



Le juge dans le constitutionnalisme moderne

Question sur la Question 8

18 et 19 octobre 2018

Le constitutionnalisme est un courant de pensée juridique qui se manifeste par la volonté d'organiser l'exercice du pouvoir politique de l'Etat par une norme juridique qualifiée de Constitution, ou par des règles de droit de valeur dite « constitutionnelle ». Issu du rationalisme et du libéralisme juridique du 18^{ème} siècle, il s'est affirmé autour de quelques principes fondamentaux qui inspirent depuis le 18^{ème} siècle la construction juridique des Etats démocratiques modernes, dans le but d'assurer la « liberté politique » qui doit advenir de la juste articulation des principes d'autorité et de liberté qu'ils sont chargés de réaliser. Ainsi, la souveraineté de la nation, la séparation des pouvoirs, et la garantie des droits et libertés (par exemple et pour faire simple), sont les trois principes cardinaux de ce constitutionnalisme moderne, à l'instar de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Les principes juridiques véhiculés par le constitutionnalisme gouvernent toujours les conceptions modernes de la démocratie et/ou de l'Etat de droit et pour la promotion desquelles le juge constitutionnel et le juge de manière générale sont devenus des acteurs essentiels. Or ce sont bien les liens finalement très étonnants, que nous qualifierons de surprenants et ambigus, entre le constitutionnalisme et le juge dans la construction et l'organisation des démocraties constitutionnelles qui seront au cœur des réflexions de ce colloque.

Ce simple constat met déjà en perspective des questions qui feront l'objet d'une première demi-journée d'études. En quoi les figures du juge en général et du juge constitutionnel en particulier, ont-elles participé à la formation d'un courant de pensée, le constitutionnalisme, qui ne les considérerait pas comme un acteur réellement utile à la bonne organisation du pouvoir ? Même si le constitutionnalisme considérerait le pouvoir judiciaire comme une « puissance nulle », peut-on déjà identifier des idées, des principes, et /ou des règles susceptibles de constituer les prémices de sa future affirmation dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs ?

Dénigré dans le *Federalist*, le juge a pourtant été progressivement convoqué dans la mise en œuvre d'un système constitutionnel américain inspiré par la culture juridique de *Common law*. Et comment, dès son émergence, le juge, le juge constitutionnel surtout comme le démontre le virage pris par la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis en 1803, a pu participer à consolider la garantie des valeurs véhiculées par ce courant de pensées par tout Etat soucieux de respecter les droits et libertés dès la fin du 18^{ème} siècle ? Quelles sont les raisons qui conditionnent sa participation à la marche « concertée » des organes de gouvernement dans la culture anglo-saxonne, et ce, alors même qu'il ne fut pas immédiatement assumé comme un acteur utile à la bonne organisation de la séparation des pouvoirs à l'américaine ? Est-ce la volonté de rattacher la Constitution à la société et de faire du juge le premier relai des revendications de défense des droits des citoyens contre toutes les autorités qui constitue le ressort de son affirmation dans le jeu démocratique des grands pouvoirs ?

Et que dire du renversement de perspective à l'égard du rôle du juge dans le constitutionnalisme européen ! Ici, et avant d'être finalement pleinement reconnu et encensé depuis la deuxième moitié du 20^{ème} siècle, il fit l'objet d'une reconnaissance plus circonstanciée, plus difficile encore. Dans une culture politique et juridique abusivement dominée par le principe de souveraineté, le constitutionnalisme a longtemps manifesté des difficultés à s'accommoder de la présence de cet acteur dans l'exercice d'une puissance publique captée par les organes politiques représentatifs (pouvoir gouvernemental et Parlement). Comment le juge a pu s'affirmer au sein d'une ingénierie constitutionnelle dont la modélisation démocratique théorique s'inspire d'un courant de pensées qui repose traditionnellement sur une culture d'indifférence et de méfiance, voire de rejet à son égard, en France surtout ? Et quelles en seront les conséquences institutionnelles précises vis-à-vis des organes constitutionnels ? La question est aussi intéressante à poser de manière comparative en France et en Allemagne. Il s'agit en effet de deux nations dont les constitutionnalismes se sont traditionnellement arc-boutés sur un « constitutionnalisme de l'Etat », en raison d'une conception du pouvoir démocratique de l'Etat nation en France qui confond souveraineté et légicentrisme, ou en raison d'une conception de l'Etat puissance en Allemagne où la souveraineté se concentre dans ses organes, et dont il convient d'articuler et de rationaliser les compétences par le droit.

Le sévère réquisitoire du constitutionnalisme des origines à l'égard du rôle du juge dans l'organisation moderne du pouvoir est d'autant plus remarquable que notre conception moderne de la démocratie fait désormais du juge un gardien essentiel des principes du constitutionnalisme. Comment finalement donc, a-t-on pu passer, entre

la fin du 18^{ème} siècle et le début du 20^{ème} siècle, d'un constitutionnalisme de la défiance vis-à-vis du juge à un constitutionnalisme de la confiance à son endroit à la lumière des différentes cultures juridiques et des différents courants de pensées doctrinaux? Peut-on déceler oui ou non, dans le constitutionnalisme, des indices permettant d'anticiper l'extraordinaire émergence du juge dans le fonctionnement des démocraties constitutionnelles ? Le point est important à une époque où le rôle du juge constitutionnel, devenu incontestable dans le fonctionnement des systèmes juridiques démocratiques, est à l'origine d'un approfondissement normatif du droit constitutionnel. La modification est telle d'ailleurs que la consécration, voire la « sacralisation » de sa fonction et de son activité jurisprudentielle au sein des ordres juridiques démocratiques ont pu initier dans la doctrine une redéfinition même du constitutionnalisme, dans sa nature et ses fonctions.

Une deuxième série de réflexions doit être menée sur les interactions modernes qui relient le pouvoir juridictionnel au constitutionnalisme moderne. Quel est le rôle du juge dans l'essor du constitutionnalisme moderne ? En effet, il est intéressant de voir comment la revalorisation des juges a contribué, par l'affirmation de leur statut juridictionnel et leur office jurisprudentiel depuis la fin du 19^{ème} siècle, à garantir le respect des principes du constitutionnalisme dans le fonctionnement des régimes démocratiques contemporains. Dans quelle mesure, l'émergence de ce nouvel acteur modifie voire modernise la conception originaires du constitutionnalisme? En retour, par quels principes modernes, le constitutionnalisme d'aujourd'hui encourage-t-il à faire du juge un vrai pouvoir constitutionnel? Le constitutionnalisme moderne renforce-t-il vraiment le pouvoir du juge? Le modifie-t-il ? L'affaiblit-il ?

Le questionnement ici se pose d'un double point de vue.

Il se pose du point de vue du droit comparé en premier lieu, dans la mesure où le juge constitutionnel a fait l'objet d'une véritable sollicitation théorique et concrète au sein des cultures constitutionnelles européennes (2^{ème} demi-journée). Comment dès lors les juges, et constitutionnels d'abord, ont-ils participé à légitimer la démocratie constitutionnelle dans les Etats européens et anglo-saxons dont la culture ne se fonde pas sur le constitutionnalisme formaliste issue de la culture romano-germaniste ? Comment le rôle du juge affecte-t-il la notion même de Constitution, à l'image de l'évolution connue au Royaume Uni aujourd'hui depuis la création d'une Cour suprême ? Du point de vue institutionnel également, c'est-à-dire de l'organisation et de la mise en œuvre du pouvoir, comment le juge participe-t-il dans ces Etats à la réalisation des finalités poursuivies par le constitutionnalisme, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits ? Comment dans les pays de l'Europe du Sud où la culture du contrôle de la constitutionnalité est forte dans l'organisation de la démocratie constitutionnelle, en Italie par exemple, le constitutionnalisme s'exprime-t-il ? Par-delà les pays et les traditions juridiques, existe-t-il en Europe un « droit constitutionnel commun » issu de l'action des juges ? Quel constitutionnalisme inspire les juges dans les Etats d'Amérique du Sud ? Dans le même sens, une mise en perspective du lien entre le constitutionnalisme et les juges dans les démocraties de l'Europe de l'Est semble pertinente dans le but de répondre

à la question de savoir s'il une conception « relativiste » du constitutionnalisme dans le monde tendrait à redoubler la conception « universaliste » du constitutionnalisme inspiré du rationalisme du 18^{ème} siècle. L'affirmation du pouvoir juridictionnel associé à l'émergence de la justice constitutionnelle dans tous Etats démocratiques européens participent-elles à redéfinir un constitutionnalisme permettant de les faire évoluer vers un modèle commun de démocratie constitutionnelle, où à l'inverse, de légitimer la reconnaissance d'un constitutionnalisme aux multiples visages ?

La question des interactions modernes reliant le pouvoir juridictionnel au constitutionnalisme moderne se pose encore avec force à l'égard du juge constitutionnel français. Il conviendra d'étudier le rôle du Conseil constitutionnel par rapport au constitutionnalisme de 1789 (3^{ème} demi-journée). Si la séparation des pouvoirs est une condition du constitutionnalisme, comment le Conseil constitutionnel intervient-il (ou pas) dans la mise en œuvre de cette « mécanique à l'anglaise » mise au service de la garantie des libertés dont l'intégration dans notre culture constitutionnelle a toujours été si difficile et si mal comprise? Quelle signification prend la notion de « législateur négatif » dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs au sein des institutions de la 5^{ème} République ? Dans quelle mesure la jurisprudence constitutionnelle assure-t-elle la bonne désignation des gouvernants par les gouvernés dans un constitutionnalisme qui repose sur l'assimilation de la volonté des citoyens par celle des représentants ? Comment dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle définie de manière très ambiguë, le Conseil constitutionnel peut-il produire une jurisprudence au service du constitutionnalisme des libertés de 1789, voire participer à l'émergence d'un vrai pouvoir juridictionnel constitutionnel ? Le questionnement est d'autant plus intéressant ici que la défiance persistante à l'égard de la justice constitutionnelle dans le constitutionnalisme français a bénéficié à d'autres juges : le juge administratif d'abord, qui profitera durant deux siècles de cette conception négative à la fois soutenue par une haute culture du légicentrisme et de méfiance à l'égard des juges; les juges judiciaires ensuite dans la mesure où cette culture constitutionnelle a généré des réceptions particulières des principes du constitutionnalisme par tous les juges, et dont les effets se manifestent aujourd'hui encore, en dépit des succès apparents du développement des contrôles de constitutionnalité par voie d'action et par voie d'exception. Le droit constitutionnel qu'il fabrique est-il conforme aux objectifs théoriques proclamés par ce courant de pensées ? Il est encore important de s'arrêter sur ce point. Considérés comme un acteur essentiel à la réalisation des buts du constitutionnalisme aujourd'hui, notamment par l'office de protection des droits qu'ils rempliraient face au pouvoir de l'Etat, les juges et le juge constitutionnel en particulier répondent-ils réellement à cette aspiration ? Participent-t-ils finalement à la protection des principes du constitutionnalisme en France, ou au contraire, à leur fragilisation ?

Ces différentes réflexions devront nous conduire vers une dernière série de questions relative au rôle que le juge peut jouer dans l'avenir du constitutionnalisme et comment il peut contribuer, par l'influence qu'il peut jouer sur son contenu et ses fonctions, à la fortune future des démocraties constitutionnelles (4^{ème} demi-journée). En quoi le rôle du juge, au regard de la particularité de son office, influence-t-il

l'exercice moderne du pouvoir démocratique et peut-il participer à le faire évoluer dans ses fonctions, voire sa nature même? Le contrôle du juge participe-t-il à neutraliser ou à renforcer sa puissance à l'inverse des visées prônées par son influence libérale originelle ? Modifie-t-il réellement les dynamiques de pouvoir au sein de l'Etat moderne? Neutralise-t-il ou renforce-t-il son pouvoir? Par la faculté d'empêcher qu'il peut exercer sur la fonction législative surtout, participe-t-il à une amélioration qualitative de la décision démocratique, voire à une transformation de sa nature et de ses fonctions? En invoquant la défense des droits constitutionnels de la société et de ses membres dans le contrôle de la décision véhiculée par la fonction législative, modifie-t-il la substance de cette souveraineté qui confère à l'Etat l'outil d'une puissance de domination unilatérale et incontestable sur la société ? Le redoublement du pouvoir de suffrage par le pouvoir juridictionnel, et l'affirmation de « la logique des recours » qu'il génère au détriment de « la logique des forces » dans l'organisation des pouvoirs transforme-t-il ou pérennise-t-il dans une forme nouvelle les modes de légitimation de la puissance politique au sein des Etats ? Est-ce que le juge participe à un processus de respect de la norme constitutionnelle par les gouvernants de sorte que la Constitution développe son emprise normative sur les gouvernants, ou à l'inverse, ne fait-il que relayer leurs décisions en adaptant la norme constitutionnelle à leur volonté ? Les nouvelles aspirations démocratiques, inspirées par des sociétés civiles confrontées à des enjeux politiques d'un type nouveau, modifient-elles le prisme du constitutionnalisme de demain ? En quoi l'émergence d'un constitutionnalisme « global », ou encore l'avènement d'un droit constitutionnel de l'environnement, sont-ils susceptibles de modifier dans le futur un courant de pensées qui associe l'exercice démocratique du pouvoir à une institution juridique figée sur le principe de souveraineté. Est-ce que le constitutionnalisme de demain s'épuisera encore dans le paradigme de l'Etat souverain, ou à l'inverse, participe-t-il à définir et initier une conception nouvelle de l'organisation du pouvoir démocratique ? Quelle est la place du juge constitutionnel face à ces nouveaux enjeux ? Dans quelle mesure peut-il jouer un rôle ici ? Dans ces nouveaux contextes même, l'action du juge dans le constitutionnalisme constitue-t-elle un phénomène irréversible dans la science du droit constitutionnel ou pas? Quel est donc l'avenir pour le juge constitutionnel dans l'évolution du constitutionnalisme ?

Tels sont les différents axes de réflexion que se proposera de développer cette édition et qui se déroulera autour de quatre demi-journées.

Stéphane Mouton, Ariane Vidal-Naquet,
Wanda Mastor, et Xavier Magnon

=PROGRAMME=

1^{ère} demi-journée :

Les juges, acteurs ignorés du constitutionnalisme classique : Vincent Dussart

• La conception américaine du constitutionnalisme (le constitutionnalisme du *Fédéraliste*) : Idris Fassassi

- Le juge et la conception anglaise du constitutionnalisme: Céline Roynier
- La fonction du juge dans le constitutionnalisme allemand de l' « Etat puissance » : Aurore Gaillet

*

- Le juge, la construction de l'Etat et l'avènement du constitutionnalisme des Libertés : François Saint Bonnet
- La figure négative du juge dans la conception révolutionnaire du constitutionnalisme: Grégoire Bigot.
- Le juge et le constitutionnalisme de la volonté générale : Jacky Hummel

2^{ème} demi-journée :

L'affirmation assumée des juges dans les constitutionnalismes américain et européens : Marc Blanquet

Table ronde 1 : Les pays anglo-saxons...

- Le juge britannique et l'affirmation d'un constitutionnalisme empirique : Aurélie Duffy
- La Cour suprême des Etats-Unis et la construction d'un constitutionnalisme pragmatique : Wanda Mastor
- Regard « politique » sur la jurisprudence des cours constitutionnelles américaines (Etats-Unis, Canada) : Cynthia Boyer

Table ronde 2 : les pays européens (continentaux)

- L'influence du constitutionnalisme de Kelsen dans les jurisprudences constitutionnelles européennes : Matthias Jestaedt
- Le juge italien et l'affirmation d'un constitutionnalisme des libertés: Nicoletta Perlo
- Les caractéristiques du constitutionnalisme russes et des pays slaves ? Marie-Elisabeth Baudouin
- Le constitutionnalisme hongrois : Pierre-Alain Collot

3^{ème} demi-journée :

L'affirmation contrariée du juge dans le constitutionnalisme français : Grégory Kalfèche

- De quelle séparation des pouvoirs le Conseil constitutionnel parle-t-il ? P. Egéa

- Le juge constitutionnel et la pertinence de la « théorie du législateur négatif » : Mathieu Carpentier

- Quelle garantie constitutionnelle pour le pouvoir de suffrage ? Pierre Esplugas

- Le juge constitutionnel participe-t-il à l'affirmation d'un pouvoir juridictionnel dans le constitutionnalisme moderne ? : F. Hourquebie

- La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle conforme aux exigences du constitutionnalisme des libertés de 1789 ? Xavier Bioy

- La jurisprudence administrative du Conseil d'Etat sert-elle les valeurs du constitutionnalisme ? Agnès Roblot- Trozier

- Les juges judiciaires et leurs constitutionnalismes : Julien Bonnet

4^{ème} demi-journée :

Le rôle du juge dans le constitutionnalisme de demain : Mathieu Touzeil-Divina

- Quelles « garanties constitutionnelles » des droits et libertés dans le constitutionnalisme de demain: Tristan Pouthier

- L'impact des enjeux environnementaux sur le constitutionnalisme des juges : Marie Anne Cohendet

- Les apports (futurs ?) du constitutionnalisme global au constitutionnalisme des juges: Mathieu Touzeil-Divina

*

- Quel constitutionnalisme pour la démocratie constitutionnelle de demain ? Jean-Marie Denquin

- Constitutionnalisme et néo-constitutionnalisme : réalité et artificialisme d'une distinction épistémologique : Xavier Magnon.

- L'avenir du juge constitutionnel dans le constitutionnalisme de demain ? : Ariane Vidal-Naquet

- Synthèse : Stéphane Mouton.

