 2014
 Cons. const., n° 2014-375 QPC, 21 mars 2014
 Cons. const., n° 2014-390 QPC, 11 avril 2014
 Cons. const., n° 2014-396 QPC, 23 mai 2014
 Cons. const., n° 2014-397 QPC, 6 juin 2014
 Cons. const., n° 2014-400 QPC, 6 juin 2014
 Cons. const., 2014-403 QPC, 13 juin 2014
 Cons. const., n° 2014-407 QPC, 18 juillet 2014
 Cons. const., n° 2014-410 QPC, 18 juillet 2014
 Cons. const., n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014

Cons. const., n° 2014-423 QPC, 24 octobre 2014
 Cons. const., n° 2014-424 QPC, 7 novembre 2014
 Cons. const., n° 2015-473 QPC, 26 juin 2015
 Cons. const., n° 2015-479 QPC, 31 juillet 2015
 Cons. const., n° 2015-490 QPC, 14 octobre 2015
 Cons. const., n° 2015-492 QPC, 16 octobre 2015
 Cons. const., n° 2015-503 QPC, 4 décembre 2015
 Cons. const., n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015
 Cons. const., n° 2016-535 QPC, 19 février 2016
 Cons. const., n° 2016-536 QPC, 19 février 2016
 Cons. const., n° 2016-543 QPC, 24 mai 2016
 Cons. const., n° 2016-552 QPC, 8 juillet 2016
 Cons. const., n° 2016-561/562 QPC du 9 septembre 2016
 Cons. const., n° 2016-588 QPC, 21 octobre 2016
 Cons. const., n° 2016-591 QPC, 21 octobre 2016
 Cons. const., n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016
 Cons. const., n° 2016-606/607 QPC, 24 janvier 2017
 Cons. const., n° 2017-623 QPC, 07 avril 2017
 Cons. const., n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017
 Cons. const., n° 2017-629 QPC, 19 mai 2017
 Cons. const., n° 2017-642 QPC, 7 juillet 2017
 Cons. const., n° 2017-643/650 QPC, 7 juillet 2017
 Cons. const., n° 2017-651 QPC, 31 mai 2017
 Cons. const., n° 2017-666 QPC, 20 octobre 2017
 Cons. const., n° 2017-671 QPC, 10 novembre 2017
 Cons. const., n° 2017-672 QPC, 10 novembre 2017
 Cons. const., n° 2017-674 QPC, 1^{er} décembre 2017
 Cons. const., n° 2017-675 QPC, 24 novembre 2017
 Cons. const., n° 2017-680 QPC, 8 décembre 2017

Cons. const., n° 2017-688 QPC, 2 février 2018
 Cons. const., n° 2017-690 QPC, 8 février 2018
 Cons. const., n° 2017-691 QPC, 16 février 2018
 Cons. const., n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018
 Cons. const., n° 2017-695 QPC, 29 mars 2018
 Cons. const., n° 2018-709 QPC, 1^{er} juin 2018
 Cons. const., n° 2018-712 QPC, 8 juin 2018
 Cons. const., n° 2018-715 QPC, 22 juin 2018
 Cons. const., n° 2018-717-718 QPC, 6 juillet 2018
 Cons. const., n° 2018-733 QPC, 21 septembre 2018
 Cons. const., n° 2018-737 QPC, 5 octobre 2018
 Cons. const., n° 2018-739 QPC, 12 octobre 2018
 Cons. const., n° 2018-763 QPC, 8 février 2019
 Cons. Const., n° 2019-761 QPC, 1^{er} février 2019
 Cons. const., n° 2019-773 QPC, 5 avril 2019
 Cons. const., n° 2019-774 QPC, 12 avril 2019
 Cons. const., n° 2019-777 QPC, 19 avril 2019
 Cons. const., n° 2019-779 DC, 21 mars 2019
 Cons. const., n° 2019-797 QPC, 26 juillet 2019
 Cons. const., n° 2019-802 QPC, 20 septembre 2019
 Cons. const., n° 2019-806 QPC, 4 octobre 2019
 Cons. const., n° 2019-818 QPC, 6 décembre 2019

Cons. const., n° 2019-822 QPC, 24 janvier 2020
 Cons. const., n° 2019-827 QPC, 28 février 2020
 Cons. const., n° 2019-828/829 QPC, 28 février 2020
 Cons. const., n° 2020-844 QPC du 19 juin 2020
 Cons. Const., n° 2020-845 QPC, 19 juin 2020
 Cons. Const., n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020
 Cons. Const., n° 2020-858/859 QPC, 2 octobre 2020

Décisions AN, ORGA, REF, SEN

Cons. const., n° 2000-25 REF, 6 septembre 2000, *Requête présentée par Monsieur Charles PASQUA*
 Cons. const., n° 2007- 3451/3452/3535/353 6 AN 12 juillet 2007, *Bouches-du-Rhône et autres*
 Cons. const., n° 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, *Sénat, Loiret*
 Cons. const., n° 2011-120 ORGA, 21 juin 201, *Décision modifiant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.*

TPIUE

TPIUE, 10 juillet 1990, *Tetra Pac c. Commission*, aff. T-51/89

Cour de justice

CJCE, 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, aff. C-16/62

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62

CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c. Commission de la communauté économique européenne*, aff. C-25/62

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Henel*, aff. C-6/64

CJCE, 17 décembre 1970, *S.A.C.E c. Ministère des finances italien*, aff. C-33/70

CJCE, ord., 11 décembre 1973, *Générale sucrière S. A. c. Commission*, aff. C-114/73

CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c. Home Office*, aff. C-41/74

CJCE, 29 octobre 1975, *Marenco c. Commission*, aff. 81- 88/74

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe c. Landwirtschaftskammer Saarland*, aff. C-33/76

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet c. Produktschap voor Siergewassen*, aff. C-45/76

CJCE, ord., 31 mars 1977, *Société pour l'exploitation des cures c. Commission*, aff. C-88/76

CJCE, 9 mai 1978, *Simmmenthal*, aff. C-106/77

CJCE, 5 avril 1979, *Ministère public c. Tullio Ratti*, aff. C-148/78

CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda c. Produktschap voor Vee en Vlees*, aff. C-265/78

CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, aff. C-8/81

CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson*, aff. C-13/83

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, aff. C-294/83.

CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. C-222/84

CJCE, 8 octobre 1987, *Procédure pénale c. Kolpinghuis Nijmegen BV*, aff. C-80/86

CJCE, 17 octobre 1987, *Heylens*, aff. C-222/86

CJCE, 21 sept. 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88

CJCE, 16 mai 1991, *Extramet industrie*, aff. C-358/89

CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifazi* aff. C-6/90 et C-9/90

CJCE, 29 juin 1993, *De Gilbraltar*, aff. C-298/89

CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Anthony Hubbard c. Peter Hamburger*, aff. C-20-92

CJCE, 18 mai 1994, *Codorniu S.A.*, aff. C-309/89

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, aff. C-46/93 et C-48/93

CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd*, aff. C-43/95

CJCE, 17 juin 1997, *National Power plc et PowerGen plc*, aff. C-151/97 P (I), C-157/97 P

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzeleczyk*, aff. C-224/98

CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretry of State for the Home Department*, aff. C-257/99

CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00 P

CJCE, 7 septembre 2004, *M. Trojani c/ CPAS Bruxelles*, aff. C-456/02

CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02

CJCE, Gr. ch., 12 juillet 2005, *Nutri-Link Ltd c. Secretary of State*, aff. C-154/04

CJCE, 12 septembre 2006, *R. J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et autres c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-131/03

CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04

CJCE, 31 janvier 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-503/03

CJCE, 13 juin 2006, *Échouikh*, aff. C-336/05

CJCE, 18 juillet 2006, *Gérald de Cuyper c. Office national de l'emploi*, aff. C-406-04

CJCE, 9 janvier 2007, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, aff. C-1/05

CJCE, Gr. ch., 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistia e.a. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-354/04 P

CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/0
 CJUE, 2 avril 2009, *Gambazzi c. Daimler Chrysler Canada Inc.*, aff. C-394/07
 CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09
 CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09
 CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11
 CJUE, 7 juin 2012, *Anton Vinkov c. Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, aff. C-27/11
 CJUE, ord., 13 juin 2012, *GREP GmbH c. Freistaat Bayern*, aff. C-156/12.
 CJUE, 31 janvier 2013, *Valeri Hariev Belov c. Chez Elektro Bulgaria AD*, aff. C-394/11
 CJUE, 30 mai 2013, *Arslan*, aff. C-534/11
 CJUE, 10 septembre 2013, *G et R.*, aff. C-383/13
 CJUE, Gr. ch., 10 décembre 2013, *Shamsou Abdullabi c. Bundesanlyamt*, aff. C-394/12
 CJUE, 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13
 CJUE, 11 décembre 2014, *Boudjlida*, aff. C-249/13
 CJUE, 18 décembre 2014, *Abdiba*, aff. C-562/13
 CJUE, 26 février 2015, *H. c. Cour de justice de l'Union européenne*, aff. C-221/14
 CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14
 CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14
 CJUE, 15 février 2016, *J. N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-601/15

CJUE, 5 avril 2016, *Aranyosi et Caldaru*, aff. C-404/15
 CJUE, Gr. ch., 7 juin 2016, *Karim*, aff. C-155/15
 CJUE, Gr. ch., 6 octobre 2015, *Thierry Delgine c. Commune de Lesparre Médoc et Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13
 CJUE, 16 février 2017, *C. K. et autres c. Republika Slovenija*, aff. C-578/16
 CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, aff. C-528/15
 CJUE, 28 mars 2017, *PJSC Rosneft Oil Company c. Her Majesty's Treasury e. a.*, aff. C-72/15
 CJUE, Gr. ch., 7 juin 2016, *Mehrdad Ghezellash c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, aff. C-63/15
 CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli*, aff. C-75/16
 CJUE, 25 juillet 2018, *Generalstaatsanwaltschaft*, aff. C-220/1
 CJUE, 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, aff. C-216/18
 CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, aff. C-619/18
 CJUE, Gr. ch., 14 mai 2019, *M. C. Ministerstvo Vnitra et X, X c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, aff. C-391-16
 CJUE, 19 novembre 2019, *A. K. c. Krajowa Rada Sadownictwa*, aff. C-585/18

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*, n° 1279/61
 CEDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, n° 2689/65
 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, série A, n° 18
 CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de police belge c. Belgique*, Série A, n° 19
 CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72
 CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72
 CEDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, n° 6232/73
 CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, n° 5029/79
 CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74
 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, 32, n° 6289/73
 CEDH, 6 novembre 1980, *Van Oostervijk c. Belgique*, n° 7654/76
 CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n° 6878/75, 7238/75
 CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, n° 8692/79
 CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, série A, n° 84
 CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, n° 9186/80
 CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz et autres*, n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, Série A, n° 94
 CEDH, 23 octobre 1985, *H. c. Belgique*, n° 8950/80
 CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82
 CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, n° 10328/83
 CEDH, 22 juin 1989, *Langborder c. Suède*, n° 11179/84
 CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, Série A, n° 161
 CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner*, Série A, n° 172
 CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86

CEDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, n° 13448/87
 CEDH, 25 mars 1992, *Campbell c. Royaume-Uni*, n° 13590/88
 CEDH, 26 mars 1992, *Bejdoudi c. France*, Série A, n° 234-A
 CEDH, 31 mars 1992, *X. c. France*, série A, n° 234 C
 CEDH, 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle c. France*, n° 12964/87
 CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, n° 10588/83
 CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, Série A, n° 258-B
 CEDH, 24 novembre 1993, *Imbriosca c. Suisse*, n° 13972/88
 CEDH, 25 novembre 1993, *Zander*, série A, n° 279-B
 CEDH, 24 février 1994, *Bendenoun c. France*, n° 12547/86
 CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, Série A, n° 303-C
 CEDH, 24 novembre 1994, *Consorts Beaumartin c. France*, n° 15287/89
 CEDH, 24 février 1995, *Mc Michael c/ Royaume-Uni*, n° 16424/90
 CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c. France*, n° 23805/94
 CEDH, 4 décembre 1995, *Tauria et autres c. France*, n° 28204/95
 CEDH, 19 février 1996, *Gül c/Suisse*, n° 23218/94
 CEDH, 11 septembre 1996, *Gayguzusuz c. Autriche*, n° 17371/90
 CEDH, Gr. Ch., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93
 CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 19357/91
 CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94
 CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Beckett c/Royaume-Uni*, n° 3141796
 CEDH, 28 octobre 1998, *Assenov c. Bulgarie*, n° 24760/94
 CEDH, 14 septembre 2000, *Kroliczek c. France*, n° 43969/98
 CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96

CEDH, 26 octobre 2000, *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie*, n° 30985/96
 CEDH, 21 décembre 2000, *Wettstein c. Suisse*, n° 33958/96
 CEDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*, n° 31465/96
 CEDH, 26 février 2002, *Esaadi et Del sol c. France*, n° 46800/99
 CEDH, 28 mai 2002, *Ivanova c. Finlande*, n° 53054/99
 CEDH, Gr. Ch., 26 juillet 2002, *Meftab et autres c. France*, n° 32911/96, 35237/97 et 34595/95
 CEDH, Gr. Ch., 6 mars 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*, n° 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99
 CEDH, 15 juillet 2003, *Mokrani c. France*, n° 52206/99
 CEDH, 30 mars 2004, *Hirst c. Royaume-Uni* n° 2, n° 74025/01
 CEDH, 27 avril 2004, *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*, 62543/00
 CEDH, 25 mai 2004, *Kadlec c. République tchèque*, n° 4978/99
 CEDH, 22 juin 2004, *Aziz c. Chypre*, n° 69949/01
 CEDH, Gr. Ch., 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99
 CEDH, 25 mai 2005, *Kurt c. Turquie*, n° 24276/94
 CEDH, Gr. Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonim sirketti c. Irlande*, n° 45036/98
 CEDH, 15 juillet 2005, *Mežnaric. Croatie*, n° 71615/01
 CEDH, 7 février 2006, *D. H. et autres c. République tchèque*, n° 57325/00
 CEDH, 23 février 2006, *Stere et a. c. Roumanie*, n° 25632/02
 CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, n° 36813/97
 CEDH, 15 juin 2006, *Lykourazos c. Grèce*, n° 33554/03
 CEDH, 26 juin 2007, *Walchli c. France*, 35787/03
 CEDH, 3 juillet 2007, *Flux c. Moldova*, n° 31001/01
 CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01
 CEDH, Gr. Ch., 15 janvier 2008, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06

CEDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, n° 29787/03
 CEDH, 4 mars 2008, *Stoica c. Roumanie*, n° 42722/02
 CEDH, 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, n° 133778/05
 CEDH 15 janvier 2009, *Argyrou c. Grèce*, n° 10468/04
 CEDH, 15 janvier 2009, *Guillard c. France*, n° 24488/04
 CEDH, 27 janvier 2009, *Tatar c. Roumanie*, n° 67021/01
 CEDH, Gr. ch., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05
 CEDH, 24 février 2009, *L'Érablière ASBL c. Belgique*, n° 49230/07
 CEDH 11 juin 2009, *Société Dubus c. France*, n° 5242/04
 CEDH, 16 juillet 2009, *Zehentner c. Autriche*, n° 20082/02
 CEDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, n° 16064/90
 CEDH, Gr. Ch., 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, n° 17056/06
 CEDH, 29 octobre 2009, *Chaudet c. France*, n° 49037/06
 CEDH, 15 décembre 2009, *Kalender c. Turquie*, n° 4314/02
 CEDH, 11 octobre 2011, *Anad c. Bulgarie*, n° 46390/10
 CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c./ France*, n° 1466/07
 CEDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et al. c. Italie*, n° 30765/08
 CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c./France*, n° 39472/07 et 39474/07
 CEDH, 8 mars 2012, *Cadène c. France*, n° 12039/08
 CEDH, 8 mars 2012, *Cécile c. France*, n° 14177/09
 CEDH, 5 juillet 2012, *Golovan c. Ukraine*, n° 41716/06
 CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, n° 12323/11
 CEDH Gr. Ch., 13 décembre 2012, *Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07
 CEDH, 18 décembre 2012, *Yildirim c. Turquie*, n° 3111/10
 CEDH, 16 avril 2013, *Udeb c. Suisse*, n° 12020/09
 CEDH, 2 juillet 2013, *R. Sz. c. Hongrie*

CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10
 CEDH, Gr. ch., 12 mai 2014, *Chypre c. Turquie*, n° 25781/94
 CEDH, Gr. Ch., 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11, §128
 CEDH Gr. Ch., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom Campaenu c. Roumanie*, n° 478848/08
 CEDH, 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*
 CEDH, Gr. Ch., 23 avril 2015, *Morice c. France*, n° 29369/10
 CEDH, Gr. Ch., 13 septembre 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, n° 50541/06
 CEDH, 25 avril 2017, *Rezmives et autres c. Roumanie*, n° 61467/12
 CEDH, 27 juin 2017, *Sturm c. Luxembourg*, n° 55291/15
 CEDH, Gr. Ch., 25 septembre 2018, *Denisov c. Ukraine*, n° 76639/11
 CEDH, 28 février 2019, *Kahn c. France*, n° 12267/16
 CEDH, 28 janvier 2020, *Ali Rıza et autres c. Turquie*, n° 30226/10, 5506/16
 CEDH, 25 juin 2020, *Moustabi c. France*, n° 9347/14

COUR DE CASSATION

Cass. civ., 7 octobre 1988, n° 96-13614
Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105-
Cass., ass. plén., 5 févr. 1999, *Commission des opérations de bourse c. Oury*, n° 97-16.441
Cass. plén. 17 novembre 2000, *Perruche*, n° 99-13701
Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 2004, n° 0117354
Cass. 2^e civ., 8 juillet 2004, n° 01-10.426
Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2005, n° 0316526
Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, n° 0319820
Cass. ass. plén., 21 décembre 2006, n° 00-20.493
Cass. 1^{er} civ., 16 novembre 2010, n° 10-40042
Cass. com., 1^{er} mars 2011, n° 09-71.252
Cass., ass., 15 avril 2011, n° 10-17049 et n° 10-30242
Cass. plén., 20 mai 2011, n° 11-90025, 11-90032 et 11-90033
Cass., com., 12 juillet 2011, n° 10-28.375
Cass., 8 février 2012, *URSSAF du Rhône c. Société Jum I*, n° 11-40.094

Cass. crim., 9 mai 2012, n° 12-81242
Cass. 2^e civ., 28 février 2013, *SA Société Star Sécurité c. URSSAF Paris région parisienne*, n° 12-40.099
Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26066
Cass. civ. 2^e, 10 avril 2014, n° 13-24746
Cass. crim., 4 juin 2014, n° 13-87162
Cass. soc., 13 juin 2014, n° 13-26353 et autres
Cass. com., 7 octobre 2014, n° 1216844
Cass. soc., 15 mars 2016, n° 14-16.242
Cass. crim., 22 mars 2016, n° 13-87.650
Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 2018, n° 1740066
Cass. crim., 9 mai 2018, n° 17-85737

COURS CONSTITUTIONNELLES ETRANGERES

Cour const. ital., 15 juin 1956, n° 3/1956
BVerfGE, 15 janvier 1958, *Lüth*, Rec. n° 7/198-20
CS, *Garrison v. Louisiana*, 379 US 64 (1964)

INDEX

Les numéros visent les paragraphes.

A

Accès au droit, 246, 249 et s., 270, 271, 272.

Accès au juge, 116, 244 et s., 253, 259 et s., 309 et s., 467.

Action en justice, 189, 293, 303, 304, 305.

Administration de la justice (principe de bonne), 106, 259, 266, 267.

Aide juridictionnelle, 253 et s., 257.

Analytique (méthode), 46.

Applicabilité directe, 200 et s., 546, 563.

Autonomie :

- Normative, 14, 16, 47, 317, 318, 358, 367, 371, 417, 429.
- Politique, 3, 15, 17, 22, 160, 179, 318, 373, 380, 431, 447, 477, 568.

B

Bloc de constitutionnalité, 5.

C

Citoyenneté,

- Définition, 11, 32, 40, 49, 51, 53, 56 et s., 75 et s., 125 et s.
- Européenne, 86 et s., 603.

Conflit (« autorisé »), 358 et s.

Constitutionnalisme, 8, 19, 22, 28 et s., 47, 185, 218, 332 et s., 438, 474, 521, 577.

Constitutionnalisation des droits, 5, 26, 113, 140, 163, 217, 233, 236, 394, 442, 497, 521.

Contentieux (objectifs/subjectifs), 37, 207, 298, 311, 517 et s., 540.

Contrat social, 3, 42, 56, 70, 78, 144, 173, 245, 328, 336, 339, 379.

Contrôle de constitutionnalité :

- *A priori*, 9, 441, 526.
- *A posteriori*, cf. Question Prioritaire de Constitutionnalité.

Crise,

- De la démocratie, 2, 135, 171, 173, 410, 413.
- De la représentation, 2, 171, 410.

D

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Article 16), cf. Garantie des droits.

Défenseur des droits, 116, 255, 490, 493 et s.

Démocratie :

- Concept, 1, 5 et s., 14, 26, 47, 383.
- Constitutionnelle, 5, 19, 24, 27, 31, 34 et s., 126, 180, 183, 197, 216, 296, 320, 323, 350, 418, 434, 435 et s., 475, 480, 517, 544, 560, 573 et s.

- Continue, 29, 320, 359, 380, 385, 437, 440, 446.
- Procédurale, 320, 434, 516.
- Représentative, 133, 178, 322, 325, 336 et s., 378, 445 et s., 486.

Démocratisation, 4, 5, 21, 23, 26, 34, 44, 47, 49, 50, 169, 179, 245, 539, 571, 574.

Demos, 6, 37, 45, 49, 50 et s., 128 et s.

Dépolitisation, 8, 11, 17, 20, 31, 41, 47, 49 et s., 128, 155, 171 et s., 182, 319.

Dignité humaine (concept), 59 et s.

Discriminations (interdiction), 37, 61, 68 et s., 98, 107, 111, 113, 120, 148, 179, 252, 276, 284, 285, 314, 493, 494.

Droits :

- À avoir des droits, 11, 118, 429.
- De la défense, 116, 121, 159, 363, 403, 501.
- Naturels, 1, 56, 57, 88, 172, 221, 243, 406, 409, 410, 413, 415, 424, 427.
- Procéduraux, 179, 243, 259, 264.
- À un recours juridictionnel effectif, 116, 224, 259, 265, 266 et s., 496.

Droit des étrangers, 92, 100, 103, 114 et s.

Droit objectif, 7, 17, 21, 65, 294, 297 et s., 3116, 371, 407, 420, 424, 427, 431, 514, 528 et s., 567.

Droit politique (doctrine), 19, 31, 46, 391, 573.

Droits politiques, 15, 42, 50, 54, 69, 88, 91, 125, 126, 135, 139, 145 et s., 331, 339, 340.

Droits subjectifs :

- À dimension collective, 157 et s.

- Droit public subjectif, 295, 297 et s., 311.

E

Effectivité (des droits fondamentaux), 217, 227 et s., 240, 244, 317.

Effet direct, 202 et s.

Égalité :

- Devant la justice, 246 et s., 363.
- Principe, 70 et s., 91, 102, 285, 426.

État de droit,

- Critères, 5, 125, 157, 368, 415, 438, 453.
- Doctrine, 5, 10, 232.

État d'urgence, 565.

F

Fiction,

- Appliquée au droit, 3, 22, 36, 130, 134, 143, 333, 402.
- Légitimante, 20, 23, 47, 441, 573, 575.

Fondamentalité, 5, 12, 215, 219, 221, 391.

Fraternité (principe de), 77 et s.

G

Garantie des droits,

- Article 16 DDHC, 5, 9 et s., 56, 85 et s., 125, 149, 179, 217, 224 et s., 293 et s., 316.

Garanties légales des exigences constitutionnelles, 268.

Générations de droit de l'homme, 65, 391.

H

Habilitation, 26, 275, 304, 330, 337, 342, 367, 456, 471, 544, 562.

Hiérarchie des normes, 26, 29, 31, 221, 268, 340, 518, 520.

I

Individualisme (en tant que doctrine), 21, 45, 125, 408.

Interprétation :

- Théorie réaliste de l'interprétation), 26, 44, 223.

Invocabilité, 66, 195, 200 et s.

J

Judiciarisation (de la société), 4, 498, 508.

Juridictionnalisation, 498, 521.

Justiciabilité (définition), 8 et s., 180 et s., 243 et s.

L

Légitimité :

- Démocratique, 3, 32, 376, 405, 422, 431 et s.
- Du juge, 29, 406, 431 et s., 471.

Libéralisme politique, 4, 21, 24, 39 et s., 125, 182, 188 et s., 275, 341, 366, 408.

Liberté politique, 88, 156, 161, 164, 355, 374 et s., 392, 425, 436.

Loi :

- Légicentrisme, 5, 34, 331.
- Incompétence négative du législateur, 450.

M

Modernité juridique, 4, 16, 21, 34, 36, 180, 213, 423, 471.

Majorité :

- Principe majoritaire, 319 et s., 364.
- Majorité parlementaire, 22, 321, 450.

N

Nationalité,

- Principe de non-discrimination, 37, 50, 52, 61, 70 et s., 104, 110 et s., 141 et s., 255, 258, 274, 285, 474.

O

Objectifs de valeur constitutionnelle, 43, 450.

Obligations,

- D'agir, 427.
- Procédurales positives, 189, 242, 259 et s.

Opposabilité, 62, 195, 197 et s.

Ordre public (motifs), 96, 563.

P

Pacte international sur les droits civils et politiques, 63, 377.

Participation :

- Politique, 4, 16, 37, 346 et s., 493.
- Négative, 318, 446 et s., 371, 374, 380, 430.

Personne humaine, cf. sujet de droit.

Principe fondamental reconnu par les lois de la République, 165, 403.

Procédure cf. Obligations procédurales positives.

Q

Quantitative (multiplication des droits), 22, 153, 388, 595 et s., 407.

Question prioritaire de constitutionnalité, 2, 16, 19, 34 et s., 106, 166, 194, 232, 271, 274, 289 et s., 352, 447, 465, 504, 510, 515 et s., 541 et s.

R

Recours direct (notion), 309.

Recours individuel, 252, 431.

Référés, 83, 93, 106, 268, 313.

Relativisme (démocratique), 6, 14, 46, 49, 51, 58, 64, 127 et s., 321, 324, 327 et s., 380, 385, 389, 569.

Responsabilité,

- De l'État en cas de faute commise dans l'administration de la justice, 121, 244, 251, 284.
- Du fait des lois inconstitutionnelles, 565 et s.

Rétroaction négative, 14, 17 et s., 373, 381, 416.

S

Sécurité juridique, 270, 397.

Service public de la justice, 245, 249, 249 et s., 460 et s.

Standard (juridique), 7, 8, 9, 12, 27, 46, 123, 178, 179, 194, 243 et s., 315.

Statut (de justiciable), 183 et s.

Sujet de droit,

- Justiciable, 11, 41, 47, 125, 574.
- En tant que personne humaine, 10, 11, 52 et s.

T

Titulaire de droits (distinction titulaire/bénéficiaire), 11 et s.

Tribunal (notion), 83, 206, 256, 267, 461, 496, 502, 504 et s.

Théorie :

- Constitutionnelle, 18, 19, 28, 32 et s., 49, 178, 389.
- De l'indissociabilité, 212, 241, 354, 417, 460.

U

Universalisme :

- Distinction universalisme/universalité, 50.

V

Victime (statut), 22, 253, 283 et s., 493.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	7
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION GENERALE.....	15
§ 1. OBJET DE L'ETUDE : une implication spécifique de la justiciabilité dans le principe d'autonomie démocratique	34
A. Définition et champ du concept de justiciabilité	35
B. L'autonomie comme processus de correction par le droit.....	43
§ 2. INTERET DE L'ETUDE : une clarification des concepts structurant l'autonomie démocratique au sein de la théorie constitutionnelle	51
A. Les incertitudes : une redéfinition des concepts cardinaux de la démocratie.....	52
B. L'insertion au sein d'une controverse doctrinale entre néo-constitutionnalisme et droit politique	64
C. Le renouvellement : conditions et limites d'une repolitisation par les droits de l'homme.....	76
§ 3. METHODE DE L'ETUDE	89
§ 4. PROBLEMATIQUE	91
PREMIERE PARTIE UN PROJET DE DEPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA TRANSFORMATION JURIDIQUE DU CITOYEN EN JUSTICIABLE	93
TITRE PREMIER UNE DEPOLITISATION DU <i>DEMOS</i> FONDEE SUR LE PRINCIPE D'UNIVERSALITE DES DROITS.....	95
CHAPITRE 1. DE L'UNIVERSALISATION A LA CATEGORISATION : L'IDENTIFICATION DES SUJETS DE DROIT JUSTICIALES	99
SECTION 1. L'UNIVERSALITE DES DROITS DE L'HOMME COMME SORTIE DE LA COMMUNAUTE POLITIQUE.....	102
§ 1. D'un universalisme à l'autre : de l'homme à la personne humaine.....	104
A. L'homme et le citoyen : une confusion propre à l'élaboration de la DDHC de 1789	105
1. L'homme <i>et</i> le citoyen	106
2. L'homme <i>ou</i> le citoyen	109
B. L'émergence de droits relatifs à la personne humaine : vers l'annihilation des distinctions statutaires.....	111
1. Les mutations du concept	112
2. La dignité de la personne humaine comme « principe matriciel ».....	115
3. L'affirmation incertaine des droits de solidarité.....	118

§ 2. Une concrétisation juridique relative de l'universalité.....	123
A. Les inflexions inhérentes au principe d'égalité	124
1. De l'universalisme abstrait à l'universalisme concret	125
2. L'interdiction de principe des discriminations fondées sur la nationalité.....	127
3. L'autorisation de certaines discriminations.....	129
B. L'exemple du principe constitutionnel de fraternité	131
1. Perspective historique : fraternité universelle et fraternité patriotique.....	133
2. Le « délit de solidarité » : le retour de la fraternité universelle en débat.....	135
SECTION 2. UNE GRADATION DANS LA GARANTIE DES DROITS ACCORDEE AUX NON-NATIONAUX	140
§ 1. La nature conditionnée du statut constitutionnel de l'étranger	142
A. Le critère de résidence comme référentiel de garantie des droits	143
1. La résidence comme alternative à la nationalité.....	143
2. Une conception élargie par la citoyenneté européenne	146
B. La menace à l'ordre public comme critère de limitation des droits.....	151
1. Un régime d'autorisation à vocation régulatrice	151
2. L'élargissement de l'opposabilité des mesures administratives	156
§ 2. La sous-catégorisation des sujets de droit étranger.....	160
A. Un noyau dur de droits fondamentaux octroyés aux étrangers en situation régulière	161
1. La liberté d'aller et de venir et la liberté de circulation	162
2. La liberté de mariage	164
3. La liberté individuelle	165
4. Les droits économiques et sociaux	168
a. Le droit de mener une vie familiale normale.....	169
b. Le droit à la protection sociale.....	171
B. Les étrangers en situation irrégulière : entre droits inconditionnels et droits spécifiques	175
1. Un degré minimum de garantie des droits.....	176
2. Le statut de réfugié	179
3. Le statut particulier de demandeur d'asile.....	180
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	186
CHAPITRE 2. UNE DIVERSIFICATION DU <i>DEMOS</i> : LE BOULEVERSEMENT DES REPERES DE LA CITOYENNETE	189
SECTION 1. UNE CONCEPTION OUVERTE DU PEUPLE DEMOCRATIQUE.....	192
§ 1. La non-exclusivité du citoyen au sein du <i>demос</i>	194
A. Un relativisme inhérent aux contraintes méthodologiques relatives à la définition du peuple	194
1. Un objet transdisciplinaire.....	195

2. Le problème du compromis démo-libéral	197
B. Une définition juridique contingente et hétérogène.....	199
1. Le peuple <i>dans</i> et <i>hors</i> de la citoyenneté	200
2. La réduction au principe d'unicité du peuple français	201
§ 2. La délimitation confuse du champ de la communauté des citoyens	204
A. Les insuffisances relatives au concept de souveraineté	205
1. Les paradoxes historiques propres à l'assimilation entre peuple et souverain	205
2. Une relativisation du privilège citoyen juridiquement proclamée	209
B. Les droits politiques : critère systématique de la citoyenneté	211
1. L'insuffisance du critère de nationalité	212
2. La distinction nécessaire entre droits civils et politiques	214
3. La définition retenue	216
SECTION 2. LA DEPOLITISATION LIMITEE : L'IMPOSSIBLE DELIAISON ENTRE	
CITOYENNETE ET DROIT FONDAMENTAUX	218
§ 1. La complémentarité persistante entre droits fondamentaux politiques et non	
politiques.....	219
A. Les droits politiques comme droits fondamentaux spécifiques.....	220
1. Des droits essentiels à la participation à la vie politique.....	220
2. Des droits subjectifs à dimension collective.....	221
B. Les droits fondamentaux non politiques : droits-garantis des droits	
politiques.....	222
1. Le principe d'égalité.....	223
2. La liberté d'expression et le pluralisme	226
3. Les libertés d'association et de réunion.....	230
§ 2. Les alternatives proposées par le modèle de citoyen-justiciable	235
A. Des propositions doctrinales relatives à une citoyenneté des droits de	
l'homme	235
1. Les phénomènes d'adjectivation de la citoyenneté.....	236
2. La citoyenneté par les droits fondamentaux.....	239
B. L'exception kelsenienne : une forme de dépolitisation des droits	
politiques.....	242
1. La distinction entre droits subjectifs privés, droits fondamentaux et droits	
politiques	243
2. Une approche conséquentialiste.....	244
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	246
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	249

TITRE SECOND UNE DEPOLITISATION AFFIRMEE PAR L'OBLIGATION DE GARANTIE DES DROITS EN JUSTICE	251
CHAPITRE 1. UNE « DEMOCRATISATION DE LA DEMOCRATIE » PAR LA PROMOTION D'UN ÉTAT DE JUSTICE	255
SECTION 1. UNE CONSTRUCTION DE LA MODERNITE JURIDIQUE	257
§ 1. Une évolution de paradigme	259
A. L'approche historique situationnelle	260
1. Un principe de soumission à la justice	260
2. Un principe d'impersonnalité du statut.....	262
B. L'approche fonctionnaliste contemporaine	264
1. Une production du compromis démo-libéral.....	265
2. L'affirmation de l'indispensabilité démocratique de la justice	268
§ 2. Les perspectives d'autonomisation du concept	271
A. Une spécification par distinction	272
1. La confrontation entre justiciabilité et opposabilité	272
2. La confrontation entre justiciabilité et invocabilité	275
B. Une promotion opérée par la doctrine	280
1. Les propositions émises dans la doctrine des droits sociaux	280
2. Les propositions émises dans la doctrine privatiste de la théorie générale du droit	283
a. Les définitions développées par Jean CARBONNIER et Christian ATIAS...	284
b. Critiques relatives à l'opportunité des définitions proposées.....	286
SECTION 2. UN CONCEPT NECESSAIRE A LA DEMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE	288
§ 1. Une condition d'existence des droits fondamentaux.....	290
A. L'implication déterminante du juge	290
1. La remise en cause du monopole de l'interprétation du législateur.....	291
2. La normalisation de l'interprétation juridictionnelle	294
B. Un critère définitionnel.....	296
1. L'adoption d'une théorie de l'indissociabilité.....	297
2. L'inclusion de la justiciabilité dans une définition formelle des droits fondamentaux.....	300
§ 2. Une condition d'effectivité des droits fondamentaux	302
A. La médiation d'un discours politique	302
1. Une traduction doctrinale du constitutionnalisme	303
2. La promotion d'un principe de rétribution.....	306
B. Un critère théorique.....	309
1. Les contours du concept d'effectivité	309
2. La justiciabilité comme instrument d'effectivité	312
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	314

CHAPITRE 2. UNE FONCTION JURIDIQUE DE STANDARD D’EVALUATION DES GARANTIES D’ACCES AU JUGE	317
SECTION 1. UNE OBLIGATION ETATIQUE DE GARANTIR L’ACCES AU JUGE	320
§ 1. Une soumission particulière aux principes du service public de la justice	322
A. L’implication déterminante du principe d’égalité devant la justice	323
1. La spécificité du service public de la justice	324
2. Un principe d’égalité au soutien de l’objectivité du statut de justiciable.....	326
B. La « garantie de la garantie » apportée par l’aide juridictionnelle	330
1. Une aide au bénéfice de tout justiciable	330
2. Une conception utilitariste au sens de la jurisprudence supranationale	332
§ 2. Des obligations procédurales positives incombant à l’État	335
A. Les obligations conventionnelles relatives à l’aménagement des recours 336	
1. Une construction autour du principe de subsidiarité	337
2. Une concrétisation par l’obligation de prévoir l’existence et l’effectivité des recours	338
B. Les obligations constitutionnelles fondées sur le droit à un recours juridictionnel effectif	342
1. La consécration jurisprudentielle d’un droit substantiel d’accès au juge.....	343
2. La complémentarité du principe d’accessibilité et intelligibilité de la loi	348
SECTION 2. UNE PERMISSION D’AGIR POUR LES TITULAIRES DE DROITS	353
§ 1. L’identification du titulaire justiciable	355
A. Une objectivité de principe	355
1. Un terme générique au regard du droit positif.....	356
2. La réduction au statut de titulaire de droits	359
B. L’assimilation au statut de victime	361
1. Une vision « dépolitisée » au regard de la Cour EDH	362
2. Une vision constitutionnelle de la victime comme titulaire justiciable.....	366
§ 2. La nécessité d’une justification de l’accès au juge	370
A. La revendication d’un droit justiciable	371
1. La défense d’un droit public subjectif	372
2. Une part individualisée du droit objectif.....	375
B. La motivation d’un intérêt pour agir	378
1. La détermination indispensable d’une qualité pour agir	379
2. Une condition variable en fonction au statut du justiciable.....	382
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	392
CONCLUSION DU TITRE SECOND	395
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	397

SECONDE PARTIE UNE AMBITION DE REPOLITISATION DE LA DEMOCRATIE PAR LA JUSTICIABILITE : LA REFONDATION POLITIQUE DE L'AUTONOMIE AUTOUR DE LA REVENDICATION DES DROITS.....	403
TITRE PREMIER LA REFONDATION DU CONSENTEMENT AU POUVOIR PAR LA CONTESTATION JURIDICTIONNELLE DES DROITS	407
CHAPITRE 1. UN PRINCIPE D'AUTONOMIE REFORMULE : LA PARTICIPATION A LA CORRECTION DU DROIT	409
SECTION 1. LA PROCEDURALISATION DE LA CONTESTATION DES DROITS EN JUSTICE	411
§ 1. Un mode de production des normes.....	413
A. Un concept formel.....	413
1. La vision procédurale	414
2. La solution compromissoire du principe majoritaire	416
B. Le justiciable comme ordre juridique partiel.....	417
1. La construction du peuple souverain.....	418
2. L'identité relativement déterminée des titulaires de droits	419
§ 2. Les limites démocratiques de l'autonomie	422
A. L'aporie logique du système représentatif.....	422
1. Le principe de contingence	423
2. La persistance de l'hétéronomie	425
B. La souveraineté parlementaire relativisée	427
1. Un défaut de légitimité.....	428
2. La nécessité d'une garantie juridictionnelle de la Constitution.....	430
SECTION 2. L'ASSIMILATION DU RECOURS JURIDICTIONNELLE A UNE FORME DE PARTICIPATION NEGATIVE	433
§ 1. Le caractère participatif du recours	434
A. Éléments de définition.....	434
1. Les contours du concept de participation.....	435
2. Stipulation d'un concept de participation négative par le recours	437
B. L'assimilation au concept général d'autonomie normative.....	439
1. Une distinction procédurale entre participation politique et participation négative.....	439
2. Une complémentarité sur le plan des effets.....	441
§ 2. La spécificité du caractère négatif	444
A. Le « conflit autorisé »	444
1. Les prémices relatives à une symbolique du droit	445
2. Une symbolique de la procédure en tant que conflit	447
B. L'élément correctif propre à une vision fonctionnelle des droits fondamentaux.....	450

1. Une fonction subjective : l'aspect revendicatif relatif à une permission d'agir	451
2. Une fonction objective de régulation de la production du droit.....	453
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	455
CHAPITRE 2. UN PRINCIPE D'AUTONOMIE REEVALUE : UNE CONTRIBUTION A L'EVOLUTION DU DROIT	457
SECTION 1. LA RECURRENCE DE L'EVALUATION DU DROIT DANS LE TEMPS	459
§ 1. Du temps du droit aux temporalités du droit.....	463
A. Temporalité institutionnelle et temporalités du sujet	464
1. La temporalité institutionnelle de la participation politique.....	464
2. La temporalité du sujet propre aux recours juridictionnels.....	468
B. L'impossibilité de synchronisation	469
1. Le constat du décalage	470
2. Causes et effets du décalage	472
§ 2. Du temps du droit au droit dans le temps	476
A. L'historicité des droits fondamentaux.....	478
1. La fonction d'intégration sociale du droit.....	479
2. La positivisation d'une éthique circonstanciée.....	485
3. Le phénomène de multiplication des droits	488
B. L'actualisation par la jurisprudence.....	491
1. L'interprétation prétorienne comme processus créateur de droits	492
2. L'enjeu de l'actualisation : l'objectif de coordination.....	495
SECTION 2. UNE REINTERPRETATION DU CONFLIT ENTRE INDIVIDUEL ET COLLECTIF	504
§ 1. L'antagonisme construit.....	506
A. Le conflit des modernes : le « je » contre le « nous »	506
1. Une tradition de l'individualisme libéral.....	507
2. La recherche de l'équilibre.....	509
B. Le recours comme alternative au droit de résistance à l'oppression	512
1. La reconnaissance du conflit.....	513
2. La « résistance » par la contestation juridictionnelle.....	515
§ 2. L'antagonisme « fécond »	518
A. Le principe du consentement critique	519
1. Exemples de démarches axiologiques	520
2. Les possibilités d'une démarche positiviste	522
B. L'effet de responsabilisation	524
1. La critique d'une « déresponsabilisation » de l'individu par les droits de l'homme.....	526

2. La construction d'un compromis entre autonomie individuelle et autonomie collective.....	528
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	531
CONCLUSION DU TITRE PREMIER.....	533
TITRE SECOND UNE REPOLITISATION LIMITEE : LA FIGURE DU JUGE COMME TIERS INTERMEDIAIRE	535
CHAPITRE 1. LE MODELE TIERS IMPARTIAL : UN IMPERATIF LEGITIMITE PAR ET POUR LA DEMOCRATIE	539
SECTION 1. LE MODELE JURIDICTIONNEL : UNE LEGITIMITE CONCENTREE SUR LA FONCTION.....	541
§ 1. La promotion d'une légitimité politique : la fonction de représentation allouée à la justice constitutionnelle.....	542
A. L'argument relatif à une revalorisation de la Constitution comme acte de souveraineté.....	543
1. Une construction définitionnelle : la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle	544
2. Une interprétation authentique de la volonté du constituant	546
B. Le modèle aporétique du juge-représentant	549
1. Le juge-représentant ou les difficultés d'une figuration symbolique du peuple-juge.....	550
2. Un juge « contre-pouvoir » en tant que pouvoir concurrent	554
3. L'exigence d'une « distance optimale ».....	557
§ 2. L'affirmation d'une légitimité légale : l'indépendance et l'impartialité comme critères inhérents à la fonction juridictionnelle.....	562
A. Des obligations prescrites par l'ordre juridique	563
1. Précisions définitionnelles	563
2. Un encadrement juridique encore non uniforme	567
a. Des principes communs sur le plan constitutionnel et conventionnel.....	567
b. Une garantie supplémentaire par le principe d'immovibilité des juges....	571
c. Des spécificités persistantes concernant la juridiction constitutionnelle	573
B. La question de la légitimité par l'organe : la nomination plutôt que l'élection.....	575
1. L'échec historique de l'élection des juges	576
2. Une garantie supplémentaire d'indépendance.....	578
3. La promotion du « juge-technicien »	582
a. Les exceptions : les jurys et tribunaux spécialisés.....	582
b. Le régime commun d'une sélection par concours	584
c. Les incertitudes relatives à la nomination des juges constitutionnels	586
SECTION 2. L'EXPANSION DU MODELE : L'EXEMPLE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES INDEPENDANTES	592

§ 1. Une solution alternative à la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux : la régulation comme protection.....	595
A. Une autorité fondée sur une légitimité d'impartialité	596
1. L'impératif de dépolitisation	596
2. L'argument de la spécialisation	601
B. Entre complémentarité et concurrence avec la protection juridictionnelle	605
1. Les avantages inhérents à une protection non juridictionnelle.....	606
2. Un palliatif aux lacunes de la protection juridictionnelle.....	609
§ 2. Un phénomène de « juridictionnalisation » : une volonté d'assimilation au juge	616
A. Une juridictionnalisation progressivement affirmée	617
1. Une soumission aux exigences relatives au procès.....	617
2. Une application basée sur les confusions inhérentes aux notions de « juridiction » et de « tribunal ».....	623
B. Une juridictionnalisation nécessairement limitée	626
1. Le refus de qualification de « juridiction »	627
2. Une application différenciée du principe d'impartialité.....	630
CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....	634
CHAPITRE 2. LA SUREVALUATION D'UNE APPROPRIATION DE LA CONSTITUTION : UNE REPRESENTATIVITE CONFUSE DES INTERETS REVENDIQUES PAR LES JUSTICIABLES .	637
SECTION 1. L'OBJECTIVATION DES INTERETS REVENDIQUES PAR LE JUSTICIABLE	641
§ 1. La prédominance d'une finalité objective visant à garantir la conformité des normes au sein de l'ordre juridique	644
A. Un traitement difficile des données subjectives dans un recours objectif	644
1. Une objectivité inhérente à la nature du contentieux.....	645
2. Un rapprochement avec le contentieux <i>a priori</i> dans l'exercice du contrôle.	647
B. L'impossible maîtrise du litige par le justiciable	649
1. Le pouvoir d'interprétation des juges chargés du filtrage.....	650
2. Le pouvoir de reformulation du juge constitutionnel.....	653
§ 2. La vocation objective des intérêts subjectifs revendiqués : le justiciable comme « ministère public »	657
A. Une survivance de l'intérêt subjectif par son assimilation à un intérêt objectif.....	658
1. Un décalage entre prétentions et résultats	658
2. L'objectivation comme condition nécessaire à la reconnaissance de l'intérêt subjectif.....	661
B. La revendication collective des intérêts : l'exemple du recours associatif	663
1. Diversité des justiciables et catégorisation des intérêts collectifs.....	665

2. Les prétentions objectives des intérêts revendiqués par les groupements désintéressés.....	666
SECTION 2. LE BENEFICE CONFUS DES INTERETS REVENDIQUES : L'EXEMPLE OPPORTUN DE L'EFFET UTILE DES DECISIONS QPC	673
§ 1. La gradation des effets donnés à une déclaration d'inconstitutionnalité : une rétribution dépendante de la concrétisation du contrôle	676
A. L'abrogation immédiate : une configuration de principe profitable au requérant.....	677
1. Le principe : le bénéfice de la décision d'inconstitutionnalité au profit du requérant.....	677
2. Les aménagements : l'extension variable des effets de la décision d'inconstitutionnalité	679
B. La technicité de l'argument conséquentialiste : les modulations inhérentes aux abrogations différées	683
1. L'évaluation des « conséquences manifestement excessives »	684
2. La maîtrise du « vide » juridique : l'aménagement des réserves transitoires	686
§ 2. Une concrétisation imparfaite : un contrôle demeurant abstrait	690
A. Des effets « inutiles » : privations et détournements	692
1. L'effet de marginalisation de la situation du requérant.....	693
2. Les conséquences aléatoires de la décision d'inconstitutionnalité sur procès principal	695
B. Les possibilités de perfectionnement envisagées et envisageables.....	697
1. La soumission de la détermination des effets de la décision au principe du contradictoire	697
2. La reformulation du considérant d'espèce.....	699
3. L'octroi d'une plus large marge de manœuvre au juge d'instance pour apprécier les effets de la décision	701
4. La prise en considération des conséquences de la responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles	702
CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....	705
CONCLUSION DU TITRE SECOND.....	709
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	711
CONCLUSION GENERALE.....	715

BIBLIOGRAPHIE GENERALE	721
I. DICTIONNAIRES, CODES, LEXIQUES ET RECUEILS	721
II. OUVRAGES GENERAUX ET MANUELS.....	722
III. OUVRAGES SPECIALISES	730
IV. OUVRAGES COLLECTIFS	733
V. MONOGRAPHIES ET THESES	738
VI. PUBLICATIONS INSTITUTIONNELLES.....	743
VII. ARTICLES DE REVUES	745
TABLE DE JURISPRUDENCE	779
INDEX	793
TABLE DES MATIERES	797

RESUME

La démocratie constitutionnelle s'est construite, sous l'égide de l'État de droit et de l'universalité des droits de l'homme, sur une volonté de dépolitisation. Elle a fait de la justice la gardienne d'une démocratie procédurale, transformant la Constitution en un catalogue de droits au détriment d'un texte organisateur de la communauté politique. La vocation des droits à être revendiqués en justice devient une condition et un référentiel de légitimité de la démocratie moderne. À ce titre, la présente étude se propose de montrer que la démocratie moderne se pare d'un nouveau standard, la justiciabilité, et d'une nouvelle maxime, selon laquelle « tout doit être justiciable ». Tout d'abord, cette dépolitisation contribue à troubler les repères traditionnels de la démocratie pour imposer ceux de la modernité juridique : elle la « dénationalise » par la promotion du modèle du sujet de droit, sans considération de son appartenance à une communauté nationale, en donnant la faculté à « tout justiciable », par le biais du recours juridictionnel, de susciter la création, la correction ou la suppression du droit auquel il est soumis. Ensuite, ces transformations ont conduit à la formation d'un nouveau discours dominant, dit « néo-constitutionnaliste », visant à promouvoir une « démocratisation de la démocratie ». Sous couvert du standard de justiciabilité, se voit alors médiatisée l'ambition d'une repolitisation, prônant une relation de pouvoir fondée sur une logique concurrentielle d'interprétation du bien commun. Sous ces traits, la défense des droits en justice contribue à ce que chaque revendication individuelle, à l'issue de la décision juridictionnelle, rétroagisse sur l'ensemble de l'ordre juridique. Cette contribution à l'évolution et à l'actualisation du droit ne peut être aujourd'hui négligée par son influence, mais elle n'est pas non plus exempte d'illusions, car elle crée elle-même de nouvelles fictions légitimantes. En réorientant sa confiance vers le modèle de tiers impartial, incarné dans le juge, la démocratie constitutionnelle lui impose, par là même, l'immense responsabilité de maintenir un équilibre précaire et en tension entre l'Un et le Multiple. Comme tout projet démocratique qui se projette vers l'autonomie de la communauté, il dévoile fatalement sa part d'idéal.

ABSTRACT

Constitutional democracy was built under the aegis of the rule of law and the universality of human rights on a desire for depolitisation. She made justice the guardian of a procedural democracy transforming the constitution into a catalogue of rights. The vocation of rights to be claimed in court becomes a condition and a frame of reference for the legitimacy of modern democracy as such, the present study proposes to show that modern democracy is adorned with a new standard, justiciability, and a new maxim according to which « everything must be justiciable ». Under cover this standard, the ambition is about repolitisation. In its terms, this advocates a power relationship based on a competitive logic of interpretation of the general interest. To make it coherent, she builds a new criterion of democratic legitimacy. The thesis proposes here thus strives to show that the emergence of people who would appropriate the constitution and renew the democratic phenomenon applies only partially in legal reality. Like any democratic project that projects towards autonomy of the community, it inevitably reveals its part of the ideal.

MOTS-CLES : Démocratie constitutionnelle — Justiciabilité — Droits de l'homme — Contrôle de constitutionnalité — Autonomie démocratique — Citoyenneté — Néo-constitutionnalisme.

KEYWORDS : Constitutional democracy — Justiciability — Human rights — Judicial review — Democratic autonomy — Citizenship — Neo-constitutionalism.