

# La légitimité du juge constitutionnel

## Rapport France

Xavier Magnon et Ariane Vidal Naquet

La question de la légitimité du juge constitutionnel exige en premier lieu que l'on s'attarde de manière générale sur ce que signifie le terme de « légitimité », et ce qu'il convoque sous l'angle de la justice constitutionnelle, avant d'envisager l'histoire particulière de la France avec son juge constitutionnel sous l'angle de sa légitimité.

Le terme « *légitimité* » est souvent opposé au droit ou, plus largement, au respect du droit, à la *légalité* entendue dans un sens large. Cette dissociation laisse entendre que chacun de ces deux termes renvoie à une appréciation différente<sup>1</sup>. La légitimité mobilise une appréciation de valeur ; la légalité ou régularité celle de la conformité au droit. Cette différence d'appréciation, l'indépendance entre ces deux concepts fait que, potentiellement, ce qui est légitime du point de vue des valeurs n'est pas forcément régulier du point de vue du droit (aider son prochain apparaît comme légitime mais le droit peut sanctionner cette aide lorsque, par exemple, elle profite à un étranger en situation irrégulière, ce que prévoient les articles L 823-1 et s. du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) ; à l'inverse, ce qui n'est pas légitime peut être régulier juridiquement (certains pourraient considérer qu'il est illégitime de permettre à des personnes de même sexe de se marier, même si le droit autorise de tels mariages), ce qui n'empêche pas que légitimité et régularité puissent se rejoindre (un comportement peut être à la fois légitime et légal). Peut-être est-il éclairant de rapprocher cette distinction de la thèse de la séparation du droit et de la morale, telle qu'elle a été éclairée par les travaux de M. Cottureau<sup>2</sup>. Pour pouvoir mobiliser cette analyse à celle de la légitimité, il faut retenir que la légitimité implique une appréciation portant sur un comportement à partir de valeurs générales ou, plus largement, d'un système de valeurs, et donc d'une certaine morale tandis que la légalité renvoie à cette même appréciation à partir des normes juridiques.

Dans la perspective de la séparation du droit et de la morale proposée par M. Cottureau, séparer légitimité et droit présuppose, par principe, qu'il existe deux objets distincts « droit » et « morale » (« *thèse de la distinction* »), qui présentent une certaine similarité dans la mesure où ils permettent, interdisent ou rendent obligatoire des comportements (« *thèse de la similarité* ») et qu'il existe une concurrence des domaines d'application sur lesquels ils sont susceptibles d'agir (« *thèse de la répartition concurrente des domaines régulés par le droit et la morale* »)<sup>3</sup>. Un même comportement peut ainsi être jugé à la fois sous l'angle de la légitimité et sous l'angle de sa régularité, étant entendu que, sous chacun de ces deux angles, ce même comportement peut être jugé soit de la même manière, légitime et légal, soit de manière différente, illégitime et légal ou légitime et illégal. L'appréciation de la légitimité et celle de la régularité ne dépendent pas l'une de l'autre, y compris lorsque légitimité et régularité mobilisent un même critère d'appréciation. La convergence est alors contingence ; elle n'est pas intrinsèque. Pour le dire autrement, la validité juridique des normes, en tant que mode d'existence de celles-ci, est indépendante de leur légitimité. La légitimité ne dépend pas de la légalité,

---

<sup>1</sup> Pour M. Troper, le droit « désigne un système de normes tandis que [la légitimité] se réfère non à des normes mais à une qualité attribuée ou reconnue à une chose, une action, une institution ou à un homme par un système de valeurs, comme la morale, une philosophie politique » ; « la validité est attribuée par le droit et la légitimité par un jugement moral ou politique » (M. Troper, « Droit ou légitimité », in *Droit et légitimité*, sous la direction de L. Fontaine, Nemesis - Bruylant, Droit et justice, n° 96, 2011, , p. 364)

<sup>2</sup> Voir en ce sens : M. Cottureau, *La séparation entre droit et morale. Analyse d'une thèse constitutive du positivisme juridique*, Thèse Université de Toulouse, 2018, dactyl., 693 p., voir spécial. l'introduction de cette thèse.

<sup>3</sup> Sur l'énoncé de ces trois principes, loc. cit., § 31, voir les § suivant par leur explicitation.

tout comme cette dernière ne dépend pas de la première ; elles n'ont formellement pas le même système de référence, même si, substantiellement, le contenu de ces deux systèmes peut être le même. Il existe ainsi formellement une *indépendance* de ces deux critères, même si, sur le fond, ils peuvent conduire à la même appréciation. Au sein d'un système juridique, la validité d'une norme juridique, et donc son existence, ne saurait dépendre de sa légitimité<sup>4</sup>. Telle est la thèse de la séparation entre légitimité et droit. Il en résulte qu'une action pourra potentiellement être jugée de manière différente s'il s'agit de la justifier sous l'angle de la légitimité ou de la légalité.

Il reste que la mobilisation de la légitimité par les juristes, seulement intéressés *a priori* par la question de la légalité, a soulevé de nombreux débats<sup>5</sup>. Dans la mesure où le juriste s'intéresse au droit, la question se pose de savoir s'il doit également s'intéresser aux valeurs et, tout particulièrement, aux valeurs qui sont à l'origine des normes ou aux valeurs en général, et donc à la question de la légitimité. La question est d'ordre épistémologique, d'autant, qu'en vertu de la thèse du non-cognitivism dans le domaine éthique, dont on peut en retenir une formulation simple, il est impossible de résoudre de manière rationnelle ou logique un conflit entre valeurs<sup>6</sup>. Relatives et subjectives, les valeurs ne seraient pas susceptibles de faire l'objet d'une connaissance objective. Sur cette question, nous pensons qu'il est possible de connaître objectivement des valeurs (« *principe de connaissance objective des valeurs* »), et de mettre en évidence ce que ces valeurs imposent, interdisent ou permettent, même si ce n'est que de manière générale, tout comme d'ailleurs il est possible de connaître les normes (elles-mêmes porteuses de valeurs) qui permettent, interdisent ou rendent obligatoire (« *principe de connaissance objective des normes* »).

L'on peut ici reprendre la position de Weber, synthétisée par L. Heuschling : « il revient [...] « au savant sans que celui-ci ne soit amené à quitter le terrain de la science :

- 1° d'identifier le système de valeurs invoqué par tel acteur, en le situant dans l'éventail des systèmes de valeurs possibles (ce faisant, le scientifique aidera l'acteur à prendre conscience de ses propres choix ; au scientifique de lui dire précisément quel est son Dieu et quel est son diable) ;
- 2° de vérifier objectivement, grâce à la loi de causalité, le caractère adéquat des moyens utilisés par les acteurs pour atteindre le but souhaité (est-ce que tel moyen entraîne, causalement, l'état visé par la finalité axiologique !) ;
- 3° de dégager scientifiquement, grâce à nouveau au lien de causalité, les coûts (involontaires, non prévus) des choix idéologiques opérés<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> À moins bien sûr que le système juridique lui-même le prévoit.

<sup>5</sup> Pour une lumineuse synthèse, voir : L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in *Droit ou légitimité*, *op. cit.*, pp. 15-71.

Voir également le numéro 7 des *Annales de Philosophie politique*, consacré à *L'idée de légitimité*, qui réunit notamment les contributions de P. Bastid, N. Bobbio, Ch. Einsenmann, P. Arnaud et J.-J. Chevallier (PUF, 1967, 221 p.).

Voir également le numéro 7 des *Cahiers Portalis*, intitulé *La légitimité : un concept utile aux juristes ?* Presses universitaires d'Aix-Marseille, n° 7, 2020.

<sup>6</sup> H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ?*, suivi de *Droit et morale*, respect. 1953 et 1960, préface de V. Lasserre, Markus Haller, 2022, p. 89. Pour le dire autrement, « le problème des valeurs est d'abord et avant tout le problème des conflits de valeurs. Et ce problème ne peut être résolu avec les moyens de la connaissance rationnelle. La réponse à cette question est toujours un jugement qui, en fin de compte, sera déterminée par des facteurs émotionnels et qui, pour cette raison, sera hautement subjectif. Autrement dit, il s'agit alors d'un jugement valable uniquement pour le sujet jugeant et il est, en ce sens, relatif » (p. 34).

<sup>7</sup> L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in *Droit et légitimité*, *op. cit.*, pp. 47-48.

Si l'on transpose cette lecture à l'analyse juridique, et sans doute ne sommes-nous pas loin d'une approche pluridimensionnelle du droit<sup>8</sup>, il convient en premier lieu d'identifier les valeurs à l'origine d'une norme et les situer parmi les autres valeurs potentiellement contradictoires (sous l'angle de la justice constitutionnelle, nous trouverons ainsi, principalement, l'État de droit et le constitutionnalisme, comme valeurs sur lesquelles elle se fonde, et la démocratie comme autre valeur potentiellement contradictoire). Il est nécessaire ensuite de vérifier si les normes censées concrétiser la valeur sont adaptées pour parvenir au résultat souhaité ou, du moins, pour réaliser de manière effective cette valeur (est-ce que la présence de membres de droit dans une juridiction constitutionnelle permet de réaliser efficacement l'État de droit ?). Enfin, il revient au juriste de mettre en évidence, de manière critique, les conséquences des choix normatifs retenus (la présence de membres de droit contribue à fragiliser la nature juridictionnelle de l'institution).

La science du droit peut connaître objectivement les valeurs et les systèmes de valeurs à partir desquels apprécier des comportements ou des normes. En effet, au regard de la valeur démocratique, qui impose que la production des normes se fasse par les destinataires de celles-ci, il est possible d'apprécier un comportement ou une norme pour établir si elle correspond ou ne correspond pas à cette valeur. Toute la difficulté, cependant, est que la valeur en question est générale et largement indéterminée. En conséquence, il existe tout un ensemble de normes ou de comportements différents susceptibles d'entrer sous les exigences posées par la valeur et susceptibles de les concrétiser. La marge d'appréciation pour juger de la légitimité ou de l'absence de légitimité est importante, sans pour autant qu'il soit impossible d'établir de manière précise, bien que générale, les valeurs à partir desquelles elle est évaluée. Si la valeur démocratique exige la participation des destinataires à la production des normes, intégrer cette valeur dans la désignation des membres d'une juridiction constitutionnelle peut imposer différentes modalités, toutes également valables, bien que pouvant être hiérarchisées dans leur capacité à réaliser la valeur démocratique : désignation directe par le peuple ou désignation indirecte par des représentants du peuple.

Si la légitimité renvoie à une appréciation à partir de valeurs - l'on parlera alors de « légitimité axiologique » - évoquer la légitimité du juge constitutionnel implique de rechercher les valeurs ou le système de valeur à l'aune de laquelle il convient d'apprécier la légitimité du juge constitutionnel, autrement dit, de poser les *principes de justification*<sup>9</sup>. C'est à partir de ces valeurs qu'il s'agira d'apprécier à la fois la légitimité du *système normatif* qui le constitue (la concrétisation par le système juridique de la valeur « justice constitutionnelle ») et la légitimité et la régularité de la *pratique de la justice constitutionnelle* conçue en tant que comportements.

Sous l'angle des valeurs mobilisées dans l'appréciation de la légitimité de la justice constitutionnelle, la mise en place de cette dernière répond principalement à deux valeurs particulières, à savoir l'État de droit et le constitutionnalisme. Sans entrer dans le détail de la définition de ces deux concepts, ce qui n'est pas nécessaire dans ce cadre, l'on retiendra que ces deux exigences imposent la *sanction juridictionnelle du respect de la Constitution à l'encontre du législateur*. La séparation des pouvoirs, entendue

---

<sup>8</sup> Voir R. Ponsard, « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », in *De la possibilité d'un discours constitutionnel critique*, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2016, pp. 65-82 ; « Introduction à l'introduction de l'analyse juridique pluridimensionnelle du droit », in X. Magnon, S. Mouton, *Doctrines constitutionnelles et droit(s) constitutionnel(s) ?*, Paris, Mare & Martin, Le sens de la science, 2022 (52 pages).

Voir également, à paraître, du même auteur, *Pour une analyse juridique pluridimensionnelle du droit : de l'autarcie juridique à l'autonomie scientifique*, ouvrage à paraître.

<sup>9</sup> Selon l'expression de P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, Essais, 2008, p. 10.

comme une valeur imposant un régime de spécialisation partielle des pouvoirs<sup>10</sup>, peut être également convoquée. Le contrôle de la régularité constitutionnelle permet d'intégrer un organe juridictionnel dans l'exercice de la fonction législative, cet organe pouvant, en cas d'irrégularité constatée, soit empêcher qu'une norme puisse devenir une norme législative valable, soit priver de vigueur une norme législative obligatoire.

À ces valeurs légitimantes du contrôle de constitutionnalité des lois s'ajoute une autre valeur à intégrer, décisive mais potentiellement contradictoire, : la démocratie. La justice constitutionnelle fait obstacle au choix de la majorité des représentants ou du peuple que d'adopter certaines normes. Elle est ainsi *contre-majoritaire*. Heurtant le principe même de l'institution d'une justice constitutionnelle, la valeur « démocratie » doit d'être intégrée dans la manière de concevoir juridiquement celle-là. Les modalités d'organisation de la justice constitutionnelle doivent pouvoir être conciliées avec l'exigence démocratique afin de lui garantir une meilleure acceptabilité sociale. Elle constitue précisément une valeur critique à l'aune de laquelle la légitimité du juge constitutionnelle pourra être évaluée. La démocratie, notamment par le mode de désignation des membres de la juridiction, doit se retrouver dans la construction de la justice constitutionnelle. D'autres valeurs, ayant une portée plus strictement juridique, comme la sécurité juridique ou l'exigence de régularité, peuvent appeler également des normes juridiques prévoyant des modalités différentes de contrôle, pensons seulement aux effets des décisions de censure dans un contrôle *a posteriori*. Toutes ces valeurs forment un système de valeurs, avec des valeurs premières (démocratie, État de droit, séparation des pouvoirs, constitutionnalisme) et des valeurs secondes (sécurité juridique, impartialité des juges, droits de la défense...), à partir desquelles la légitimité du droit comme celle des comportements peut être appréciée.

L'appréciation de la légitimité ainsi présentée renvoie à une *légitimité axiologique*, cette conformité aux valeurs générales qui gravitent autour de la mise en place d'une justice constitutionnelle. Il faut encore y ajouter une *légitimité juridique*, qui ne serait être confondue avec la légalité, et une *légitimité sociologique*, qu'il convient d'explicitier.

La *légitimité juridique* ne sera pas entendue comme intégrant le droit comme élément de référence à partir duquel apprécier un comportement, c'est ce que nous avons désigné plus haut comme relevant de la légalité. De manière positive, elle entend apprécier dans quelle mesure les normes juridiques relatives à la justice constitutionnelle (reconnaissance, dénomination, organisation, procédure, compétences, effet des décisions, autorité des décisions) permettent de garantir la légitimité du juge constitutionnel. Le droit à la fois nourrit et reflète la légitimité de l'institution. Pour prendre un exemple radical, dans la Constitution américaine, pour le contrôle de constitutionnalité des lois, la Cour suprême ne dispose d'aucune légitimité juridique, la Constitution ne lui reconnaissant pas une telle compétence. L'on peut penser également, pour retenir une approche large de la légitimité démocratique, que la dénomination donnée par la Constitution à l'organe de contrôle de la constitutionnalité des lois participe de cette légitimité juridique et interroger en conséquence la dénomination de « Conseil constitutionnel ».

La légitimité peut également être une « légitimité sociologique ». L'on en retiendra la définition proposée par R. H. Fallon : « Lorsqu'elle est appréhendée en termes sociologiques, la légitimité d'un régime constitutionnel, d'une institution gouvernementale ou d'une décision officielle s'entend, au sens fort, du fait que le public concerné la considère comme justifiée, appropriée ou autrement digne de soutien, pour des raisons autres que la crainte de sanctions ou la simple attente

---

<sup>10</sup> Selon la lecture proposée par J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation « rigide » des pouvoirs », *RFDC*, 2009/2, n° 78, pp. 247-267.

d'un avantage personnel »<sup>11</sup>, Pour la justice constitutionnelle, l'acceptabilité s'apprécie au regard de deux catégories de « public concerné » : d'un côté, les titulaires du pouvoir politique et, plus précisément, les producteurs des normes juridiques dans le système, ce que l'on peut qualifier de *légitimité politique* et le peuple en tant que destinataire des normes en général et l'on pourrait mobiliser les termes de *légitimité populaire*. S'il est possible d'apprécier de manière objective l'acceptabilité de la justice constitutionnelle par les titulaires du pouvoir politique, par leur discours et leurs comportements, il est beaucoup plus difficile de l'apprécier pour le peuple. Seules des enquêtes de type sociologique, encore aujourd'hui ridiculement peu nombreuses<sup>12</sup>, permettent d'apprécier objectivement l'acceptabilité de la justice constitutionnelle. Faute de disposer de tels instruments, seule la légitimité politique sera appréciée. Pour illustrer les distinctions proposées ci-dessus, l'on pourra soutenir qu'en France, le Conseil constitutionnel dispose d'une légitimité juridique modérée, en raison de la réticence du constituant à consacrer un véritable juge constitutionnel en dépit des révisions constitutionnelles successives ; d'une légitimité politique également modérée, et sans doute en voie de déclin ces dernières années comme il le sera démontré dans la seconde partie du rapport, et d'une légitimité populaire faible. Par comparaison, l'on pourrait dire que le président de la République a, aujourd'hui, une légitimité juridique élevée mais en déclin<sup>13</sup>, une légitimité politique forte et une légitimité populaire faible<sup>14</sup>.

Ces précisions conceptuelles et théoriques posées, il convient d'explicitier la singularité de la naissance de la justice constitutionnelle en France qui explique la spécificité de l'appréhension de la légitimité du juge constitutionnel en France. En effet, la justice constitutionnelle s'est imposée en France sans que la question de sa légitimité ne se soit véritablement posée. La mise en place singulière sous la V<sup>ème</sup> République d'une justice constitutionnelle, *contre le texte même de la Constitution*<sup>15</sup>, semble pouvoir expliquer cette situation.

À l'origine, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a fait du Conseil constitutionnel qu'un instrument du parlementarisme rationalisé, chargé de limiter l'action du Parlement dans ses différentes fonctions normatives. Les droits et libertés ont été écartés du texte constitutionnel. Seul son Préambule souligne que « 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 Constitution de 1946 ». Dans un cadre constitutionnel, si ce n'est hostile, du moins indifférent à la sanction de la violation des droits et

<sup>11</sup> R. H. Fallon, « *Legitimacy and the Constitution* », *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005, n° 6, p. 1795.

<sup>12</sup> Voir cependant, pour quelques sondages et enquêtes : Baromètre CEVIPOF pour l'année 2025 (<https://www.sciencespo.fr/cevipof/fr/actualites/barometre-de-la-confiance-politique-du-cevipof-2025-le-grand-desarroi-democratique/>); J. Torres, « Sondage. Faut-il limiter les pouvoirs du Conseil constitutionnel ? », *Le Journal du Dimanche*, 18 février 2024 (<https://www.lejdd.fr/societe/sondage-faut-il-limiter-les-pouvoirs-du-conseil-constitutionnel-142228>); Vincent Thibault, « Malgré la décision du Conseil Constitutionnel et la promulgation de la loi, les Français se prononcent en faveur de la poursuite du mouvement, voire de son durcissement », *Elabe, Études & sondages*, 17 avril 2023 (<https://elabe.fr/reforme-retraites-2023-13/>).

Voir également l'enquête demandée par le Conseil constitutionnel lui-même à l'occasion des 10 ans de la QPC : Communiqué de presse du 12 novembre 2020 : Enquête grand public BVA – 10 ans de la QPC, en ligne (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqu%C3%A9/communiqu%C3%A9-de-presse-du-12-novembre-2020-enquete-grand-public-bva-10-ans-de-la-qpc>).

<sup>13</sup> Si l'on songe, notamment, aux propositions de révision constitutionnelle destinées à réduire les compétences du Président de la République ou au rôle qu'il pourrait avoir dans les projets de VI<sup>e</sup> République

<sup>14</sup> A ce sujet, voir le sondage CEVIPOF pour 2025, préc.,

<sup>15</sup> En ce sens, A. Vidal-Naquet, « L'évolution du contrôle de constitutionnalité en France – Histoire d'une décohérence », colloque *France- Italie, Deux Constitutions à l'épreuve du temps*, Rome, 7 novembre 2024, à paraître.

libertés, l'institution d'une justice constitutionnelle a quelque peu relevé du miracle. Celle-ci ne devait advenir. Elle s'est imposée, par étape, pour hisser le Conseil constitutionnel, dans des termes qu'il conviendra de discuter, à la hauteur d'un juge constitutionnel, gardien du respect des droits et libertés du citoyen contre le pouvoir législatif.

Les étapes de cette construction sont connues. Avec la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, le Conseil constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et, par voie de conséquence, des textes qui y sont mentionnés, à savoir la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, intégrant ainsi les droits et libertés dans la Constitution. Cette révolution juridique sera validée, longtemps après, par la révision constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 qui ajoutera dans le Préambule de la Constitution de 1958 la Charte de l'environnement de 2004, afin de conférer à cette dernière une valeur constitutionnelle. La révision constitutionnelle du 27 octobre 1974 ouvre à 60 députés ou à 60 sénateurs la saisine du Conseil constitutionnel *a priori*, qui devient ainsi défenseur de la minorité politique. Grâce à de plus nombreuses saisines, le Conseil constitutionnel peut développer une jurisprudence concrétisant les exigences constitutionnelles, tout particulièrement en matière de droits et libertés fondamentaux. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 achève le récit. Grâce à l'institution d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel peut être saisi par tout justiciable qui estime qu'une disposition de loi qui lui est applicable dans un litige méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit, sur renvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Il existe ainsi une question préjudicielle de constitutionnalité en France, qui relie le justiciable à la sanction du respect de la régularité constitutionnelle. Ces évolutions ont été mises en récit par la doctrine constitutionnelle qui a participé activement à la construction de cette histoire de l'avènement d'une justice constitutionnelle en France.

Ce contexte nous semble avoir été grandement déterminant dans l'appréhension par la doctrine constitutionnaliste de la justice constitutionnelle.

Dans un premier temps, cette doctrine a accompagné, soutenu et même défendu l'institution d'une justice constitutionnelle en France, trop satisfaite qu'elle était de disposer d'un juge susceptible d'enrichir le droit constitutionnel de sa jurisprudence. Le droit constitutionnel, en tant qu'objet d'étude, se juridicise ; il dispose d'un juge, à l'instar des autres disciplines et, tout particulièrement, du droit administratif, rapprochant l'étude du droit constitutionnel de celle de la discipline majeure du droit public. *La politique est saisie par le droit*<sup>16</sup>. Comme les grandes démocraties européennes, la France dispose d'un juge constitutionnel qu'elle n'aurait précisément pas dû avoir. Que l'impossible se soit réalisé a sans doute grandement orienté le discours doctrinal dans la défense du Conseil constitutionnel. La dimension critique s'est diluée de peur que le miracle de la justice constitutionnelle en France ne devienne mirage.

Spécialisée dans une approche jurisprudentielle du droit constitutionnel et comparatiste, l'école aixoise de droit constitutionnel<sup>17</sup> a, de manière performative, légitimé l'institution en prenant pour objet d'étude la parole du Conseil constitutionnel. Cette légitimation doctrinale a été décisive dans

<sup>16</sup> L. Favoreu, *La politique saisie par le droit ; alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, 153 p.

<sup>17</sup> Voir sur le rôle de cette école dans la légitimation du Conseil constitutionnel : X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, pp. 233-254 ; « L'éclosion du contentieux constitutionnel », in *La doctrine publiciste et le tournant des années 70*, sous la direction de W. MASTOR et J.-G. SORBARA, La Mémoire du droit, Culture du droit, 2024, pp. 139-158.

le succès de la narration commune faisant du Conseil constitutionnel une « véritable » Cour constitutionnelle<sup>18</sup> dont il n'avait pourtant par le nom. À la suite et dans le prolongement de l'école aixoise, une doctrine constitutionnelle majoritaire s'est développée, y compris autour d'une société savante, l'*Association française de droit constitutionnel*, produisant un discours au sein duquel la parole du juge constitutionnel occupe une place centrale comme objet d'étude. La justice constitutionnelle n'en présente pas moins, en France, une dimension contrefactuelle<sup>19</sup>.

Ainsi, à partir des années 90 et, sans doute, non sans un heureux paradoxe, jusqu'à l'institution de la QPC en 2010, un néo-constitutionnalisme, axiologique<sup>20</sup>, de défense de la justice constitutionnelle, a dominé en France, ne laissant qu'une place réduite, le plus souvent technique, à la dimension critique. L'on pourrait parler de temps de mise en place de l'institution dans le paysage institutionnel français, d'un âge d'or de la justice constitutionnelle et de l'étude du droit constitutionnel à partir de la parole du juge.

Durant cette période, il faut encore souligner, qu'au-delà de la doctrine, les pouvoirs institués ont, eux-mêmes, accepté le Conseil constitutionnel. Si, en France, la justice constitutionnelle s'est développée *contre la Constitution*, et donc contre la volonté du pouvoir politique, celui-ci n'a pas véritablement entravé l'essor du contrôle de constitutionnalité. Bien au contraire, le pouvoir politique a accompagné et même encouragé le déploiement du contrôle de constitutionnalité, notamment par l'exercice du pouvoir de révision. Ainsi a-t-il étendu les compétences du Conseil constitutionnel, lui confiant, par exemple, le contrôle des « lois du pays » (art. 77 al. 3 C)<sup>21</sup>, la procédure du « déclassement outre-mer » (art. 74 al. 9)<sup>22</sup> ou encore le contrôle de dispositions législatives déjà promulguées par le biais de la QPC ainsi que le contrôle des propositions de certaines lois référendaires (art. 11 C) ou du recours aux pleins pouvoirs (art. 16 C)<sup>23</sup>. Il est également intervenu pour élargir les autorités de saisine, en 1974 s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois, en 1992 s'agissant du contrôle de constitutionnalité des traités. Le pouvoir de révision a également étendu les normes de référence du contrôle de constitutionnalité lors de la révision constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement de 2005, entérinant, dans le même mouvement, l'extension jurisprudentielle à laquelle le Conseil constitutionnel avait procédé depuis sa fameuse décision liberté d'association de 1971. Autant de révisions qui peuvent être perçues comme le signe de l'acceptation de l'existence et du rôle susceptible d'être joué par le Conseil constitutionnel, permettant donc de renforcer sa légitimité juridique, telle que définie plus haut. Elles rappellent néanmoins, en creux, qu'il revient au pouvoir politique de décider des compétences, de la composition, du fonctionnement du Conseil constitutionnel et donc de son existence même, autrement dit que le Conseil constitutionnel n'est qu'un pouvoir constitué sous dépendance constitutionnelle et donc à la merci d'une révision constitutionnelle. À cet âge d'or a succédé un moment plus critique qui s'est déployé sous deux angles, tout en ayant une portée différente.

---

<sup>18</sup> Voir par exemple : L. Favoreu, « Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des cours constitutionnelles », *Mélanges Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 35-45.

<sup>19</sup> Voir sur la construction du « mythe » Conseil constitutionnel : X. Magnon, « L'éclosion du contentieux constitutionnel », *précit.*

<sup>20</sup> Voir sur ce concept : R. Guastini, « Sur le néo-constitutionnalisme », in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2013, pp. 256-257.

<sup>21</sup> Loi de révision constitutionnelle du 20 juillet 1998.

<sup>22</sup> Loi de révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

<sup>23</sup> Loi de révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Sans doute, déjà, depuis la QPC, la doctrine constitutionnelle s'est-elle montrée plus critique à l'égard du Conseil constitutionnel. Cette dimension critique, à l'encontre du Conseil constitutionnel et non pas d'ailleurs de la justice constitutionnelle en elle-même, s'est considérablement renforcée, non seulement chez ceux-là même qui se sont donnés pour objet d'étude cette institution et sa jurisprudence, mais également par le développement d'autres écoles de droit constitutionnel qui ont redonné une place centrale à la dimension institutionnelle du droit constitutionnel et l'on pense ici tout particulièrement aux tenants du « droit politique »<sup>24</sup>.

Il faut d'ailleurs insister sur le fait que l'analyse doctrinale portant sur la justice constitutionnelle est ici centrée sur le seul Conseil constitutionnel, ce qui suppose d'adopter une vision restrictive de la notion de justice constitutionnelle. Cette dernière écarte les juridictions ordinaires, bien que ces dernières procèdent au contrôle de constitutionnalité d'actes infra-constitutionnels, tout particulièrement le juge administratif s'agissant des actes administratifs et peuvent donc, à ce titre, être qualifiées de juges constitutionnels. Cette vision restrictive est néanmoins instructive car elle autorise, indirectement, une approche comparative : à cet égard, la légitimité du Conseil d'Etat lorsqu'il assure le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs est rarement mise en doute, de même d'ailleurs que lorsqu'il assure le contrôle de conventionnalité des lois, qui lui permet également de neutraliser des lois. Pour le dire autrement, le Conseil constitutionnel continue, au regard d'autres juridictions internes notamment le Conseil d'Etat, à être considéré, si ce n'est comme un intrus, tout au moins comme un importun, portant la marque de la réticence constitutionnelle initiale.

À cette dimension scientifique de la critique s'est ajoutée une critique politique et institutionnelle, y compris par ceux qui ont pu participer à l'institution<sup>25</sup> ou qui ont pu contribuer à légitimer l'institution par leurs écrits doctrinaux<sup>26</sup>. Plus que le Conseil constitutionnel lui-même, c'est la justice constitutionnelle en général et les juges, plus généralement, qui sont remis en cause. Il est question d'un « gouvernement des juges », dans un sens littéral, de gouvernement *par* les juges. Ce second mouvement se nourrit d'un contexte dans lequel les valeurs démocratie, libéralisme et État de droit ne sont plus alignées au sein d'un nombre toujours plus significatifs de régimes politiques dans le monde, de sorte qu'il existe aujourd'hui, selon la formule consacrée, des « démocraties illibérales »<sup>27</sup>, mais, surtout, des régimes au sein desquels chacune de ces valeurs est aujourd'hui remise en cause.

La critique est donc le reflet, à la fois, du regard de la *connaissance*, de la doctrine, et de celui, *idéologique*, du pouvoir politique sur la justice constitutionnelle et le Conseil constitutionnel. À ceux qui s'inquièteraient de cette double conjecture potentiellement délétère pour le juge constitutionnel, les discours critiques, scientifique et politique, ne sauraient être confondus. Pour la science du droit, la justice constitutionnelle demeure un acquis non contesté dans son principe et c'est plus la faiblesse de sa concrétisation juridique française avec le Conseil constitutionnel qui est discutée. Pour les discours politiques, le propos est idéologique. Il vise à limiter, en général, les pouvoirs du

---

<sup>24</sup> Voir sur cette école et l'approche critique d'un droit constitutionnel jurisprudentiel, pour un dernier état de la réflexion : *Le droit politique face à la Cinquième République*, mai 2020, *Jus Politicum*, n° 24, en ligne (<https://www.juspoliticum.com/volumes/le-droit-politique-face-a-la-cinquieme-republique-77>).

Voir également pour une lecture critique de ce courant :

<sup>25</sup> L'on pense ici à l'ouvrage de l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel : J.-E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétroires*, Gallimard, Le Débat, 2022, 256 p.

<sup>26</sup> Que l'on pense ici à l'ouvrage de B. Mathieu, qui a largement inscrit ses travaux antérieurs dans le cadre posé par l'école aixoise de droit constitutionnel : *La justice en questions*, Editions-dialogues.fr, Mercuriales, 2024, 78 p.

<sup>27</sup> Selon l'expression de F. Zakaria (« The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs*, 1997, p.22 ; *The Future of Freedom : Illiberal Democracy At Home and Abroad*, Norton & Co., 2007).

juge face à *la* et *aux* politiques et tout particulièrement celui du juge constitutionnel en tant qu'obstacle à l'expression de la souveraineté nationale. C'est le retour du *politique contre le droit* qui est en œuvre. La culture anticonstitutionnelle française, qui se développe aussi bien du côté des acteurs de la vie institutionnelle et politique française que de la doctrine elle-même, apparaît comme ne contribuant pas à la limitation de ce mouvement de remise en cause de la justice constitutionnelle<sup>28</sup>.

Sans doute convient-il de dissocier ces deux types de discours pour en proposer une lecture approfondie. Il s'agira ainsi de mettre en évidence, d'une part, *la remise en cause scientifique de la légitimité du Conseil constitutionnel par la doctrine constitutionnelle* (§ I), avant d'aborder, d'autre part, *la remise en cause idéologique de la légitimité de la justice constitutionnelle par le pouvoir politique* (§ II).

## § I – La réflexion de la science du droit sur la légitimité du Conseil constitutionnel par la doctrine constitutionnelle

L'analyse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel peut être présentée sous deux angles. D'une part, de manière positive, la légitimité théorique et générale du Conseil constitutionnel est reconnue (§ I), même si, de manière négative, les normes juridiques encadrant l'exercice de ses compétences et les pratiques de ce dernier demeurent contestées (§ II).

### *A - L'admission de la légitimité générale et théorique du Conseil constitutionnel*

En France, au regard du contexte particulier évoqué en introduction, la réflexion doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel est avant tout une réflexion visant à défendre cette légitimité. Pour dresser un rapide panorama des différentes positions légitimatrices, l'on retiendra plusieurs thèses<sup>29</sup> : le passage de la démocratie à l'État de droit (1)<sup>30</sup>, la démocratie constitutionnelle (2)<sup>31</sup>, la défense de la minorité politique (3), la surveillance des représentants (4)<sup>32</sup>, la légitimité de réflexivité

<sup>28</sup> Voir à cet égard : X. Magnon, « Le tournant 1962 : la politique au-dessus du droit », in *L'élection du Président de la République au suffrage universel direct (1962-2022). Genèse, bilan et perspective*, sous la direction de J.-P. DEROSIER, à paraître ; A. Vidal Naquet, « L'impact de la révision constitutionnelle de 1962 sur l'Exécutif : d'une logique politique de présidentialisation du régime à une logique juridique de violation de la Constitution » in *L'élection du Président de la République au suffrage universel direct (1962-2022). Genèse, bilan et perspective*, préc., à paraître

Plus largement, voir les contributions du colloque aixois portant sur *des pratiques anticonstitutionnelles à la nomopathie de la Constitution*, qui s'est tenu les 25 et 26 mai 2023 et dont les actes sont à paraître aux PUAM collection Institut Louis Favoreu.

<sup>29</sup> Voir pour une présentation détaillée de ces différentes thèses : X. Magnon, « La puissance et la représentation, l'Etat et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », in *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, sous la direction de S. MOUTON, Lextenso, Grands Colloques, 2016, pp. 251-269.

<sup>30</sup> L. Favoreu, « De la démocratie à l'Etat de droit », *Débats*, n° 64, mars-avril 1991, p. 158, reproduit in *La Constitution et son juge*, L. Favoreu, Economica, 2014, pp. 7-11.

<sup>31</sup> D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2008, 8<sup>ème</sup> édition, Montchrestien, Domat droit public, p. 502.

<sup>32</sup> M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 1995, p. 267.

(5)<sup>33</sup>, la suprématie de la Constitution (6)<sup>34</sup> et le pouvoir du dernier mot (7)<sup>35</sup>. Elles entendent toutes résoudre le conflit potentiel entre la valeur « État de droit », qui légitime un contrôle juridictionnel de la régularité constitutionnelle, et celle de « démocratie », qui impose que les destinataires des normes participent directement ou indirectement à leur production et implique un mode de décision fondé sur le principe majoritaire. Potentiellement, le juge constitutionnel se heurte à la majorité politique, il est contre-majoritaire car il peut faire obstacle aux choix politiques de cette majorité. Toutes les thèses légitimatrices proposent une résolution du conflit entre ces deux valeurs pour justifier l'existence du juge constitutionnel.

Seule la première thèse, le *passage de la démocratie à l'État de droit* (1), hiérarchise les deux valeurs en considérant que l'État de droit doit l'emporter sur la démocratie et, plus largement, que la politique est soumise au respect du droit dans le prolongement du libéralisme politique et du constitutionnalisme classiques.

Les autres thèses tendent à justifier la justice constitutionnelle en intégrant l'exigence démocratique de manière plus ou moins directe au sein de cette valeur.

La thèse de la *démocratie constitutionnelle* (2) défend la transformation de la démocratie du fait de la justice constitutionnelle. Il n'y a pas de conflit entre démocratie et État de droit mais une transformation de la première grâce à cette dernière. La démocratie intègre l'État de droit.

La thèse de la protection de la *minorité politique* (3) met en évidence la fonction pacificatrice du juge constitutionnel qui tranche les conflits politiques entre majorité et opposition grâce au respect du droit. La dimension démocratique renvoie à la possibilité offerte à la minorité politique de saisir le juge constitutionnel afin qu'il sanctionne le respect de la Constitution, ce qui participe du renforcement de cette exigence.

La thèse de la *surveillance de la représentation* (4) lie justice constitutionnelle et régime représentatif. La justice constitutionnelle participe de la garantie du bon fonctionnement de la représentation, en étant ainsi intrinsèquement liée au principe démocratique, en veillant à ce que les représentants agissent conformément au cadre constitutionnel au nom des représentés. Le juge fait office d'organe tiers pour garantir le bon exercice du pouvoir par les représentants.

La thèse de la *légitimité de réflexivité* s'inscrit dans la réflexion menée par P. Rosanvallon qui distingue trois *catégories de légitimité*, renvoyant à plusieurs *types de généralité*, étant entendu que « l'impératif démocratique » exige que soit exprimée « la généralité sociale »<sup>36</sup>. L'une de ces généralités est une *généralité de démultiplication*, qui est le résultat d'une « pluralisation des expressions de la souveraineté sociale »<sup>37</sup>. À ce type de généralité correspond la *légitimité de réflexivité* (associée à la *généralité de démultiplication*) qui fait du juge constitutionnel une nouvelle source d'expression de la souveraineté

---

<sup>33</sup> P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, Essai, 2008, p. 16.

<sup>34</sup> Il faut ici renvoyer au syllogisme du juge Marshal mobilisé à l'appui de l'arrêt de la Cour suprême : *Marbury v. Madison*, 5 US (1 cranch) 137 (1803).

Voir plus largement sur ce point : E. Zoller, *Les grandes décisions de la Cour suprême américaine*, Dalloz, Coll. Grands arrêts, 2010, 1<sup>ère</sup> édition, pp. 11-12.

<sup>35</sup> L. Favoreu, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 578-579 ; G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180.

<sup>36</sup> Loc. cit., p. 16.

<sup>37</sup> Loc. cit., p. 17.

sociale, chargée de défendre le respect du droit<sup>38</sup>. Cette légitimité de réflexivité est intégrée à l'exigence démocratique.

Sous l'angle de la *hiérarchie des normes*, la thèse de la suprématie de la Constitution (6) renvoie plus indirectement, à l'origine démocratique de la Constitution, que celle-ci soit adoptée par le peuple ou en son nom. Le respect de la Constitution s'impose parce que le peuple a accepté ce texte.

La dernière thèse, du *dernier mot* (7) ou du *lit de justice*, met en évidence le fait que le conflit démocratie État de droit peut être toujours résolu au profit de la démocratie précisément parce que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot et qu'il est possible de faire échec à sa jurisprudence par une révision constitutionnelle.

#### *B – La contestation de la légitimité du cadre juridique et de la pratique du Conseil constitutionnel*

Le tournant critique de la doctrine constitutionnelle, que l'on a daté à compter de la mise en place de la QPC, a mis en évidence plusieurs éléments susceptibles d'affecter la légitimité du Conseil constitutionnel. Ceux-ci relèvent à la fois de l'organisation normative de la justice constitutionnelle et de sa pratique par le Conseil constitutionnel. La mobilisation des valeurs telle que celles qui entourent la justice constitutionnelle se fait non pas pour aborder un positionnement axiologique sur le droit et la pratique de la justice constitutionnelle, mais pour retenir la valeur à partir de laquelle le droit et la pratique sont censés s'organiser et porter une appréciation sur leur compatibilité. C'est à partir de la valeur de référence mobilisée par le système juridique que celui-ci est apprécié. Il n'en reste pas moins que, sous l'angle des valeurs, il convient de reconnaître que l'État de droit et le constitutionnalisme ne sont pas discutés en général et, surtout non remis en cause par la doctrine, tout comme d'ailleurs les valeurs contenues dans le texte de la Constitution du 4 octobre 1958. De plus, la tension État de droit et démocratie est clairement identifiée, de sorte que la connaissance des valeurs mobilisées autour de la justice constitutionnelle permet de mettre en évidence les tensions éventuelles dans la concrétisation en droit positif et dans la pratique de ces valeurs. Il s'agira de focaliser notre attention sur les éléments saillants et dominants qui font l'objet de critiques. Pour mieux les situer, il faut préciser qu'elles apparaissent comme des critiques techniques, mettant en évidence les insuffisances du système. Elles ne sont pas idéologiques dans la mesure où elles ne reposent pas sur la remise en cause du système de justice constitutionnelle en tant que tel, mais plutôt sur la conformité du système prévu aux finalités qu'il est supposé avoir. Il s'agit d'une appréciation du système existant au modèle de justice constitutionnelle jugé souhaitable pour une plus grande efficacité de celui-ci.

Sous cet angle, les critiques portent sur les membres de l'institution (leur nomination et les compétences requises et effectives), sur la motivation des décisions du Conseil constitutionnel, sur l'existence d'une doctrine officielle, sur la motivation des décisions, sur les commentaires officiels de l'institution, sur le courage des juges, sur l'impartialité des juges et sur les effets des décisions de censure<sup>39</sup>. La présentation de ces différentes critiques se fera autour de ce qui, précisément, pour

---

<sup>38</sup> Loc. cit., p. 18.

<sup>39</sup> Voir, par ailleurs, pour une appréciation critique du Conseil constitutionnel sous l'angle de la déontologie et de la transparence : E. Lemaire, Th. Perroux (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, IFJD, Colloques et Essais, 2022, 356 p.

chacun de ces domaines, peut être discuté au regard de la qualité de l'organisation ou de la pratique de la justice constitutionnelle, au nom des valeurs qui la fondent et l'entourent. Le discours critique se veut ainsi constructif, en identifiant ce qui pose question pour pouvoir éventuellement améliorer le système de justice constitutionnelle.

Les membres du Conseil constitutionnel sont discutés au regard de leur *procédure de nomination*<sup>40</sup>, la présence de membres de droit, constitués par les anciens chefs d'État faisant l'objet de critiques sur lesquelles il ne semble pas nécessaire d'insister. La procédure de nomination doit être appréhendée à compter de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a renforcé la procédure de nomination des membres du Conseil par le Chef de l'État. L'intervention de trois autorités, le Président de la République, celui de l'Assemblée nationale et celui du Sénat, n'est pas sérieusement contestée. En revanche, l'intervention des commissions permanentes compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat dans la procédure de nomination par le Chef de l'État est discutée dans sa pertinence. L'alinéa 5 de l'article 13 de la Constitution prévoit un avis public ces deux commissions, celles-ci pouvant faire obstacle à une candidature lorsque « l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions ». Si cette procédure permet une transparence du processus de nomination, conférant un pouvoir de contrôle au Parlement, la possibilité effective de réunir les conditions de majorité pour bloquer la nomination est illusoire<sup>41</sup>. Un pouvoir de blocage est institué, sans que les modalités concrètes permettant d'y parvenir en pratique.

Surtout, ce sont les *compétences juridiques des juges constitutionnels* qui sont discutées. En premier lieu, l'absence d'exigence de compétence juridique des membres de l'institution est dénoncée. La seule exigence est qu'ils doivent jouir de leurs « droits civils et politiques » (art. 10 ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel). Si l'on prend la pratique des nominations récentes, la présence de trois anciens Premiers ministres (L. Jospin, A. Juppé et L. Fabius) a de quoi surprendre, tout comme celle d'un ancien président de l'Assemblée nationale, aujourd'hui président du Conseil constitutionnel, et certaines des dernières nominations ont pu donner lieu à de fortes contestations<sup>42</sup>. Avec la présence de personnel politique, la dimension

---

Dans son ouvrage, *La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel*, L. Fontaine développe une critique souvent acerbe du Conseil constitutionnel sous l'angle, si l'on reprend la structure de l'ouvrage, de l'impartialité, du fonctionnement politique de l'institution, de son loyalisme et de son opportunisme politique, de sa « pauvreté intellectuelle », de la déontologie, de l'indépendance et de la « désillusion sociale » (Éditions Amsterdam, 2023, 269 p.).

<sup>40</sup> Voir : L. Fontaine, Th. Perroud, D. Rousseau, « L'impartialité des membres du Conseil constitutionnel en question. *Amicus Curiae* dans l'affaire ACCC/C/2022/187 France », *Questions constitutionnelles*, 5 janvier 2024, en ligne (<https://questions-constitutionnelles.fr/limpartialite-des-membres-du-conseil-constitutionnel-en-question/>).

E. Lemaire, Th. Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, IFJD, Colloques et Essais, n° 153, 2022, 372 p.

J.-P. Derosier, « Gardons la V<sup>e</sup> République et sa Constitution autant décriée qu'adorée, mais gardons-les mieux », *Le Monde*, 3 octobre 2023.

Voir pour un éclairage sociologique : N. Bau, L. Israël, Quelques éclairages sociologiques sur la composition du Conseil constitutionnel, in E. Lemaire, T. Perroud, *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, IFJD, Colloques et Essais, n° 153, 2022, pp. 61-81.

<sup>41</sup> J. Jeanneney, « Les parlementaires tiennent leur rôle dans la nomination des candidats au Conseil constitutionnel de façon superficielle », *Le Monde*, 18 février 2022 ; F. Julien-Lafférière, Conseil constitutionnel : « Le mode de désignation des membres est l'une des sources des faiblesses de l'institution », *Le Monde*, 15 mai 2023.

<sup>42</sup> D. Chagnollaude, J. Lepoutre, « « La nomination envisagée de Richard Ferrand à la présidence du Conseil constitutionnel éclaire le peu de considération d'une partie de notre classe politique à l'égard de cette institution », *Le Monde*, 9 février 2025.

politique de l'institution est ainsi discutée. La composition actuelle réunit un ancien Président de l'Assemblée nationale, un ancien Premier ministre, deux avocats, anciens sénateur et élus locaux, une professeure d'histoire géographique, sénatrice et élue locale, une magistrate, ancienne directrice de cabinet du ministre de la justice, une magistrate, députée, deux conseillers d'état, dont l'un d'entre eux a été sénateur et élu local, l'autre ayant été directeur de cabinet du ministre de la justice. Autrement dit, chacun des membres a exercé, à un titre ou à un autre, une fonction politique, ce qui témoigne de ce que l'exercice de telles fonctions, au-delà des compétences juridiques, demeure décisif.

Cette dimension politique n'est pas sans poser des difficultés dans l'appréhension même de la fonction juridictionnelle. Là où la décision politique se caractérise par des choix liés à l'opportunité d'une décision générale, la fonction juridictionnelle implique, à l'inverse, la mobilisation de règles juridiques pour résoudre un cas. La discrétionnarité est totale dans le premier cas ; encadrée dans le second. Même si la décision politique demeure soumise au respect de règles, ce ne sont pas les règles qui dictent les choix, tout au plus les règles viennent limiter *a posteriori* les choix. Sous l'angle juridictionnel, ce sont les règles qui commandent, *a priori*, la décision. Aussi demander à ceux qui sont habitués à décider discrétionnairement de le faire à partir de règles juridiques a-t-il quelque chose de contre nature.

La *motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, qui s'inscrit dans la tradition de la motivation des cours suprêmes, particulièrement ramassée, ne convainc pas. La lecture des décisions rendues par d'autres cours constitutionnelles européennes, en Italie, en Espagne, au Portugal ou en Allemagne, témoigne d'un contraste plus que saisissant. Le Conseil constitutionnel ne met jamais en évidence les différents possibles qui s'offrent à lui. Il ne justifie pas ses décisions. Il demeure dans le syllogisme classique, reflet d'une automaticité de la décision juridictionnelle sur fond de logique. Il décide ; il ne justifie pas. Ses décisions présentent une pure *dimension décisoire*, excluant toute *dimension justificative* véritable<sup>43</sup> : « je juge donc je motive »<sup>44</sup>.

De manière plus pragmatique encore, la concision des décisions QPC du Conseil constitutionnel est édifiante. Pour ne prendre l'exemple que d'une décision récente marquante quant à sa substance, la décision du 6 juillet 2018, *M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]*<sup>45</sup>, consacrant le principe de fraternité, elle contient (seulement) 24 paragraphes (et un peu plus de 15 000 signes espaces compris, visas et dispositifs déduits, mais intitulés du découpage de la décision inclus). 4 d'entre eux présentant la décision et rappellent le contenu de la disposition législative contestée, un autre rappelle les griefs des parties, un autre précise l'objet du contrôle, 7 rappellent les exigences constitutionnelles et leur concrétisations jurisprudentielles, 8 concernent l'appréciation de la régularité constitutionnelle au fond de la disposition, 3 précisent les effets dans le temps de la censure. Autrement dit, la motivation véritable de la confrontation de la loi aux exigences constitutionnelles ou, pour le moins, pour être plus juste, la décision spécifiquement retenue en l'espèce, ne concerne qu'un tiers de la décision (soit 8 §, soit 5122 signes espaces compris, titrage des paragraphes exclus), les autres éléments étant contraints par le cadre de

<sup>43</sup> Voir sur cette distinction : M.-C. Ponthoreau, « L'énigme de la motivation. Encore et toujours l'éclairage comparatif », in *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, sous la direction de F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau, Bruylant, 2012, p. 6.

<sup>44</sup> Selon la formule éclairante de W. Mastor et B. De Lamy in « À propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : "je juge donc je motive" », in *Recueil Dalloz*, 2011, n° 17, pp. 1154 sq.

<sup>45</sup> CC, 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]*.

la décision (contenu de la disposition législative, normes de référence, effets dans le temps de la censure).

La pauvreté de la motivation doit être éclairée à partir d'un autre élément générateur de critiques : *l'existence de commentaires officiels, produits par l'institution*<sup>46</sup>. En soi, il est pour le moins surprenant qu'une institution commente ses propres décisions, mais les secrétaires généraux de l'institution ont pu d'ailleurs historiquement y ajouter les leurs<sup>47</sup>, tout comme d'ailleurs, de manière moins systématique, les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes, pourtant astreints à un devoir de réserve, voire du service juridique<sup>48</sup>. La motivation de la décision peut ainsi apparaître grâce aux commentaires officiels (mais s'agit-il véritablement de « commentaires » ou de simples paraphrases, la qualité des commentaires ayant, en tout état de cause, varié dans le temps ?) qui peuvent, parfois, tenir lieu de motivation. Celle-ci est donc extérieure à la décision et provient non plus des membres eux-mêmes de l'institution mais du service juridique. Il faut voir ici une transposition de la culture du Conseil d'État<sup>49</sup>, dont les jeunes membres commentent traditionnellement et régulièrement à l'*AJDA* les décisions. Cette doctrine interne est d'autant plus problématique qu'elle peut être perçue par la doctrine comme révélant de manière valable le sens de la décision. L'autorité de ses commentaires pose en effet question.

L'*impartialité des membres du Conseil constitutionnel* est également été mise en cause. L'article 4 alinéa 1 du règlement de procédure sur la QPC du 4 février 2010, repris par l'article 15 du règlement sur les déclarations de conformité à la Constitution du 11 mars 2022, prévoit une possibilité de déport pour les membres du Conseil constitutionnel. Un membre du Conseil constitutionnel peut lui-même choisir de se déporter. Une partie ou son représentant peut également demander la récusation de l'un des membres du Conseil. En l'absence d'accord du membre concerné, c'est le Conseil constitutionnel qui tranche la question, hors la présence de ce membre en question. L'alinéa 4 du même article 4 du règlement de 2010 prévoit 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 ». Cette précision n'existe cependant qu'en matière de QPC avec le règlement de 2010 et non pas dans le cadre du contrôle *a priori* avec le règlement de 2022. Au vu de la composition actuelle du Conseil constitutionnel, l'on ne saurait s'étonner de cette dernière précision dans le cadre de la QPC pour

<sup>46</sup> Voir pour des critiques sur ce point : P. Cassia, « Une autre manière de dire le droit administratif : le « fichage » des décisions du Conseil d'État au *Recueil Lebon* », *RFDA*, 2011 p. 830 ; J.-M. Denquin, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, p. 4 ; X. Magnon, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 2013, n° 1, pp. 135-154.

<sup>47</sup> Bruno Genevois et Jean-Éric Schoettl ont pu ainsi régulièrement commenter les décisions du Conseil constitutionnel respectivement à la *RFDA* et aux *Petites affiches*.

<sup>48</sup> Voir, par exemple, pour des commentaires dans des revues spécialisées d'un membre du Conseil constitutionnel en exercice, par exemple : O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RFDC*, 2004, n° 57, p. 228 ; G. Canivet, « Le droit du sport devant le Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2009, p. 565.

Voir pour des commentaires dans la revue du Conseil constitutionnel de l'un de ses membres en exercice, par exemple : O. Dutheillet de Lamothe, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, 2010, p. 193.

Voir pour un commentaire du secrétaire général et d'un membre du service juridique du Conseil constitutionnel sous une même décision du Conseil constitutionnel, par exemple, sous C.C., n° 2005-513 DC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports* Rec., p. 67 ; R. Fraisse, « Les redevances pour service rendu. Tentative de clarification », *Droit administratif*, n° 6, juin 2005, Etude n° 11, pp. 12 ; J.-E. Schoettl, « La loi relative aux aéroports devant le Conseil constitutionnel », *L.P.A.*, 6 mai 2005, n° 90, p. 5.

<sup>49</sup> Voir A. Vidal-Naquet, « L'inconscient administrative dans la doctrine constitutionnaliste » in *Le Conseil constitutionnel et la doctrine*, s.d. J. Jeanneney, Dalloz, 2024

que le Conseil constitutionnel puisse valablement siéger en pratique. Le fait que cette précision n'ait pas été reprise dans le cadre des décisions *a priori*, ce qui peut être interprété comme permettant un déport y compris en cas de « participation à l'élaboration d'une disposition législative », n'est pas sans poser des difficultés au regard de cette même composition, même si, temporellement, le risque est moindre que dans le cadre d'une QPC. Statistiquement, l'on constate qu'« environ 70% des déports concernent les membres du Conseil constitutionnel qui ont participé à un gouvernement ou qui ont été parlementaires »<sup>50</sup>. En pratique, cette règle du déport n'a toutefois pas empêché la participation à la délibération de membres du Conseil constitutionnel qui s'étaient prononcés favorablement à la loi en tant que ministre voire qui avaient, en tant que tel, adopté une circulaire d'application de la loi<sup>51</sup>. En dehors de la mention dans les visas des décisions d'un déport ou d'une demande de révocation, aucune justification de ces situations n'existe<sup>52</sup>. De plus, en pratique, le déport a pu conduire à ce que le Conseil constitutionnel statue sans respecter le *quorum* de 7 membres exigé, « sauf force majeure dûment constatée au procès-verbal » (art. 14 ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organiques sur le Conseil constitutionnel), sans qu'aucune mention de force majeure ne soit visible dans les visas de la décision (tout au plus est-il mentionné que deux membres se sont abstenus de siéger)<sup>53</sup>.

Pour appréhender le « courage » des juges constitutionnels, l'on peut s'en tenir à un exemple significatif de sa jurisprudence rendue au fond. La décision du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites paraît particulièrement adaptée<sup>54</sup>. Le cœur de la contestation juridique de la loi repose tout particulièrement sur le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire, méconnu par le gouvernement, dans son usage abusif de toutes les procédures possibles susceptibles de faire obstacle à l'opposition parlementaire contre le texte. L'élasticité de l'exigence constitutionnelle en question et, plus précisément, son caractère vague, est significative du large pouvoir d'appréciation du Conseil constitutionnel pour censurer ou ne pas censurer la loi, que l'on pourrait même rapprocher de l'*opportunité juridique* (autrement dit un choix libre dans le respect de l'exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité). Dans le contexte politique problématique dans lequel

<sup>50</sup> L. Fontaine, Th. Perroud, D. Rousseau, « L'impartialité des membres du Conseil constitutionnel en question. *Amicus Curiae* dans l'affaire ACCC/C/2022/187 France », *précit.*

<sup>51</sup> L. Fontaine, Th. Perroud, D. Rousseau, « L'impartialité des membres du Conseil constitutionnel en question. *Amicus Curiae* dans l'affaire ACCC/C/2022/187 France », *précit.*

<sup>52</sup> Voir : H. Tchilabalo, « La récusation et le déport des membres du Conseil constitutionnel sont-ils vraiment « transparents » ? », *Questions constitutionnelles*, 19 janvier 2024, en ligne (<https://questions-constitutionnelles.fr/la-recusation-et-le-deport-des-membres-du-conseil-constitutionnel-sont-ils-vraiment-transparents/>).

<sup>53</sup> Voir : CC, n° 2023-1062 QPC, 28 septembre 2023, M. François F. [*Purge des nullités en matière correctionnelle*].

<sup>54</sup> CC, n° 2023-849 DC, 14 avril 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*.

Voir sur les critiques doctrinales : D. Baranger, « Réforme des retraites : « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 17 avril 2023 ; O. Beaud, « Réforme des retraites : « Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d'audace », *Le Monde*, 25 avril 2023 ; S. Benzina, « Une censure globale de la réforme des retraites par le Conseil constitutionnel est peu probable », *Le Monde*, 28 mars 2023 ; P. Cassia, « L'exécutif piétine consciemment un État de droit qu'il est pourtant plus que jamais nécessaire de défendre », *Le Monde*, 21 décembre 2023 ; D. Chagnollaud, « Réforme des retraites : « Sur le plan du contrôle *a priori* des lois, le Conseil constitutionnel n'existerait pas qu'on ne s'en rendrait pas vraiment compte », *Le Monde*, 19 avril 2023 ; Collectif d'enseignants-chercheurs de droit public de Nanterre, « Le Conseil constitutionnel va-t-il oser ne pas censurer la réforme des retraites ? », *Le Monde*, 28 mars 2023 ; L. Fontaine, « Ce n'est pas la justice constitutionnelle qui est en cause, mais bien les conditions dans lesquelles elle est rendue en France », *Le Monde*, 18 avril 2023 ; D. Rousseau, « Réforme des retraites : « La décision du Conseil constitutionnel s'impose mais, parce qu'elle est mal fondée et mal motivée en droit, elle ne peut pas clore le contentieux », *Le Monde*, 17 avril 2023 ; A. Viala, « Réforme des retraites : « La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V<sup>e</sup> République », *Le Monde*, 18 avril 2023.

s'est insérée la réforme des retraites, face à une mobilisation inédite des syndicats<sup>55</sup> et une claire hostilité de l'opinion publique sur cette réforme<sup>56</sup>, le choix de censurer ou de ne pas censurer l'attitude du gouvernement conduisait à se placer du côté du peuple ou du côté du gouvernement. La situation dévoile ainsi là où se situe le juge constitutionnel, défenseur du peuple ou protecteur de l'ordre social<sup>57</sup>.

À la lecture de la décision, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire et du droit d'amendement portent sur de nombreux comportements du gouvernement : procédure suivie par l'Assemblée nationale pour sélectionner la motion visant à soumettre le projet de loi au référendum, opposition du Gouvernement à l'examen de certains sous-amendements non soumis à la commission saisie au fond, recours au vote bloqué, procédure de clôture des débats, examen en priorité de certains amendements, examen de la recevabilité des amendements, documents joints au projet de loi. Pas moins de 40 paragraphes de la décision rendue sont consacrés à l'examen de ces éléments procéduraux. Si l'on peut admettre que l'examen individuel de chaque grief procédural puisse raisonnablement aboutir à une reconnaissance de leur usage régulier, il est plus surprenant que l'usage combiné de ces différentes procédures échappe à une censure. Il est en effet incontestable que le gouvernement a usé de tous les moyens dont il disposait, non seulement pour pouvoir maîtriser en dernier lieu l'adoption de la loi sur les retraites, en l'insérant dans une loi organique de financement de la sécurité sociale qui accroît la maîtrise par le gouvernement de la procédure législative<sup>58</sup>, mais pour écourter la délibération au Parlement.

L'on peut enfin évoquer les difficultés soulevées par le principe de *l'abrogation différée* d'une disposition législative ayant fait l'objet d'une censure. Pour préservatrice qu'elle soit de la souveraineté du Parlement, à qui il est laissé un temps pour pouvoir adopter une loi conforme à la Constitution après une censure, elle n'en met pas moins en cause le principe du bénéfice immédiat de la censure au profit de la partie qui a soulevé la QPC. Tel n'est précisément pas le cas des abrogations différées qui aboutissent, en principe, à ce que le plaideur qui a obtenu une censure sur

---

<sup>55</sup> Dix journées d'appel à la grève ont été organisées, sans compter les rassemblements spontanés (19 janvier, 31 janvier, 7 février, 11 février, 16 février, 7, 8 et 9 mars, 15 mars, 16 mars, 23 mars et 28 mars 2023), réunissant des millions de personnes dans les rues.

<sup>56</sup> Selon un sondage IFOP pour le Journal du dimanche du 5 mars 2023, 68 % des français sont contre la réforme des retraites, 74 % chez les moins de 35 ans, 85 % dans le secteur public (<https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2023/03/119848-Rapport.pdf>).

Selon un sondage Elabe pour BFM TV du 20 mars 2023, 68 % des français sont contre la réforme, 68 % des français sont favorables à l'adoption d'une motion de censure, 65 % approuvent la mobilisation, 58 % sont en faveur du blocage, 67 % souhaitent que la mobilisation continue, 68 % des français pensent que la réforme sera maintenue (<https://elabe.fr/reforme-retraites-2023-10/>).

<sup>57</sup> Voir, pour une critique substantielle du Conseil constitutionnel en tant que défenseur de l'État et non pas du peuple : S. Mouton, « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? », in *Question sur la Question 3 De nouveaux équilibres institutionnels ?*, X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor et S. Mouton (dir.), LGDJ-Lextenso, Grands Colloques, 2014, pp. 49-50.

<sup>58</sup> Plusieurs avantages existent pour le gouvernement dans une procédure d'adoption d'une loi de financement de la sécurité sociale par rapport à la procédure législative ordinaire : il n'existe pas de limitation de l'usage du 49 § 3, permettant au gouvernement d'engager sa responsabilité sur le vote d'un texte (usage une fois par session uniquement pour une loi ordinaire), l'examen devant l'Assemblée porte sur le texte tel que proposé par le gouvernement (art. 42 C, et non pas sur le texte adopté par la commission saisie au fond), le dépôt du texte, du projet de loi de financement de la sécurité sociale se fait en premier lieu devant l'Assemblée nationale (art. 39 C, le dépôt ne peut être fait librement devant l'Assemblée nationale ou le Sénat), il n'existe pas de délai de 6 semaines entre le dépôt et la discussion en séance en première lecture devant la première assemblée et de 4 semaines devant l'autre assemblée entre la transmission et la discussion (art. 42 C), enfin, si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée dans un délai de 20 jours après le dépôt, le gouvernement saisit le Sénat qui devra statuer dans un délai de 15 jours (art. 47-1 C) et la commission mixte paritaire peut être réunie à l'issue de la première lecture à défaut d'accord (art. 45 C).

le fond d'une disposition législative, ne bénéficie pas, dans le litige principal à l'occasion duquel la QPC a été soulevée, de cette censure, tout au plus pourra-t-il bénéficier, parfois, de réserves transitoires<sup>59</sup> favorables. La QPC n'a plus qu'une portée « platonique »<sup>60</sup>. Les statistiques sont édifiantes. Du 1<sup>er</sup> mars 2010 au 31 décembre 2024<sup>61</sup>, le Conseil constitutionnel a rendu 1005 décisions, dont 78 non-conformité partielle et 240 non-conformité totale, ce qui donne 31,6 % de décisions de censure, incluant les réserves d'interprétation. Sur les 78 décisions de non-conformité partielle, 28 ont conduit à une abrogation différée, dont 2 avec des réserves transitoires, soit 35,9 % d'abrogations différées ; sur les 240 de non-conformité totale, 103 ont donné lieu à une abrogation différée, dont 32 avec des réserves transitoires, soit 42,9 % d'abrogation différée. De manière globale, sur les 318 décisions de censure, 131 prononcent une abrogation différée soit 41,2 % des décisions. S'il est vrai que, dans certaines décisions d'abrogation différée, l'effet utile de la censure est préservé pour les requérants, ces situations sont rares et ne concernent que moins d'un tiers des cas d'abrogation différée<sup>62</sup>.

## § II – La remise en cause idéologique de la légitimité de la justice constitutionnelle par le pouvoir politique

Il s'agit ici, pour l'essentiel, d'interroger la légitimité politique du Conseil constitutionnel, expression qui renvoie à la façon dont les acteurs politiques reçoivent, perçoivent, le juge constitutionnel, les décisions qu'il rend, plus globalement le rôle qu'il joue dans le fonctionnement institutionnel. Elle est donc dépendante de la représentation qu'ont les acteurs politiques du Conseil constitutionnel, représentation qui s'extériorise soit par des discours, soit par des actions. Parmi les acteurs politiques, l'on rangera tous ceux qui détiennent un mandat politique, à l'échelon national ou local, la recherche pouvant même être étendue à tous ceux qui ont détenu ou qui pourraient détenir, à l'avenir, un mandat politique. A notre connaissance, aucune étude de cette ampleur n'a été entreprise ni en science politique, ni en sociologie, ni en droit, de sorte que les remarques faites ci-après, ne pouvant se fonder sur aucun résultat de recherche systématisé, sont assez intuitives<sup>63</sup>.

Sous l'angle politique, la mesure de la légitimité du Conseil constitutionnel demeure difficile à apprécier pour deux raisons au moins. La première est que la légitimité est évolutive. Il n'existe ni étalon ni standard de légitimité, ni même de plafond de légitimité qui serait acquis par le Conseil constitutionnel et qui assurerait un degré maximum d'acceptation de ses décisions et, plus largement, de son rôle dans le fonctionnement institutionnel. La seconde est que la légitimité est

<sup>59</sup> Les réserves transitoires permettent au Conseil constitutionnel de faire varier dans le temps les effets d'une décision de censure, tout particulièrement pour fixer un régime provisoire d'application d'une disposition de loi déclarée contraire à la Constitution en cas d'abrogation différée.

<sup>60</sup> M. Carpentier, « Introduction. Les enjeux généraux de l'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel », in *L'effet utile des décisions QPC*, sous la direction de M. Carpentier et S. Mouton, 2020, p. 7.

<sup>61</sup> Statistiques disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel, consulté le 1<sup>er</sup> juillet 2025 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique>.

<sup>62</sup> 27 % plus précisément sur une période autre que celle étudiée ici, voir en ce sens : M. Koskas, « Dix ans d'abrogations avec effet différé. Un usage modulé par le Conseil constitutionnel ? », *La Revue des Droits de l'homme*, n° 20, 2021, § 19, en ligne (<https://journals.openedition.org/revdh/12485#bodyftn19>).

<sup>63</sup> En sciences-politique, il n'existe que peu voire pas de travaux, en dehors d'une étude sur la représentation que le Conseil constitutionnel se fait de lui-même (M.-H. Caitucoli, *Le processus de légitimation du conseil constitutionnel français à l'épreuve de la démocratie représentative - étude des délibérations de l'institution à huis clos entre 1958 et 1986*, Thèse science politique, EHESS, 2016) ou une réflexion assez générale sur les interactions entre médias, Conseil constitutionnel et classe politique (B. François, « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs*, 105(2), 2003, pp. 133-142).

négative. Elle se prouve, de manière paradoxale, par son inverse. Pour le dire autrement, on peut penser que tant qu'une institution n'est pas contestée, c'est qu'elle est légitime ; la question de sa légitimité ne se pose que lorsque l'on vient en douter. D'où les développements ci-après qui insistent essentiellement sur les crises, les critiques, les contestations de la légitimité de la justice constitutionnelle, qui peuvent aller jusqu'à la remise en cause du Conseil constitutionnel lui-même, qu'elles se traduisent par des discours politiques ou par des actes juridiques. Si ces manifestations d'illégitimité seront abordées successivement pour les besoins de l'analyse, sous l'angle discursif (A) puis sous l'angle normatif (B), elles se renforcent mutuellement, les discours alimentant les normes et inversement.

Les remarques ci-après pourraient permettre d'ébaucher, à grands traits, une histoire du Conseil constitutionnel - susceptible de s'inscrire plus largement dans une histoire de la justice constitutionnelle en France -. Plusieurs phases dans les relations entre le pouvoir politique et le juge constitutionnel pourraient être distinguées : une période de relative indifférence, au cours de laquelle le pouvoir politique s'est, dans l'ensemble, assez aisément, accommodé de l'existence du Conseil constitutionnel, depuis sa création jusqu'au début des années 1980 ; une période d'acceptation, peut-être d'appropriation mutuel, des années 1980 aux années 2000 ; plus récemment - mais peut-être est-il encore trop tôt pour en juger - une période de défiance voire d'hostilité d'une partie de la classe politique, désormais rejointe par une partie de la doctrine.

#### *A Les discours contre le juge constitutionnel*

Les discours contre le juge constitutionnel englobent les jugements qui sont portés par la classe politique non seulement sur le contenu des décisions rendues mais également sur les modalités selon lesquelles elles sont rendues (techniques de contrôle, motivation notamment) et sur le fonctionnement même du Conseil constitutionnel (composition, procédure etc). A cet égard, tous les éléments étudiés auparavant peuvent apparaître comme autant de paramètres – et donc de fragilités – potentielles du Conseil constitutionnel. Ces appréciations portées sur le Conseil constitutionnel sont néanmoins indissociables de logiques politiques car le Conseil constitutionnel, en imposant le respect de la Constitution, entrave la réalisation de programmes politiques portés par les acteurs politiques voire leur accession au pouvoir, notamment lorsqu'il intervient en tant que juge électoral.

Ces discours de contestation doivent être mises en relation, à l'évidence, avec la montée en puissance du contrôle de constitutionnalité. D'un strict point de vue quantitatif, si l'on se concentre sur le contrôle de constitutionnalité des lois et des opérations électorales, le Conseil constitutionnel a rendu jusqu'à présent près de 1200 décisions QPC depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 et 900 décisions DC, dont près de 850 rendues après 1975, auxquelles l'on pourrait ajouter les milliers de décisions électorales. Toujours en termes quantitatifs, le Conseil constitutionnel censure quasiment la moitié des lois (censures partielles pour l'essentiel) qui lui sont soumises dans le cadre du contrôle a priori et un tiers environ des lois qui lui sont déférées dans le cadre de la QPC<sup>64</sup>. Des études statistiques plus approfondies permettraient de quantifier l'accélération du nombre de décisions rendues par le Conseil constitutionnel, liées à l'élargissement de la saisine a priori en 1974 ainsi qu'à l'ouverture – sous conditions – aux justiciables depuis la QPC en 2008.

#### 1- Les crises de légitimité de la justice constitutionnelle

---

<sup>64</sup> Du 1<sup>er</sup> janvier 1959 au 30 juin 2025, le Conseil constitutionnel a rendu 453 décisions de conformité et 420 décisions de non-conformité partielle (400) ou totale (20) ; en QPC, il a rendu 668 décisions de conformité et 328 décisions de non-conformité partielle (250) ou totale (78)

Précisément parce qu'il n'a pas été conçu, à l'origine, comme un véritable juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel se développe, d'abord, dans une phase de relative indifférence : comme l'explique Charles Eisenmann dans une réaction célèbre aux premières nominations des membres de la nouvelle institution, en 1958, le Conseil constitutionnel est « bien peu de chose »<sup>65</sup>. Le Conseil constitutionnel est toléré parce que conçu comme un outil du parlementarisme rationalisé<sup>66</sup>. Peu saisi, il rend peu de décisions. A cet égard, il est intéressant de relever que la décision Liberté d'association de 1971, si elle n'est pas restée inaperçue, n'a pas provoqué de franches réactions d'opposition ou d'inquiétude<sup>67</sup>, alors même qu'il s'agit, outre de l'élargissement explicite des normes de référence du contrôle de constitutionnalité. L'élargissement de la saisine à la suite de la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 ne déclenche pas non plus de véritable intérêt, qualifié de « gadget » à l'époque, combattu par la gauche comme étant une réforme « inopportune, dérisoire, inadéquate enfin aux problèmes particuliers qu'elle prétend résoudre »<sup>68</sup>, « un gramme de démocratie » selon l'expression devenue célèbre de M. Duverger<sup>69</sup>.

Pour l'essentiel, le débat sur la légitimité du Conseil constitutionnel s'installe à partir des années 1980, dans un contexte de montée en puissance du Conseil constitutionnel à la suite, précisément, de l'élargissement des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, de l'ouverture de la saisine mais, également, de l'alternance politique et, plus tard, de la cohabitation. Autrement dit, la question de la légitimité du Conseil constitutionnel tient tant à des facteurs internes, liés à l'institution (son organisation, sa composition, son fonctionnement) et à sa jurisprudence (ses décisions), qu'à des facteurs externes, tenant à la configuration politique (périodes d'alternance, de majorité absolue ou relative, de cohabitation, de Gouvernement minoritaire ou de pluralisme parlementaire comme à l'heure actuelle). Elle tient donc tant à des facteurs structurels qu'à des facteurs conjoncturels.

Sans qu'il soit possible de dresser une liste exhaustive des crises qui ont émaillé le développement de la justice constitutionnelle et sans parvenir à échapper à un biais de récence, au moins peut-on tenter d'en citer quelques-unes, en insistant sur les dernières qui semblent symptomatiques d'une contestation du Conseil constitutionnel.

La première grande crise est assurément celle de 1981, qui survient après l'alternance politique et l'accession à la présidence de la Ve République, pour la première, d'un candidat de gauche. Alors même que les nationalisations sont au cœur du programme politique de François Mitterrand, la loi, rendue après neuf jours de délibérations, est annulée dans sa totalité, nécessitant l'adoption d'une autre loi, également déférée au Conseil constitutionnel, illustrant le contrôle à double détente

---

<sup>65</sup> Comme le raconte Jean-Louis Debré, fils de Michel Debré, le 13 mars 1959, le nouveau Conseil constitutionnel tenait sa première séance dans une « remarquable indifférence », la presse préférant s'amuser du palindrome formé par le nom de son premier président, Léon Noël (à ce sujet, voir notamment A. Feertchak, « La longue marche du Conseil constitutionnel vers le gouvernement des juges : histoire d'une révolution juridique », *Le Figaro*, 19 février 2025)

<sup>66</sup> Pour reprendre la formule du Doyen Vedel lors de la séance consacrée à l'examen de la loi de nationalisation le 16 janvier 1982, « le Conseil constitutionnel est un juge encore fragile (...). Il a vingt ans seulement. Nous avons été créés par... inadvertance, en 1958 », *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 347

<sup>67</sup> En ce sens, voir G. Canivet, « Les limites de la mission du Conseil constitutionnel », *Cités*, pp. 41 à 58, en ligne. Voir cependant la position de J. Foyer, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, qui s'affirme désaccord absolu avec la décision et évoque « le gouvernement des juges » (*Le Monde*, 19 juillet 1971), le Ministre de la Justice, René Pleven, s'étonnant, pour sa part, de la décision du Conseil constitutionnel

<sup>68</sup> Pour reprendre la formule du député socialiste André Chandernagor cité par Roger-Gérard Schwartzberg, « Vers une cour suprême », *Le Monde*, 1<sup>er</sup> juin 1974

<sup>69</sup> M. Duverger, « Un gramme de démocratie », *Le Monde*, 11 octobre 1974

susceptible d'être pratiqué par le Conseil constitutionnel<sup>70</sup>. Ce double épisode ouvre le premier grand débat politique sur la justice constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel est accusé d'empêcher la réalisation d'un programme politique porté par la volonté populaire, soupçonné d'être partial et politisé, le spectre du « gouvernement des juges » étant agité par la gauche<sup>71</sup>.

Plusieurs épisodes de tension émaillent les années 1990. En matière électorale, c'est, rétrospectivement, suite à l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel 25 ans après, la délibération relative à l'élection présidentielle de 1995 qui a suscité la polémique, révélant comment les membres avait « sauvé la République » en validant les comptes irréguliers des deux candidats à la présidentielle, polémique d'ailleurs relativement modérée au regard de ce qu'elle aurait pu être. En matière de contrôle de constitutionnalité des lois, la censure de la loi relative à la maîtrise de l'immigration dite Pasqua, en août 1993, déclenche un très fort débat sur la légitimité du Conseil constitutionnel. Si le Conseil constitutionnel n'a censuré qu'une partie de la loi (8 articles sur 51), la réaction à la décision se produit dès le retour de la droite au pouvoir, alors que cette dernière dispose d'une majorité parlementaire écrasante et qu'elle a fait de la lutte contre l'immigration un engagement de campagne électorale. La polémique prend un tour très institutionnel puisque, après l'ire du Ministre de l'intérieur<sup>72</sup>, le Premier ministre porte à son tour l'attaque<sup>73</sup>, suscitant la réponse inhabituelle du président du Conseil constitutionnel, Robert Badinter<sup>74</sup> et une intervention du président de la République pour clore la controverse<sup>75</sup>.

A la fin des années 2000, plusieurs décisions du Conseil constitutionnel sur des réformes socio-économiques majeures, ont pu être vivement contestées. L'on pourra citer pêle-mêle : la censure des dispositions de la loi relatives à la rétention de sûreté de 2008, le Président de la République N. Sarkozy, qui en avait fait un engagement de campagne, ayant demandé au premier Président de la Cour de cassation de lui trouver un moyen de rendre applicable sans délai ce dispositif sans prétendre, pour autant, vouloir « contourner » la décision rendue par le Conseil constitutionnel<sup>76</sup> ; la censure de la Taxe Carbone en 2009, le ministre de la relance estimant que « le Conseil

---

<sup>70</sup> Voir les décisions Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 et Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, Loi de nationalisations I et II

<sup>71</sup> A ce sujet, voir notamment A. G. Delion et M. Durupty, *Les nationalisations (1982)*, Economica, 1982, pp. 76-116

<sup>72</sup> Selon le ministre de l'intérieur Charles Pasqua, « le Conseil constitutionnel se prononce de plus en plus en fonction de l'opportunité et non pas en fonction des grands principes républicains que je respecte au moins autant que quiconque. Il y a une dérive réelle, tout le monde la constate. Et c'est préoccupant pour le Conseil constitutionnel lui-même, qui ferait bien d'être attentif à cela. La souveraineté nationale appartient au peuple. Il faut donc être vigilant » ajoutant que « le Conseil constitutionnel n'est pas une instance infaillible. C'est le secret de polichinelle de dire qu'il y a au conseil constitutionnel des gens qui ont un engagement politique, tout le monde le sait, et que cet engagement politique, majoritairement, n'est pas celui qui correspond à la majorité d'aujourd'hui », *Le Monde*, 17 août 1993

<sup>73</sup> Dans son discours prononcé le 19 novembre 1993, devant le Congrès réuni pour la révision constitutionnelle, le Premier ministre Edouard Balladur dénonce une « institution [qui] est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques »

<sup>74</sup> Dans une tribune de presse, Robert Badinter sort de sa réserve pour préciser que, « dans tout Etat démocratique, rien ne peut empêcher que le juge soit source de droit » et que le Conseil constitutionnel « s'inscrit dans une conception de la démocratie fondée sur un équilibre complexe de pouvoirs et de contre-pouvoirs, qui innove au regard de la tradition politique française » *Le Monde*, 23 novembre 1993 - A ce sujet, voir notamment S. Baumont, « 19 novembre 1993 : la révolution manquée d'Edouard Balladur », In *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, s.d. J. Krynen et M. Hécquard-Théron, IFR, Toulouse, 2007, p. 591-600

<sup>75</sup> « Après le discours du premier ministre et la réponse de M. Badinter M. Mitterrand entend mettre un terme à la controverse sur le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 26 novembre 1993.

<sup>76</sup> A. Salles, « Nicolas Sarkozy défie le Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 4 mars 2010 ; « Rétention de sûreté : la droite s'efforce d'apaiser la polémique », *Le Monde*, 25 février 2008

constitutionnel a de plus en plus tendance à vouloir faire la loi en lieu et place du Parlement »<sup>77</sup> ; l'annulation, par le Conseil constitutionnel, de la taxation à 75% sur la tranche des plus hauts revenus, engagement de la campagne électorale de F. Hollande, qui a également réactivé la critique du « gouvernement des juges »<sup>78</sup> ; la validation de l'essentiel de la loi retraite de 2010, visant à augmenter l'âge légal du départ à la retraite, le Conseil constitutionnel étant accusé d'être partiel et déconnecté des réalités publiques<sup>79</sup>.

Plus récemment, plusieurs décisions, rendues quasi coup sur coup par le Conseil constitutionnel, ont donné lieu à de très vives critiques, à un niveau sans doute inédit, dans un contexte de très forte mobilisation sociale : la loi sur les retraites de 2023, la loi immigration de 2024 et, cet été, la loi Duplomb, le Conseil constitutionnel étant tancé pour son manque de courage dans le premier cas et pour son audace dans les deux derniers. Très attendue, très commentée avant même d'être rendue, déclenchée par 4 saisines (trois par l'opposition et une par la Première ministre) contenant de nombreux griefs de fond mais aussi et surtout de procédure, la décision 2023-849 DC du 14 avril 2023 valide, pour l'essentiel, la loi retraites, après de fortes mobilisations sociales<sup>80</sup>. Par une décision du même jour, le Conseil constitutionnel rejette la proposition de loi référendaire d'initiative partagée déposées par la gauche visant à interdire un âge légal de départ à la retraite supérieur à 62 ans, prenant l'exact contre-pied de la loi<sup>81</sup>. La censure d'une partie de la loi immigration de 2024, essentiellement pour des motifs de procédure, déclenche également des attaques inégalées contre le Conseil constitutionnel, voire plus largement contre l'Etat de droit, émanant de partis d'extrême droite mais également de partis de gouvernement : « hold-up démocratique »<sup>82</sup>, « coup d'Etat de droit »<sup>83</sup>, « coup de force des juges »<sup>84</sup> ... De même de la décision relative à la loi Duplomb, censurant l'article le plus controversé prévoyant la réintroduction d'un pesticide, le Conseil constitutionnel étant accusé de « se comporter comme un législateur », sans « légitimité démocratique »<sup>85</sup>, « l'ingérence d'une juridiction non élue »<sup>86</sup>, « l'usurpation unilatérale d'un pouvoir autonome, dépourvu de légitimité démocratique »<sup>87</sup> dans un contexte, là encore, de forte contestation sociale, se traduisant, de façon tout à fait inédite, par une pétition réunissant plus de 2 millions de signature.

---

<sup>77</sup> P. Devedjian, « Je souhaite que le conseil constitutionnel soit à l'abri des soupçons », *Le Monde*, 12 janvier 2010 – à la question « jugez-vous les décisions trop politiques ? », il répond « Certaines le sont. Je souhaite que le conseil constitutionnel soit toujours à l'abri du soupçon. Il faut dire que, depuis qu'il peut s'appuyer sur le préambule de la constitution de 1946, il peut justifier des choses contradictoires en raison du caractère très général du texte. En fait, le conseil constitutionnel a de plus en plus tendance à vouloir faire la loi en lieu et place du parlement » non sans avoir souligné « que, quand le président du conseil constitutionnel est un homme politique qui s'est vivement opposé au président en exercice, cela nuit à l'autorité de la décision prise par l'institution »

<sup>78</sup> Décision n°2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*

<sup>79</sup> Décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010, Loi portant réforme des retraites, jugée partiellement conforme

<sup>80</sup> Près de 15 journées de mobilisation contre la loi, réunissant jusqu'à 1,5 voire 3 millions de manifestations selon les sources

<sup>81</sup> Proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution visant à affirmer que l'âge légal de départ à la retraite ne peut être fixé au-delà de 62 ans, n° 959, déposée le lundi 20 mars 2023

<sup>82</sup> Selon le président des Républicains, Eric Ciotti

<sup>83</sup> Selon Laurent Wauquiez, président LR de la région Auvergne-Rhône-Alpes

<sup>84</sup> Selon le président du RN, Jordan Bardella

<sup>85</sup> Selon Marine le Pen, *Le monde*, 7 août 2025

<sup>86</sup> Selon Laurent Wauquiez,

<sup>87</sup> P. Steinmetz, « Après sa décision sur la loi Duplomb, le Conseil constitutionnel doit redevenir sage », *Figaro vox*, 19 août 2025

Ces quelques exemples de crise peuvent être interprétés comme de simples réactions politiques excessives, émanant de politiques contrariées de n'avoir pu mener à bien la réforme souhaitée dans un contexte parlementaire fragmenté ; des tentatives de récupération politique de la forte mobilisation sociale qui a accompagné la plupart de ces lois ; de façon plus structurelle, comme autant de crises de croissance accompagnant naturellement le développement de la justice constitutionnelle ; de façon plus profonde, comme des entreprises de délégitimation du Conseil constitutionnel.

## 2- La rhétorique de la délégitimation

Les critiques adressées au Conseil constitutionnel peuvent être rattachées à trois types de discours visant à remettre en cause la légitimité de ce dernier, discours qui sont distingués pour les besoins de l'analyse mais qui, en pratique, sont tout à fait complémentaires les uns des autres.

Le premier discours, profondément enraciné, relève de la thématique du Gouvernement des juges. Ce fut, par exemple, l'un des arguments de campagne d'Eric Zemmour pendant la présidentielle de 2022 ou de G. Darmanin, ex-ministre de l'Intérieur, après que le Conseil constitutionnel a censuré la loi immigration<sup>88</sup>. L'on sait que la formule apparaît sous la plume d'un juriste, Etienne Lambert, en 1921 qui décrit, comme l'indique l'intitulé exact de l'ouvrage, « *L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* » à l'aune, tout particulièrement de « *la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis* », l'ouvrage visant à dénoncer la jurisprudence de la Cour suprême au début du XXe siècle et, en creux, souligner les risques liés au contrôle de constitutionnalité des lois à l'américaine. Cette dénonciation du Gouvernement des juges mérite d'être interprétée, tout particulièrement, à l'aune de la valeur séparation des pouvoirs telle qu'elle s'est diffusée en France à partir des écrits de Montesquieu : le juge n'étant que la bouche qui prononce les paroles de la loi, il n'a aucun pouvoir, encore moins un pouvoir de gouvernement, selon une formule descriptive ; ne doit avoir aucun pouvoir, encore moins un pouvoir de gouvernement dans une approche plus prescriptive<sup>89</sup>.

Le deuxième discours, également classique, renvoie à la difficulté contre majoritaire, que l'on peut rattacher, plus particulièrement, à la valeur démocratie. Le Conseil constitutionnel empêche la majorité politique d'accomplir le programme pour lequel elle a été élue et donc le peuple d'être véritablement représenté par les élus qu'il a pourtant choisis. Cet argument contre-majoritaire, là encore, est très ancien. Il a tout particulièrement été théorisé aux Etats-Unis par Alexander Bickel dans son ouvrage *The Least Dangerous Branch*, expliquant que le juge constitutionnel s'impose aux majorités élues en pouvant censurer leur décision, dans une logique asymétrique puisque la majorité législative ne peut pas répondre et renverser le jugement de constitutionnalité. Il ajoute qu'à long terme, la place occupée par le juge constitutionnel incite à la passivité politique, le citoyen se désengageant des débats politiques dont les choix deviennent, en réalité, confiés au juge. Cet argument s'appuie sur deux « présupposés démocratiques » : la démocratie suppose l'élection, ce

---

<sup>88</sup> G. Darmanin, *Paris Match*, 21 février 2024 : « Chacun doit rester à sa place pour éviter un “gouvernement des juges” ». Relevons encore, plus récemment, l'intitulé d'un article du Figaro « La longue marche du Conseil constitutionnel vers le gouvernement des juges : histoire d'une révolution juridique »

<sup>89</sup> S'intéressant tout particulièrement au pouvoir des juges américains, E. Lambert explique en quoi le pouvoir d'interprétation des juges peut devenir un véritable « substitut du contrôle de constitutionnalité » (p. 130 et s.), ce qui conduit à saper le principe même de séparation des pouvoirs : alors qu'en Angleterre et en France, explique-t-il, « la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement parlementaire », « Aux États-Unis le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges »

qui veut dire que cette dernière confère une légitimité au Parlement et non au juge, sauf si ce dernier est élu ; la démocratie suppose la décision majoritaire, qui ne peut donc nullement être entravée, encore moins par des minorités. Il trouve aujourd'hui en France une résonance particulière, alors même qu'émerge, aussi, le deuxième risque évoqué par Alexander Bickel, celui d'une dépolitisation citoyenne liée à la montée en puissance de la justice constitutionnelle. C'est le reproche que l'on peut faire d'ailleurs au pouvoir politique, accusé de transférer au Conseil constitutionnel des arbitrages qui auraient pu être réalisés par la voie politique et non par la voie juridique et juridictionnelle.

Troisième discours, plus récent, celui de la confiscation du pouvoir par une élite, que l'on pourrait qualifier de critique « oligarchique »<sup>90</sup> ou « juristocratique »<sup>91</sup>. Le Conseil constitutionnel est au service des « puissants » et le juge lui-même fait partie des puissants, qui exercent ensemble le pouvoir au détriment du peuple ou, pour une explication alternative mais qui monte également en puissance, au service des « minorités »<sup>92</sup>. C'est l'argument qui affleure des critiques qui portent sur la composition du Conseil constitutionnel<sup>93</sup>, sa partialité, sa proximité avec le pouvoir politique<sup>94</sup> ou encore son manque de transparence et la faiblesse de la motivation. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une partie de la classe politique assure que le Conseil constitutionnel est au service du président de la République, par exemple à propos de la loi de programmation militaire ou encore de la loi retraite. Cet argument présente également une dimension démocratique – le vrai peuple dépossédé par les puissants – et une dimension gouvernement des juges – le juge est un puissant – mais il insiste, surtout, sur le sentiment anti-élitiste dont le Conseil constitutionnel n'est, en réalité, qu'un maillon. Cette dénonciation d'un risque oligarchique avait déjà été perçue par Kelsen, à propos du pouvoir d'interprétation que pourraient avoir les juges dans le cas de préambules ou déclarations de droits trop abstraits<sup>95</sup>. Il trouve aujourd'hui une résonance particulière, à l'heure de la crise de la démocratie représentative et surtout, la montée de la rhétorique populiste, qui repose, précisément, sur un mouvement de défiance vis à vis des « élites ».

Ces discours de délégitimation de la justice constitutionnelle sont tout à fait compatibles les uns avec les autres et convergent, aujourd'hui, dans ce qui semble être une véritable entreprise de remise en cause de la justice constitutionnelle, susceptible de se traduire, aujourd'hui, par des actions, tout particulièrement des normes juridiques.

---

<sup>90</sup> P. Martens, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », in *La République des juges - actes du colloque organisé par la conférence libre du jeune barreau de liège*, Editions du jeune barreau de liège, 1997

<sup>91</sup> Pour reprendre l'expression de J. Waldron, « *Judicial Review and Judicial Supremacy* ». NYU School of Law, Public Law Research Paper, n°14-57, en ligne ; R. Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge & London, Harvard univ. Press, 2004; M. Tushnet « Taking due constitution away from the courts », Princeton University Press, 1999

<sup>92</sup> Voir notamment l'argument développé par J.-E. Schoettl dans la deuxième partie de son ouvrage, « Le juge contre l'état régalien » in *La Démocratie au péril des prétroires : De l'État de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, 2022.

<sup>93</sup> A propos des dernières nominations « encore un bel exemple de la république des copains ! », a lancé le député RN F. Falcon ; « On n'est jamais mieux servi que par ses copains » selon la députée LFI M. Aubry ; le chef de l'Etat a agi en « chef de clan plutôt qu'en président de la République » selon le député écologiste B. Lucas

<sup>94</sup> A propos de la loi retraites « la décision du conseil constitutionnel montre qu'il est plus attentif aux besoins de la monarchie présidentielle qu'à ceux du peuple souverain » a tweeté Jean-Luc Mélenchon.

<sup>95</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDV*, 1928, p. 242

## B – Les normes juridiques contre le Conseil constitutionnel

La légitimité de la justice constitutionnelle peut se mesurer à la façon dont ses décisions et son existence même sont juridiquement acceptées ou, au contraire, juridiquement contrariées par le pouvoir politique. La réaction par l'adoption de normes juridiques favorables ou défavorables au juge constitutionnel renvoie à ce que nous avons qualifié de « légitimité juridique ». Ce déplacement de focale – des discours politiques aux normes juridiques – rappelle que le Conseil constitutionnel, à l'instar des autres juges, s'insère dans un système qui est à la fois politique mais aussi juridique, système au sein duquel il est amené à interagir avec d'autres acteurs institutionnels, eux-mêmes dotés de légitimités variables. A travers l'étude des normes juridiques relatives au Conseil constitutionnel, il s'agit donc d'éprouver la légitimité juridique de ce dernier, qu'il s'agisse de normes susceptibles de remettre en cause ses décisions ou encore de celles relatives à son rôle juridique<sup>96</sup>.

### 1- Remettre en cause les décisions rendues par le Conseil constitutionnel

Selon l'article 62 C, « Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Jusqu'à présent, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sont respectées par le pouvoir politique, en dépit des attaques verbales dont elles ont pu faire – ainsi que le Conseil constitutionnel – l'objet, que ce soit en DC ou, avec néanmoins quelques rares exceptions, en QPC<sup>97</sup>. Reste que ces décisions peuvent néanmoins être contrariées voire, dans certains cas, évitées. L'évitement du Conseil constitutionnel est envisageable dans le cadre du contrôle a priori : si, en pratique, la saisine est quasi systématique, elle demeure facultative pour les lois ordinaires (de même que pour les traités), incitant un Ministère de la Justice à appeler à une non saisine du Conseil constitutionnel pour éviter une déclaration d'inconstitutionnalité<sup>98</sup>. Dans le cas du contrôle a posteriori, la saisine dépend des requérants mais, surtout, des juridictions de filtrage qui peuvent donc, elles aussi, faire obstacle à la survenue d'une décision du Conseil constitutionnel<sup>99</sup>.

Une fois les décisions rendues, il existe plusieurs possibilités de les surmonter, dépendant de la nature des décisions rendues, selon qu'il s'agit d'une décision de censure (totale / partielle) ou de non censure. Dans le premier cas, il s'agit, pour contredire la décision rendue par le Conseil

<sup>96</sup> Pour une étude générale, voir G. Tusseau, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partage de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, 2012, pp. 41-84

<sup>97</sup> Pour des travaux sur la question, voir G. Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Economica, 1991 ; F. Barque, *Vers l'instauration d'une procédure d'exécution des décisions du Conseil constitutionnel ?*, IFJD, 2020 ; S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017 ; « L'ineffectivité des décisions QPC », *Politeia*, 2020, n°37, pp. 545-565.

<sup>98</sup> Demandant aux parlementaires de ne pas « prendre le risque » de déférer un texte de loi sur la récidive au Conseil constitutionnel », le ministre de la justice Pascal Clément a été sèchement rappelé à l'ordre par le président du Conseil constitutionnel Pierre Mazaud, indiquant que le respect de la Constitution n'était pas un risque mais un devoir (« Bracelet électronique : la question du respect de la Constitution soulève une vive polémique », *Le Monde*, 27 septembre 2005)

<sup>99</sup> A cet égard, la politique de filtrage exercée par les juridictions ordinaires, notamment les cours suprêmes, dans la procédure QPC, peut être vue comme un signe de la légitimité juridique voire, plus exactement, « juridictionnelle » du Conseil constitutionnel, renvoyant à son acceptation par les autres juridictions internes.

constitutionnel, de valider la loi jugée inconstitutionnelle et, dans le second cas, de l'invalidier c'est-à-dire de la neutraliser.

Première hypothèse, celle de la *validation d'une norme déclarée inconstitutionnelle* à la suite d'une décision de non-conformité, totale ou partielle. Le pouvoir politique, se jugeant entravé dans la réalisation de son programme politique par une décision de non-conformité, entend confirmer une disposition législative déclarée inconstitutionnelle, que ce soit en DC ou en QPC. Deux voies s'offrent à lui, la première tirant les conséquences de la logique formelle de hiérarchie des normes, la seconde d'un angle mort du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La première voie est celle de la *validation par voie de révision* : ce que n'a pu faire le pouvoir législatif ordinaire, le pouvoir de révision peut le faire, sauf hypothèse des clauses d'éternité. Cette possibilité d'une intervention du pouvoir de révision – voire du pouvoir constituant lui-même – pour contrer une décision rendue par le Conseil constitutionnel a été théorisée sous le nom de théorie de l'aiguilleur ou théorie du lit de justice<sup>100</sup>. La possibilité de surmonter la décision du Conseil constitutionnel met bien à l'épreuve sa légitimité juridique. En revanche elle est considérée comme une manifestation de sa légitimité populaire : le peuple, par la voie de la révision constitutionnelle, a le dernier mot sur le Conseil constitutionnel.

La révision constitutionnelle peut être curative, destinée à remédier à une décision d'inconstitutionnalité, ou préventive, visant à empêcher une décision d'inconstitutionnalité d'advenir, le démenti apporté à la décision du Conseil constitutionnel étant plus évident dans le premier cas que dans le second. Au titre des révisions curatives immédiates, et pour se contenter du plus fameux exemple dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 vise à surmonter la décision de non-conformité partielle rendue par le Conseil constitutionnel dans la décision dite Maitrise de l'immigration de 1993, introduisant un nouvel article 53-1 qui prend l'exact contrepied de la décision<sup>101</sup>. D'autres révisions constitutionnelles, que l'on pourrait qualifier de révisions curatives différées sont intervenues pour surmonter une décision non sans un certain décalage temporel qui atténue le contredit. En témoigne la « saga parité », une première révision constitutionnelle en 1999 permettant de lever l'inconstitutionnalité déclarée dans une décision de 1982 au sujet de quotas par sexe en matière politique<sup>102</sup>, une seconde en 2008 élargissant la parité aux fonctions sociales et professionnelles, pour surmonter deux décisions de 2001 et 2006<sup>103</sup>.

Exemple de révision préventive, la révision constitutionnelle du 23 février 2007 relative à la Nouvelle-Calédonie. Cette dernière, visant à contourner une jurisprudence constitutionnelle, rendue à propos d'une loi organique, qui indiquait que le corps électoral devait être « glissant » mais non « figé » pour l'élection des assemblées provinciales<sup>104</sup>, prévoyait le contraire. Très récemment,

<sup>100</sup> Voir notamment L. Favoreu, « Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale », *RDP*, 1984, p. 1174 ; « La légitimité du Conseil constitutionnel » *RIDC*, 1994, pp. 557-581 ; G. Vedel, « Schengen et Maastricht », *RFDA*, 1992, p. 180 ; voir également M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, p. 225 et s.

<sup>101</sup> Pour une analyse des débats parlementaires à l'occasion de la révision constitutionnelle, remettant en cause la création du bloc de constitutionnalité et le rôle joué par le Conseil constitutionnel, voir J.-S. Boda, « Un vent de fronde contre le contrôle de constitutionnalité des lois. Analyse des débats parlementaires sur la révision constitutionnelle du 25 novembre 1993 », *Jus politicum*, n°31 [<https://juspoliticum.com/articles/un-vent-de-fronde-contre-le-controle-de-constitutionnalite-des-lois.-analyse-des-debats-parlementaires-sur-la-revision-constitutionnelle-du-25-novembre-1993-1921>]

<sup>102</sup> Décision n° 82-146 DC du 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*.

<sup>103</sup> Décisions n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature* et n° 2006-533 DC du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*.

<sup>104</sup> Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.

et alors même que le Conseil constitutionnel n'avait pas encore rendu sa décision au sujet de la loi immigration de 2024, une partie de la classe politique, tirant les conséquences de l'état de la jurisprudence constitutionnelle et anticipant une décision de censure, a, précisément, déposé une loi de révision constitutionnelle afin de « lever les verrous d'ordre constitutionnel » susceptibles de fonder une censure du Conseil constitutionnel<sup>105</sup>.

Plus étonnamment, il est possible, en pratique, de surmonter une décision rendue par le Conseil constitutionnelle par une *validation par voie de référendum*. Cette possibilité, contradictoire avec la logique formelle de hiérarchie des normes, tire les conséquences d'une faille du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel s'estimant incompétent, depuis 1962, pour statuer sur une loi référendaire, au motif qu'elle est l'expression directe de la souveraineté nationale<sup>106</sup>. Il est donc possible, en profitant de cet angle mort du contrôle de constitutionnalité des lois, de contredire une décision rendue par le Conseil constitutionnel<sup>107</sup>. Sous cet angle, la volonté du Rassemblement national de gouverner par référendum, pour donner la voix au peuple, est également une excellente stratégie d'évitement, permettant, en l'état de la jurisprudence, d'éluder le contrôle de constitutionnalité des lois et donc un risque de censure par le Conseil constitutionnel. Cette possibilité de validation par la voie référendaire est assortie de deux garde-fous constitutionnels, provisoires car modifiables. Le premier est celui du champ d'application des lois référendaires, limité par l'article 11 C aux lois « portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions »<sup>108</sup>. Le second est celui de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité sur certaines lois référendaires. En effet, au contraire des lois référendaires d'origine présidentielle<sup>109</sup>, les lois référendaires dites d'initiative partagée<sup>110</sup> sont soumises obligatoirement à un contrôle de constitutionnalité qui porte non seulement sur le respect des conditions posées par l'article 11C mais encore sur la conformité, au fond, à la Constitution. Un tel contrôle a été exercé sur la proposition de loi référendaire d'initiative partagée visant à revenir sur la loi retraites de 2023, validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2023-849 DC du 14 avril 2023, que ce dernier a jugée contraire à la Constitution

---

<sup>105</sup> Proposition de loi constitutionnelle Citoyenneté-Identité-Immigration, n° 2120, déposée le jeudi 25 janvier 2024 à l'Assemblée nationale

<sup>106</sup> Décision 62-20 DC du 06 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct* et, dans le même sens, Décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*

<sup>107</sup> Soulignant qu'un référendum avait pu être envisagé si le Conseil constitutionnel n'avait pas validé la loi nationalisation, voir J.P. Chevènement, *Les nationalisations. Les délibérations 1980-1983*- grand témoin, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-deliberations-1980-1983-grand-temoin>

<sup>108</sup> Reste que les domaines ainsi délimités sont assez larges, permettant par exemple de faire entrer les questions migratoires dans la notion de « politique sociale » : en ce sens, et alors même que la question était débattue, voir la Décision n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024, *Proposition de loi visant à réformer l'accès aux prestations sociales des étrangers* : « au regard des modifications que cette proposition de loi apporte à certains dispositifs de prestations sociales, d'aide à la mobilité et d'hébergement susceptibles de bénéficier à des étrangers, elle porte, au sens de l'article 11 de la constitution, sur une réforme relative à la politique sociale de la nation » (paragr. 7).

<sup>109</sup> Emanant du Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées selon les termes de l'article 11 C

<sup>110</sup> C'est-à-dire une proposition de loi référendaire à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales selon l'article 11, al. 3, procédure introduite lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008

parce qu'elle n'était pas une « réforme » au sens de l'article 11 C<sup>111</sup>. Il a également été exercé sur la proposition de loi référendaire d'initiative partagée visant à surmonter la loi immigration de 2024, partiellement censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024, que ce dernier a jugée contraire à la Constitution pour des motifs de fond<sup>112</sup>, déclenchant, à nouveau, une vive polémique<sup>113</sup>. Il est intéressant de noter que le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la proposition de loi référendaire intervient avant que le soutien populaire (1/10<sup>e</sup> des électeurs soit environ 4,8 millions de signatures) ne soit apporté à la proposition de loi, évitant ainsi d'attiser le conflit peuple / Conseil constitutionnel et de mettre à l'épreuve la légitimité sociale de ce dernier.

Seconde hypothèse, la volonté du pouvoir politique de *neutraliser les dispositions jugées constitutionnelles* et de remettre donc en cause, tout au moins indirectement, la décision de non censure prononcée par le Conseil constitutionnel, comme l'illustre la loi retraites de 2023. Assez étonnamment, la « responsabilité » de ces lois est presque davantage imputée au Conseil constitutionnel qu'à la majorité politique qui en a pris l'initiative. Ce glissement est intéressant car il souligne, en creux, les attentes qui pèsent sur le Conseil constitutionnel dont on espère qu'il tienne juridiquement la loi en échec, là où la négociation politique, la délibération parlementaire voire la pression sociale ont échoué. Plusieurs stratégies peuvent être envisagées afin de faire obstacle à la loi et remettre ainsi en cause, tout au moins indirectement, la décision rendue par le Conseil constitutionnel.

La première, la plus évidente, est celle de *la modification ou de l'abrogation de la loi*, par la voie parlementaire ou par la voie référendaire. Depuis 2023, par exemple, plusieurs propositions de loi parlementaires ont été déposées en ce sens<sup>114</sup> pour l'instant sans succès ainsi qu'une résolution adoptée par le Parlement sur le fondement de l'article 34-1 en juin 2025<sup>115</sup>. De manière tout à fait inédite, s'agissant de la loi Duplomb, l'abrogation a été réclamée par la voie d'une pétition déposée sur le site de l'Assemblée nationale et réunissant plus de 2 millions de signatures, avant que le Conseil constitutionnel ne rende sa décision.

La deuxième est celle de *la non-application de la loi*, pour l'essentiel la non adoption de décrets d'application de la loi ou l'adoption de décrets d'application vidant de sa substance la loi, solution réclamée par certains par exemple pour paralyser la loi portant réforme des retraites de 2023<sup>116</sup>. A l'appui de cette solution était évoqué le précédent du contrat première embauche de 2006, la loi ayant été promulguée à la suite de la décision de validation du Conseil constitutionnel mais sans que les décrets d'application ne soient publiés, permettant à l'exécutif de présenter un autre dispositif législatif remplaçant la loi votée et permettant de calmer la protestation populaire. Reste

---

<sup>111</sup> Décision n° 2023-5 RIP du 3 mai 2023, *Proposition de loi visant à interdire un âge légal de départ à la retraite supérieur à 62 ans*

<sup>112</sup> Décision n° 2024-6 RIP du 11 avril 2024, *Proposition de loi visant à réformer l'accès aux prestations sociales des étrangers*

<sup>113</sup> Selon le président du groupe LR au Sénat, B. Retailleau, « le Conseil constitutionnel refuse au peuple français de se prononcer sur l'immigration, il outrepassé son rôle » ; pour le président des LR, Eric Ciotti, « le Conseil constitutionnel répond une nouvelle fois à la commande du gouvernement », « le scandale continue. Une petite caste a confisqué la démocratie ! Les français sont interdits de parole sur l'immigration par Emmanuel Macron ».

<sup>114</sup> Propositions de loi du groupe LIOT, du RN, ou encore LFI (proposition de loi n° 1164 abrogeant le recul de l'âge effectif de départ à la retraite et proposant la tenue d'une conférence de financement du système de retraite, déposée le 25 avril 2023 ; proposition de loi n° 284 visant à restaurer un système de retraite plus juste en annulant les dernières réformes portant sur l'âge de départ et le nombre d'annuités, déposée le 18 septembre 2024 ; proposition de loi n° 438 d'abrogation de la retraite à 64 ans, déposée le 15 octobre 2024)

<sup>115</sup> Résolution, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à abroger la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023 dite "réforme des retraites" le 5 juin 2025, T.A. n° 133 ;

<sup>116</sup> Solution envisagée notamment par C. Guetté, députée LFI : <https://www.actu-juridique.fr/ntic-medias-presse/chez-les-surligneurs-peut-on-abroger-la-reforme-des-retraites-par-decret-comme-laffirme-lfi/>

que, juridiquement, le pouvoir réglementaire est tenu d'adopter les mesures d'application de la loi, de sorte qu'une telle « distorsion d'application » serait censurée par le juge administratif.

Troisième hypothèse, celle de la *non-promulgation de la loi* ou, plus exactement, la demande d'une nouvelle délibération de la loi. En effet, juridiquement, la non-promulgation de la loi est irrégulière puisque le président de la République est tenu, sur le fondement de l'article 10 C, de la faire dans un délai de 15 jours ; il peut, en revanche, demander au Parlement de procéder à une nouvelle délibération de la loi, en partie ou en totalité. Cette demande d'une nouvelle délibération de la loi, utilisée à trois reprises seulement depuis 1958, a fait l'objet d'un regain d'intérêt récemment puisqu'elle a été demandée pour la loi Duplomb en 2025, la loi immigration en 2024<sup>117</sup> et la loi retraites en 2023<sup>118</sup>. Jusqu'à présent, elle avait été utilisée soit pour des lois promulgables mais incomplètes, à la suite d'une censure partielle de la loi par le Conseil constitutionnel, soit pour des lois devenues inutiles<sup>119</sup>. Elle vient donc, ces dernières années, remplir une fonction différente, non pas technique pour des lois qui seraient incomplètes ou inutiles, mais politique, afin de demander au Parlement de reprendre purement et simplement la loi face à une fronde politique et sociale.

Qu'il s'agisse de contrarier ou de neutraliser la décision rendue par le Conseil constitutionnel, ces exemples montrent, pour paraphraser une formule devenue courante, que la décision de constitutionnalité n'éteint pas la bataille politique. Il est toujours possible de surmonter une décision rendue par le Conseil constitutionnel. Reste que ce qui était, jusqu'à présent conçu comme un critère de la légitimité – démocratique – du Conseil constitutionnel change aujourd'hui profondément de nature. L'intervention réclamée n'est plus celle du pouvoir de révision constitutionnelle, selon la théorie du lit de justice ou de l'aiguilleur, mais celle du pouvoir législatif ordinaire, conduisant à reconsidérer profondément la place de la justice constitutionnelle<sup>120</sup>.

## 2- Reconsidérer la place de la justice constitutionnelle

Si la suppression pure et simple du Conseil constitutionnel a pu être, par le passé, envisagée notamment par un ancien garde des Sceaux<sup>121</sup>, elle prend aujourd'hui une forme renouvelée qui ne réclame plus frontalement la disparition du Conseil constitutionnel mais la modification de son

<sup>117</sup> Pour O. Faure, premier secrétaire du PS, « une autre possibilité pour que la loi n'entre pas en vigueur consisterait, pour le président de la République, de demander au gouvernement de ne pas l'appliquer en annonçant la préparation d'un nouveau texte. C'est ce que le président Chirac a demandé à son gouvernement en 2006 après l'adoption de la loi "contrat première embauche" » (<https://lessurligneurs.eu/olivier-faure-appelle-le-president-de-la-republique-a-ne-pas-promulguer-la-loi-immigration/>)

<sup>118</sup> [https://rmc.bfmtv.com/actualites/economie/travail/reforme-validee-les-syndicats-n-abdiquent-pas-et-appellent-a-un-1er-mai-massif-et-historique\\_AN-202304140717.html](https://rmc.bfmtv.com/actualites/economie/travail/reforme-validee-les-syndicats-n-abdiquent-pas-et-appellent-a-un-1er-mai-massif-et-historique_AN-202304140717.html) - Laurent Berger, le secrétaire général de la CFDT, a quant à lui affirmé que la sagesse serait « de ne pas promulguer la loi [...]. On peut aller à une nouvelle lecture au parlement, faisons-le ».

<sup>119</sup> Voir notamment J.-P. Derosier, « Emmanuel Macron a la possibilité de ne pas promulguer la loi Duplomb, lorsqu'elle lui sera soumise », *Le Monde*, 10 juillet 2025

<sup>120</sup> Pour un article récent sur la question, voir T. Andrieu, « La théorie du lit de justice est-elle désuète », *Blog Jus Politicum*, 8 mai 2025, <https://blog.juspoliticum.com/2025/05/08/la-theorie-du-lit-de-justice-est-elle-desuete-par-thomas-andreu/>

<sup>121</sup> J. Foyer, « Pour la suppression du Conseil constitutionnel », *La revue administrative*, n°31, jan-fév 1998, pp. 97-101 – voir également, émanant d'un universitaire, « Et si l'on supprimait le conseil constitutionnel ? », J.-S. Boda, *Le Monde*, 23 février 2010, publié aussitôt après la censure de la taxe carbone – voir également une pétition déposée à l'Assemblée nationale « Suppression du Conseil constitutionnel » déposée à l'an le 24 juillet 2025 - pour une alerte récente, D. Rousseau, « Supprimer le Conseil constitutionnel ou l'affaiblir serait aussi dangereux que supprimer les freins d'une voiture », *Le Monde*, 16 août 2025

rôle. Prenant acte de la tension entre le Peuple / Parlement et le juge constitutionnel, elle s'inscrit dans la valorisation d'un troisième modèle de justice constitutionnelle<sup>122</sup>, selon un modèle dit « dialogique », d'échange voire de co-construction de la loi entre le juge et le Parlement / peuple. Ces propositions, longtemps essentiellement de nature politique, sont aujourd'hui formalisées et diffusées par une partie de la doctrine, notamment constitutionnaliste, confirmant la montée et l'extension de la défiance vis-à-vis du juge constitutionnel. S'extrayant de toute logique formelle de hiérarchie des normes, elles visent à donner le dernier mot tantôt au Parlement, tantôt au peuple.

En ce sens, plusieurs propositions suggèrent d'instaurer un « dialogue » - l'on ne parle pas de conflit - suite à une censure du Conseil constitutionnel et donner le dernier mot au Parlement<sup>123</sup>. Les modalités varient selon les participants au « dialogue » et l'objet de ce dernier. Première scénario, l'adoption d'une loi de confirmation, susceptible d'être adoptée dans les 6 mois suivant une censure ou une décision sous réserve d'interprétation. Adoptée dans les mêmes termes par la majorité des députés et la majorité des sénateurs, c'est-à-dire selon une procédure plus contraignante que la loi ordinaire mais plus souple que la loi de révision constitutionnelle, cette loi de confirmation serait soustraite à tout contrôle de constitutionnalité que ce soit sur le fondement de l'article 61 ou de l'article 61-1 C<sup>124</sup>.

Dans le même sens, visant également à surmonter de façon législative une décision d'abrogation, l'adoption d'une motion de validation constitutionnelle<sup>125</sup> : réservée aux seuls parlementaires aussitôt la décision rendue par le Conseil constitutionnel, cette motion ne pourrait être adoptée qu'à la majorité des membres des assemblées, soit selon une procédure plus contraignante, là encore, que la loi ordinaire.

Autre scénario, l'adoption d'une clause nonobstant à la française, qui immunise la loi déclarée inconstitutionnelle<sup>126</sup> : limitée au contrôle QPC, cette dernière permettrait que, dans l'hypothèse où une disposition législative a été déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1, le Parlement puisse, à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, décider qu'elle ne sera pas abrogée, nonobstant la déclaration de son inconstitutionnalité.

Plus sophistiqué, un mécanisme de « bulle interprétative » a été proposé afin de contrecarrer une décision ou une interprétation jurisprudentielle : à la suite d'une décision de censure (DC ou QPC), l'Assemblée nationale et le Sénat pourraient s'opposer à l'interprétation jurisprudentielle du Conseil en adoptant à la majorité simple, chacun dans les mêmes termes, une bulle interprétative de la Constitution. Celle-ci serait transmise au Conseil constitutionnel qui, en cas de désaccord à l'unanimité de ses membres pourrait solliciter du Président de la République l'organisation d'un référendum<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>123</sup> Pour une telle proposition, en France, voir un dossier spécial L'Hétairie, janvier 2019 : J.-E. Schoettl, « Pour une clause constitutionnelle du dernier mot au profit du Parlement », p. 10-22 ; B. Schmaltz, « Pour un équilibre entre constitutionnalisme politique et juridique », p. 23-51 et B. Mathieu, « Le dernier mot : un enjeu démocratique essentiel », p. 52-64

<sup>124</sup> Proposition défendue par J.E. Schoettl, *op. cit.* – voir également l'amendement n°1510 déposé par les députés Guillaume Larrivé et Eric Ciotti au projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace le 5 juillet 2018 Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, n° 911

<sup>125</sup> Proposition portée par J. Padovani dans le cadre du GRECI <https://www.legreci.fr/>. LE BATARD

<sup>126</sup> Proposition portée B. Mathieu dans le cadre du GRECI <https://www.legreci.fr/>. soulignant que « cette procédure, exceptionnelle, pourrait avoir en tous cas un effet modérateur sur la jurisprudence du conseil et marquerait l'affirmation du principe selon lequel dans une démocratie c'est le pouvoir politique qui a le dernier mot »

<sup>127</sup> Proposition faite par Benoît Schmaltz, *op. cit.*

Seconde hypothèse, qui cristallise encore davantage le conflit entre le peuple et le Conseil constitutionnel, le dernier mot serait donné non pas au Parlement mais directement au peuple. Cette proposition d'un « lit de justice référendaire », permettant de surmonter la décision du Conseil constitutionnel, pourrait prendre deux formes.

La première forme est celle du recours direct au peuple pour réviser la Constitution afin de surmonter une décision rendue par le Conseil constitutionnel. Cette solution est juridiquement valide du point de vue de la logique formelle de hiérarchie des normes, mais totalement irrégulière en l'état du droit positif. En effet, le recours au référendum de l'article 11 C ne peut concerner que des lois ordinaires et non des lois de révision constitutionnelle, malgré le précédent – réussi – de 1962 et le précédent – avorté – de 1969. Contrairement à ce que soutient une partie de la classe politique, notamment l'extrême droite, il n'est juridiquement pas possible de recourir au référendum de l'article 11 pour réviser la Constitution – seule est envisageable l'utilisation de l'article 89 C qui fait d'abord intervenir le Parlement puis le peuple ou le Congrès. En revanche, rien n'empêche de modifier la Constitution et prévoir qu'elle puisse être désormais révisée selon la procédure référendaire de l'article 11 C, proposition d'ailleurs soutenue par ce même parti politique<sup>128</sup>.

La seconde forme est celle du recours au peuple pour adopter par référendum une loi qui aurait été précédemment déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Ce mécanisme, qui s'exerce aujourd'hui *de facto* en raison du refus du Conseil constitutionnel de contrôler les lois référendaires, serait facilité voire institutionnalisé. A l'heure actuelle, en effet il est possible, par la voie du référendum législatif de l'article 11, de contredire une décision du Conseil constitutionnel puisque ce dernier s'estime incompétent pour contrôler les lois référendaires, sauf si ces dernières sont d'initiative partagée (1/5<sup>e</sup> des parlementaires soutenu par 1/10<sup>e</sup> des électeurs) en raison des termes des articles 11 et 61 C qui lui en confient le contrôle de la constitutionnalité<sup>129</sup>. La possibilité, qui tire les conséquences de cet angle mort du contrôle de constitutionnalité des lois, pourrait encore être étendue afin de faciliter la mise en œuvre du lit de justice ou dernier mot référendaire. Plusieurs propositions de révision constitutionnelles ont été faites en ce sens, visant notamment à élargir le champ du référendum à tout projet de loi ordinaire relevant du domaine de compétence du législateur tel que posé par l'article 34 ou tout projet de loi organique<sup>130</sup> et à supprimer tout contrôle de constitutionnalité afin d'immuniser totalement la loi référendaire<sup>131</sup>.

Clairement, il s'agit donc de permettre au politique de « reprendre la main en toutes circonstances »<sup>132</sup>. Ces propositions invitent donc à un renversement total des rapports entre le

---

<sup>128</sup> En ce sens, voir la proposition de loi RN citoyenneté-immigration-identité n° 2120 déposé le 25 janvier 2024, notamment son article 14 : « les dispositions de la constitution résultant de la présente loi constitutionnelle ne peuvent être révisées que selon les procédures prévues à l'article 11 et aux deux premiers alinéas de l'article 89 de la Constitution ».

<sup>129</sup> En ce sens, voir la proposition faite par B. Mathieu, envisageant de « permettre une telle validation par la voie référendaire, un contrôle du Conseil constitutionnel étant, par définition, exclu. Il conviendrait alors, probablement d'exiger une participation suffisante ».

<sup>130</sup> En ce sens, voir la Proposition de loi constitutionnelle LR relative à la souveraineté de la France, à la nationalité, à l'immigration et à l'asile, n° 1322, déposée le lundi 5 juin 2023 :

<sup>131</sup> Idem – comme l'indique l'exposé des motifs, « le Conseil constitutionnel sera saisi en amont d'un tel référendum, non pour rendre une décision, mais pour donner un avis, rendu public, susceptible d'éclairer le peuple français – étant entendu que, *in fine*, c'est bien le peuple souverain, et lui seul, qui décidera, ou non, d'approuver la loi référendaire, insusceptible de recours »

<sup>132</sup> Voir par exemple la formule retenue par J.-E. Schoettl ou B. Mathieu

droit et le politique, marquant la supériorité de la politique sur le droit<sup>133</sup> - voire la revanche de la politique sur le droit, après le temps de la politique saisie par le droit<sup>134</sup> .... Elles proviennent non plus seulement de politiques contrariés dans la réalisation de leur programme, de partis politiques considérés comme marginaux ou dits d'extrême, mais de partis de gouvernement, de juristes<sup>135</sup>, membres de la doctrine universitaire ou anciens membres ou proches du Conseil constitutionnel<sup>136</sup>, l'un d'entre eux ayant lancé un très condescendant appel au Conseil constitutionnel, après sa décision sur la loi Duplomb, « à redevenir sage »<sup>137</sup>. Ces menaces doivent être prises au sérieux. Elles révèlent un moment de rupture dans l'histoire de la justice constitutionnelle en France, qui rendent nécessaire de penser / panser la justice constitutionnelle.

Penser pour réfléchir et affronter collectivement, et tel est bien l'objet de la présente Table ronde internationale, la question de la légitimité de la justice constitutionnelle, alors même que la doctrine constitutionnaliste l'a éludée, longtemps, afin d'en construire le récit, le mythe même - Panser pour remédier aux fragilités mises en évidence dans la première partie du rapport, sans céder à la facilité de dissoudre entièrement la question de la légitimité de la justice constitutionnelle dans les faiblesses qu'elle présente aujourd'hui, notamment en raison des imperfections du droit positif. Autrement dit, il revient aussi au pouvoir politique de construire et préserver la légitimité de la justice constitutionnelle en France.

---

<sup>133</sup> Voir à cet égard : X. Magnon, « Le tournant 1962 : la politique au-dessus du droit », in *L'élection du Président de la République au suffrage universel direct (1962-2022). Genèse, bilan et perspective*, sous la direction de J.-P. Derosier, à paraître

<sup>134</sup> Pour reprendre le terme de l'ouvrage de L. Favoreu, *La politique saisie par le droit ; alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, préc.

<sup>135</sup> Pour un panorama, voir S. Hennette Vauchez, « Les juristes contre l'Etat de droit », *Pouvoirs*, 2025, pp. 49-62

<sup>136</sup> Tels que Jean-Eric Schoettl, secrétaire général de l'institution de 1997 à 2007, ou encore Pierre Steinmetz, ancien membre entre 2004 et 2013

<sup>137</sup> Pierre Steinmetz, *Figaro vox*, 19 août 2025

