La fiction en droit constitutionnel

Olivier Saly-Rousset

▶ **To cite this version:**

Olivier Saly-Rousset. La fiction en droit constitutionnel. Droit. Université de Perpignan, 2021. Français. NNT : 2021PERP0033 . tel-03554904

HAL Id: tel-03554904
https://theses.hal.science/tel-03554904

Submitted on 3 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE
Pour obtenir le grade de Docteur

Délivrée par
UNIVERSITE DE PERPIGNAN *VIA DOMITIA*

Préparée au sein de l'école doctorale 544 INTER-MÉD :
Espaces, Temps, Cultures
Et de l'unité de recherche EA 4216 - Centre du Droit Economique et du Développement

Spécialité : Droit public

Présentée par Olivier SALY—ROUSSET

La fiction en droit constitutionnel

Soutenue le 8 octobre 2021 à 14h
Devant le jury composé de

M. Philippe SÉGUR, Professeur de Droit Public, Université de Perpignan *Via Domitia*	Directeur de recherche
M. Éric SAVARÈSE, Professeur de Sciences Politiques, Université de Montpellier	Rapporteur
M. Stéphane MOUTON, Professeur de Droit Public, Université de Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. Christophe EUZET, Maître de conférences, Université de Perpignan *Via Domitia*, Député de l'Hérault	Membre du jury
M. Jacobo RÍOS RODRÍGUEZ, Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques, Maître de conférences, Université de Perpignan *Via Domitia*	Membre du jury

Avertissement :
La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mon père, j'aurais aimé que tu puisses être avec nous pour la fin de cette thèse, et même au-delà encore...

Remerciements

À ceux qui savent et à ceux qui ont su, je vous remercie de la protection et du sentiment de sécurité que vous m'avez donnés lorsque j'en ai eu tant besoin.

Je remercie le Professeur Philippe SÉGUR d'avoir accepté d'être mon directeur de thèse. Il m'a offert une réelle chance. Pour moi, il est une véritable source d'inspiration. Depuis ma licence en droit, il m'a donné la possibilité de m'améliorer dans mon travail. Je lui serai toujours reconnaissant, du temps qu'il m'a accordé et des conseils avisés qu'il m'a toujours procurés. Ces années passées à travailler ensemble resteront inoubliables.

Ce travail n'aurait pu être achevé sans le concours de mon jury, qui m'a fait un immense honneur en acceptant d'apporter son regard sur mon travail. Merci à vous du temps que vous m'avez consacré.

Bien évidemment j'ai une pensée toute particulière pour l'équipe de l'Antenne de Narbonne, où j'ai travaillé durant une grande partie de ce doctorat. Je remercie toute l'équipe de leur accueil, à mes débuts. Je remercie Madame Delphine LOUIS-CAPORAL, et Madame Hélène DURAND qui n'ont jamais hésité à me proposer leur aide et leurs conseils durant l'écriture de ma thèse. Également, il m'est impossible d'oublier Monsieur Tiphaine ROMBAUTS-CHABROL, pour qui j'ai travaillé durant ces années. Cela a été pour moi un véritable bonheur et un privilège. J'espère qu'il sait à quel point l'aide qu'il m'a offerte a été précieuse, et la peur que j'ai de ne peut-être jamais pouvoir lui rendre tout ce qu'il m'a apporté.

Mes amis, Alexandre, Scott, Candice et tout ceux qui n'ont pas été là, seulement dans les périodes heureuses. Je ne saurai jamais trouver les mots pour vous exprimer, combien votre présence à mes côtés m'est précieuse. Merci à vous, pour tous ces moments partagés ensemble.

Ces témoignages de ma gratitude seraient bien entendu incomplets, si je ne remerciais pas ma famille, à commencer par ma marraine Nicole PIRON. Elle a toujours eu du temps pour m'écouter, me conseiller, et m'apporter du réconfort dans les temps les plus sombres. J'ai également une pensée particulière pour mon père qui m'a tant transmis. Ton souvenir, jamais ne sera trahi. Enfin, je remercie ma mère. Elle qui m'a encouragé jusqu'au bout et qui n'a jamais cessé de croire en moi, même lorsque je ne pouvais plus. Sa force, elle me l'a donnée.

L'aboutissement de cette thèse, c'est grâce à vous tous.

Principales abréviations

AFDC	Association Française de Droit Constitutionnel
APD	Archives de Philosophie du Droit
al.	Alinéa
art.	Article
ass.	Assemblée
ass. plén.	Assemblée plénière
AJDA	Actualité juridique. Droit administratif
Bull.	Bulletin
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre criminelle
c.	Contre
CA	Cour d'Appel
Cah. Cons. const.	Les Cahiers du Conseil constitutionnel
C. cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
chap.	Chapitre
chron.	Chronique
CIJ	Cour In ternationale de Justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
coll.	Collection
cons.	Considérant
Cons. const.	Conseil constitutionnel
(dir.)	Sous la direction de

Dr. adm.	Droit administratif
éd.	Édition
et al.	Et autres auteurs
etc.	Et *cetera* (Et les autres choses)
fasc.	Fascicule
HS	Hors série
ibid.	Ibidem (dans l'oeuvre citée précédemment)
in	Dans l'oeuvre
JORF	Journal Officiel de la République Française
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	Numéro
Nouv. Cah. Cons. const.	Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel
op. cit.	*Opere citado* (oeuvre déjà citée)
ord.	Ordonnance
p.	Page
pp.	Pages
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question Prioritaires de Constitutionnalité
RDLF	Revue des Droits et Libertés Fondamentaux
RDP	Revue du Droit Public
Rev.DH	Revue des Droits de l'Homme
RFAP	Revue Française d'Administration Publique
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RFDC	Revue Française de Droit Constitutionnel

RFHIP	Revue Française d'Histoire des Idées Politiques
RFSP	Revue Française de Science Politique
RIPC	Revue Internationale de Politique Comparée
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
Sect.	Section
TCE	Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
vol.	Volume

Sommaire

Introduction

Partie 1 La fiction comme renouveau des sources du droit constitutionnel

Titre 1 La fiction pratique employée au sein du droit constitutionnel

Chapitre 1 La fiction constitutionnelle, une remise en cause du réalisme juridique

Chapitre II La fiction constitutionnelle révélatrice des limites du droit des démocraties

Titre II La fiction constitutionnelle, fondation d'un récit à la portée nationale

Chapitre 1 : La fiction constitutionnelle ou la création d'un récit juridique de l'État

Chapitre 2 La fiction constitutionnelle un récit juridique à la volonté fédératrice

Partie II La fiction, une réévaluation des limites de l'esprit créateur du droit constitutionnel

Titre I La fiction constitutionnelle, une modernisation de la croyance juridique

Chapitre 1 La fiction constitutionnelle, une représentation des croyances humaines

Chapitre 2 La fiction constitutionnelle autorisant un nouvel ordre juridique

Titre 2 La fiction d'une constitution sociale révélatrice de la pensée

Chapitre 1 : Les caractéristiques sociales de la Constitution appuyées par la fiction

Chapitre 2 La crédibilité du droit restaurée par la fiction constitutionnelle

Conclusion générale de la thèse

Introduction générale

« Ô imagination, sublime joyau de l'homme, source inépuisable où s'abreuve l'artiste, comme le savant » Franz Schubert, 1824

Par sa nature le droit est considéré comme le réel. Pour autant des notions comme l'égalité ou la justice ne paraissent pas être des éléments identifiables, au sein de la nature. La Constitution reste avant tout, l'œuvre de ses rédacteurs. La valeur contraignante est reconnue par ceux qui ont choisi de s'y plier. La norme suprême semble être le résultat d'une activité de l'esprit. L'introduction de ce dernier élément amène à prendre en considération, l'influence que peut avoir une notion comme celle de la fiction, sur le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel, au travers des valeurs qu'il porte, conduit à se demander si le pouvoir constituant n'a pas cherché à redéfinir les lois naturelles, par des artifices supportés par la fiction juridique. Cette dernière serait mise en place pour défier les contraintes de la réalité. Le droit constitutionnel en intégrant la fiction en son sein, amènerait à la création d'une forme chimérique, jamais pleinement assumée par les juristes, mais pourtant bien présente. Il est difficile de toujours voir dans le raisonnement du juge constitutionnel, les éléments réels du droit et ceux résultant de l'imaginaire, qui au cours des siècles s'est mué en réalité dans l'esprit commun.

La fiction n'est jamais invoquée par le juge constitutionnel. Pourtant elle demeure un élément présent dans son raisonnement, comme nous l'analyserons au travers de cette thèse. La question du contrôle de la création que la fiction engendre sera également analysée. Tout comme le savant, le juge constitutionnel va être amené à créer des concepts, sur lesquels il n'aura pas nécessairement, la pleine maîtrise, sur le long terme. Le présent travail de recherche se propose de revenir sur les rapports du constituant à l'égard de la fiction, laquelle permet au texte constitutionnel une certaine souplesse, nécessaire pour traverser les époques. La Constitution nous le verrons, a une valeur sacrée, ce qui signifierait qu'elle serait inaltérable. La fiction lui conférerait une certaine souplesse, pour atteindre un objectif de durabilité. Il n'est cependant pas question de proposer un catalogage de différentes fictions, qui pourraient être employées. Il s'agirait plutôt d'analyser les logiques qui peuvent animer par exemple le juge constitutionnel, lorsqu'il utilise de façon consciente ou non, la fiction. Sa place au sein de la norme suprême apparaît comme étant révélatrice, de la nature même du droit.

La fiction fonderait d'une certaine manière la législation même. Elle aurait été insérée au sein de la pratique constitutionnelle qui a son tour, influencerait les autres textes inférieurs. Les institutions propres à l'État et tout le travail qui en découleraient, seraient imprégnés par la fiction bien que le droit ne soit censé traiter que du réel. La thématique de notre recherche nous pousse à aborder les différents aspects relatifs à la notion de fiction. L'emploi du terme est polysémique et varie selon le contexte où il est employé. Il n'empêche que la fiction possède une idée dominante, renvoyant notamment à l'imagination. Ce sens prédomine sur les autres et revêt une connotation négative, liée à l'usage de la fiction au sein du monde juridique. La fiction nourrit cependant cette réflexion juridique. Il est cependant nécessaire de la définir clairement, pour démontrer sa pertinence en droit (Section 1). Le positivisme juridique et le réalisme juridique entre autres, excluent l'emploi de l'imaginaire pour accepter le droit dans sa forme la plus pure. L'utilisation de la fiction offre de nouvelles pistes, propres à la pratique du droit constitutionnel. Cet élément permet de justifier notre travail sur la norme suprême qui trouve son existence justifiée en partie par sa longévité (Section 2).

Section 1 La fiction en droit constitutionnel, une notion polysémique à étudier

La présence de la fiction au sein du droit censé traiter du réel, parait antinomique. La fiction dans son appréciation générale semble désigner les œuvres de l'esprit. Dans ce sens, elle est notamment associée à l'imaginaire, lequel nécessite un travail de définition à part entière. Un travail de recherche sur le champ lexical de la fiction et des thèmes qui l'entoure, demeure nécessaire pour justifier de sa pertinence au sein du domaine du droit (I). Comprendre la notion de fiction en s'affranchissant d'une vision généraliste, pour revenir au fondement du mot, tel que les grecs le concevait par exemple permet de mieux apprécier, la nature du lien entretenu par le juridique, avec un procédé que nous pouvions percevoir comme l'apanage des littéraires. Ces appréciations permettent dans un second temps, de réapprécier le rôle du droit constitutionnel, et la valeur à accorder à la norme suprême (II).

I La portée de la fiction au sein du droit

Opposer la fiction à la réalité peut paraître assez simpliste. Les termes de « fiction » ou « imaginaire » qui lui sont souvent associés, semblent méprisés par le discours juridique. Loin d'un simple exercice qui permettrait au conteur de relater des histoires fantaisistes, la fiction peut pourtant se faire également l'écho d'une pensée portée par la réflexion (A). C'est cette réflexion qui à son tour sera déterminante pour la construction de la théorie juridique scientifique. La fiction permet d'apporter au juge certaines solutions, mais il est nécessaire de l'employer avec précaution et surtout parcimonie, pour éviter au discours de perdre en crédibilité. Cet emploi de la fiction dans les matières du droit interroge sur le lien qu'entretient cette discipline, avec la réalité que les normes sont censées présenter (B).

A La fiction juridique comme outil permettant une réflexion

La fiction renvoie à différentes notions qu'il est nécessaire d'aborder, si l'on veut comprendre l'ensemble des sens qu'elle peut recouvrir. La fiction représente une forme de discours à part entière. Son sens présente différentes subtilités, qu'il convient

d'analyser (1). La place de la fiction au sein de l'appareil juridique permet de fonder notre appréhension à l'égard du réel. La fiction se rattache alors au droit, censé être ce réel, mais une telle présentation du droit, donne l'impression que cette figuration est infondée (2).

1- Une approche autour de la signification du terme fiction

La fiction au sein du droit ne constitue pas nécessairement un élément bien perçu. Il est important de s'intéresser à la signification de cette notion, à priori contradictoire avec le domaine juridique, qui tend à présenter le vrai. Pour comprendre la signification du terme fiction en droit, le Professeur Christine Biquet démontre que le mot doit être appréhendé au travers de différents prismes[1]. Le sens d'un mot diverge s'il est abordé d'après le sens commun, ou selon le sens juridique. D'après le dictionnaire *Larousse*, la fiction se définit comme une « création de l'imagination ; ce qui est du domaine de l'imaginaire, de l'irréel »[2]. Une seconde définition ajoute que la fiction désigne « ce qui n'a qu'une valeur, qu'une réalité de convention »[3]. Le recours à la fiction permettrait de déformer la réalité, afin de la simplifier. Le but est de la faire rentrer dans un cadre juridique précis. Ce dernier doit pouvoir être prévu par la loi. L'étymologie du terme « fiction », lui confère une portée artisanale. Le mot vient du latin *fictio*, lequel trouve également son fondement du verbe *fingo*. Il exprime en premier lieu l'idée de « façonner », avant d'avoir une portée plus en lien avec la création de l'esprit. Le verbe *fingo* revêtira l'action « d'imaginer » ou de « forger de toutes pièces ». Il aura également une connotation plus négative, en ayant des allures mensongères qui sous-entendent la volonté de « feindre ». L'étymologie de la fiction renvoie à « la chose imaginée » ou à « l'action d'imaginer ». La fiction représente le produit de l'imagination qui n'a donc pas de modèle au sein de la réalité. Qu'elle soit consciente ou non, cette construction imaginaire a pour fonction d'enjoliver le réel.

La définition juridique du mot fiction implique un cadre bien plus précis. Le procédé vient du latin *fictio juris*. Ce stratagème s'opère grâce à un « artifice de

[1] C. Biquet, « Les fictions en droit », *Fictions Hanyang Law, Reviews*, [En ligne], https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/153816/1/Fictions%20Hanyang%20Law%20Review.pdf, (consulté le 2 octobre 2020), p. 275.
[2] Larousse, « Fictions », in *Dictionnaire Larousse*, [En ligne], http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fiction/33587, (consulté le 2 octobre 2020).
[3] *Ibid.*

technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), 'mensonge de la loi' (et bienfait de celle-ci) consistant à 'faire comme si', à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit[4] ». Par extension si la fiction est contraire à la réalité, alors le droit représente le réel. La règle de droit vient du latin *jus* et correspond au sanscrit *yaws*. Le terme se trouve originellement dans des formules anciennes et revêt une valeur religieuse. Les perses avec le mot *jaos,* lui donneront une connotation sacrée. Les expressions « parjures » et « faux serment » attestent d'ailleurs de ce fait. Il se distingue du *fas*, qui renvoie à une volonté des dieux, qui s'abat sans raison[5].

L'emploi de la fiction offre certaines facilités en ce qui concerne l'application du droit. Par exemple l'enfant conçu peut être considéré comme déjà né, afin qu'il profite de certains avantages, tel le fait d'être considéré héritier. Le Professeur Paul Delnoy explique que par l'intermédiaire de la fiction, le législateur remplace sciemment le vrai par le faux[6]. Le droit n'est donc pas une invention sans défauts. Il est une œuvre de l'esprit des hommes et comme toutes ses inventions, il est imparfait. Des mécanismes sont nécessaires pour pallier à ses éventuelles carences. La Constitution fonde les autres normes du droit au sein de l'État. La fiction semble y occuper une place importante. « Les notions de contrat social, de droit naturel, de nation en sont quelques exemples connus des constitutionnalistes[7] ». Jean-Jacques Rousseau reconnaissait que ce contrat social ne trouvait racine dans aucune réalité historique[8]. Il admettait donc que le contrat social était un subterfuge.

La notion technique de fiction, telle que le vocabulaire juridique la conçoit, la distingue de la présomption légale. Lorsque le législateur fait appel à une fiction, automatiquement il choisit de remplacer la vérité par le mensonge, plus simplement le vrai par le faux. En revanche à partir du moment où il énonce une présomption, le législateur ancre son raisonnement dans la ligne du vrai[9]. La fiction au sein du droit serait l'équivalent d'un véritable Janus. D'un côté le droit serait associé au sacré et donc

[4] Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* (G. Cornu dir.), 8ème éd., PUF, Paris, 2000, p.382.
[5] F. Borella, *Eléments de droit constitutionnel*, Presses de Science po, coll., Références, 2008, p. 51.
[6] P. Delnoy, *Eléments de méthodologie juridique*, Larcier, 3ème éd, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, 2008, p. 273.
[7] P. Ségur, « Droit et littérature. Eléments pour la recherche », *Revue Droit et littérature*, n°1, 2017, p. 110.
[8] J.J. Rousseau, *op., cit*., p. 52. « Les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte, que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet ; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues […] ».
[9] J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, p. 275.

à l'imaginaire, de par les considérations fortes que les hommes choisiraient de lui attribuer. De l'autre, la fiction n'aurait aucun lien avec le droit, qui ne traiterait que du réel. L'imaginaire, permettant d'établir la fiction, renvoie au latin *imaginatio*. Il s'agit de la capacité à créer une image (du latin *imago*) irréelle. Sa réalité n'est qu'apparente et reste fictive. Par ses représentations, le fondement du système juridique s'accommode mal de telles considérations.

Ces modes de désignations méritent d'être intégrés à nos recherches sur le droit constitutionnel. Les notions de fiction ou d'imaginaire auront donc une incidence sur le réel du droit. Les décisions du juge par exemple, peuvent traduire cette situation.

2- Une remise en cause par la fiction, du réel en droit

La légitimité du droit en général se retrouverait amoindrie, par les mécanismes portés par la fiction. Le droit représente l'ordre et la réalité. Cet état reste cependant à relativiser puisque le juge va prendre des distances avec le vrai, si cela peut servir ses objectifs, au nom par exemple d'une logique de vraisemblance[10]. Le Professeur Bergel considère donc comme des fictions, les présomptions remises en question par les faits, qui n'apportent pas de preuves[11]. Cela s'applique aux présomptions irréfragables, auxquelles le législateur ne reconnaît jamais de preuves contraires. Les présomptions réfragables peuvent également être concernées, dans le cas où le législateur réduit volontairement, la possibilité de fournir la preuve contraire. Dans le cas où il est impossible d'apporter une preuve contre la présomption, malgré le fait qu'elle ne soit pas conforme à la réalité, cette présomption est une fiction[12].

La rationalité du système, ainsi que l'adhésion consciente et volontaire à ce système sont liées à l'obéissance et à la soumission au droit. Cette forme d'imaginaire est encore présente dans les organisations politiques, notamment par les notions de légitimité technique, induites par la direction étatique de la société. Pour le droit, il s'agit de véritables obstacles épistémologiques[13]. En vérité cette défiance qu'entretient

[10] V. à nouveau l'exemple de l'enfant considéré comme déjà né et où le juge considère spontanément que le père est le mari de la mère., C. Biquet, *op., cit,* p. 278.
[11] L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de McGILL*, 1988, n°4, p. 362.
[12] C. Biquet, *op., cit*, p. 278.
[13] V. sur ce sujet, G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, coll., Bibliothèque des sciences philosophiques, 12e éd. Paris, J. Vrin, 1983, p. 13 et suiv.,

le droit, à l'égard de la fiction « se situe dans l'évolution séculaire des résistances de l'imaginaire[14] ». Il met en lumière ce que Gilbert Durand présente comme le « paradoxe d'une civilisation, la nôtre, qui, d'un côté a apporté au monde les techniques, sans cesse en progrès, de la production, de la reproduction, de la communication et de l'autre, du côté de sa philosophie fondamentale a fait preuve d'une méfiance iconoclaste (qui "détruit" les images, ou tout au moins les suspecte) endémique[15] ».

La fiction s'apparente à un discours non directement référentiel. D'après Hans Vaihinger, elle reste une démarche de l'esprit qui permet de résoudre des problèmes, pour lesquels aucune autre solution plus efficace n'a pu être trouvée auparavant. La fiction se fonde sur des prémisses, volontairement fausses[16]. La fiction dans un sens général aurait un caractère provisoire. Elle disparaîtrait lorsque la théorie scientifique trouverait une autre solution, qui permettrait de se passer d'elle. Cet aspect temporaire ne se retrouverait pas dans une fiction légale. Le droit laisse une place à la fiction[17]. Cette dernière permet aux juristes de faire preuve d'imagination pour atteindre certains objectifs. L'exemple du lien unissant le droit au juge constitutionnel est assez révélateur. Le juge doit faire un choix en ce qui concerne la manière d'appréhender le bloc de constitutionnalité. Également nous le verrons par la suite, il est souvent nécessaire d'inventer de nouvelles règles pour justifier certaines décisions. La légitimité même du bloc de constitutionnalité peut ainsi être débattue.

En ayant recours à l'imagination, la fiction n'exclut pas la raison juridique pratique. Il est possible de voir apparaître « une nouvelle figure de l'imaginaire, celle que les grecs nommaient *mètis*, par opposition à *thémis*[18] ». La *mètis* ne fait pas directement référence à l'intelligence, contrairement à *thémis*, qui indique une intelligence rigoureuse en lien avec le droit d'une communauté précise. *Métis* permet cependant de désigner une forme particulière d'intelligence. Cette dernière fait appel à des tactiques de ruses, d'astuces, de stratagèmes. Il est également possible d'y voir une

[14] J.-A. Mazères, « Introduction au droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruylant, Bruxelles 2011, p. 4.
[15] G. Durand, *L'imaginaire. Essai sur la science et la philosophie de l'image*, Paris, Hatier, coll., Optiques Philosophie, 1993, p. 4.
[16] Pour la pensée de Vaihinger à propos de la fiction, voir notamment, H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob- System der theiretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menscheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig F. Meiner, 4ème éd, 1920, 804 pages
[17] D. Costa, « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 367.
[18] J.-A. Mazères, « Introduction au droit », *op. cit.*, p. 17.

forme de malice, avec la dissimulation ou même le mensonge[19]. Dans la pensée grecque, l'intelligence est soumise à des épreuves. À l'instar du droit, elle doit affronter le réel. Il n'est plus simplement question d'élaborer un modèle permettant une imitation de la réalité. Entre également en jeu, la capacité de faire preuve d'une certaine souplesse. Elle permettrait de s'adapter à la réalité, sur laquelle le droit a pour destination de s'appliquer. La *métis* occupe ainsi une place importante, du côté de la prudence juridique. Comme l'entend la distinction kelsénienne, elle concerne aussi bien l'interprétation authentique de la jurisprudence, que l'interprétation de la doctrine[20].

Ces considérations amènent à interroger la frontière qui sépare le raisonnement juridique plus calculé, de la simple démarche supposée par l'imaginaire. Dans ces circonstances, le juge se trouverait à la croisée des chemins lorsqu'une décision à caractère juridique devrait être rendue. L'application du droit serait soumise à la valeur que le juge donnerait à la norme. La jurisprudence constitutionnelle serait un manuel d'application du texte fondateur, mais elle reste fondée sur l'expérience du juge constitutionnel et sa capacité à répondre aux problèmes soumis. La fiction remet donc en perspective les limites de la logique du droit.

B Une appréciation de la signification du droit soulevée par la fiction

Le droit est censé désigner la réalité. Dans ces circonstances, lui attribuer des logiques propres au domaine de la fiction devient contradictoire avec sa nature supposée. Le droit ne présenterait qu'un réel supposé par la pensée de l'homme. Il ne serait pas une référence de la réalité effective (1). La fiction finirait alors par avoir une influence néfaste sur l'appréhension faite du réel. La réalité n'inspire plus l'imagination. Au contraire c'est l'imaginaire qui nourrit cette dernière (2).

1- Une connaissance du réel fondée sur l'imaginaire

[19] Sur ce sujet, v. M. Detienne, J.-P. Vernant, *Les ruses de l'intelligence : La mètis des Grecs*, Flammarion, coll., Champs, 1993, 316 pages.
[20] G. Canivet, N. Molfessis « L'imagination du juge », in *La procédure en tous ses états, Mélanges Jean Buffet*, Paris, L.G.D.J., coll., Mélanges, 2004, p.131.

La *métis*, met en lumière, le travail d'imagination nécessaires, pour que les acteurs du monde juridique parviennent à élaborer des fictions en lien avec la réalité. Pour ce qui touche à la fiction et les théories qui la concernent, Otto Pfersmann souligne que ces dernières, « s'intéressent soit à son statut sémantique, soit à sa fonction pragmatique dans un genre communicationnel donné, soit aux techniques stylistiques utilisées en vue de les exprimer. Elles insistent soit sur le caractère artificiel et irréel, soit sur le caractère instrumental de la fiction[21] ». Il considère que la fiction, si elle n'a pas un discours directement référentiel, peut avoir des fonctions pragmatiques variées. « Il en ressort ensuite que le terme de « fiction » peut être utilisé en vue de qualifier des objets qui ne diffèrent pas seulement dans leur fonction pragmatique et leur forme d'expression, mais même dans leur nature sémantique et que l'on ne fait usage de cette qualification que faute de mieux[22] ».

L'imagination se retrouve à la croisée des chemins entre le raisonnement théorique et la solution pratique la plus adéquate. La situation est paradoxale puisqu'elle signifie une opposition ouverte au réel, donc contre la nature même du droit. Il existe une défiance vis à vis de l'imagination. Un usage trop intense pourrait conduire aux rivages trompeurs de l'idéalisme et à l'illusion plus dangereuse de l'idéologie[23]. Par cette appréciation c'est la nature même du droit qui est à réinterroger. « L' idéalisme est l'un des défauts caractéristiques de l'approche moderne du droit, qu'elle soit descriptive et/ou fondamentale[24] ». Seule l'idée prévaudrait et, c'est elle qui construirait la pensée. Le monde réel ne pourrait se construire qu'au travers de la pensée. « nous autres, modernes, vivons dans l'ère de l'exaltation de l'esprit de l'homme dont volontiers on ferait le créateur de toutes choses. On ne peut tout de même pas lui attribuer la création de la matière ou du moins ce sera difficile. Mais on voit en lui la seule source de tout sens et de toute valeur. Et en tout cas on lui attribue le rôle de producteur du droit[25] ». Dans la pensée juridique, le droit est la réalité. Son existence permet la construction du monde. L'utilisation d'une part d'imaginaire dans le droit n'est pourtant pas une situation aussi incongrue qu'il n'y paraîtrait de prime abord, comme le fait remarquer le professeur Jean-Arnaud Mazères. Les notions de droit et d'imaginaire forment

[21] O. Pfersmann, « Les modes de la fiction : droit et littérature », in F. Lavocat (dir.), *Usages et théories de la fiction: Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVIe-XVIIIe siècles*), Presses Universitaires de Rennes, coll. Interférences, 2004, p. 40.
[22] *Ibid*.,
[23] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit,,* p.1.
[24] A. Punzy, « Pour une philosophie réaliste du droit », *Droit et société*, n°71, 2009, p. 69.
[25] M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1968, p. 42.

finalement une association assez déroutante, tant elles paraissent être pour certains des oxymores[26].

Dans ce contexte, l'alliance du droit à la fiction apparaît comme inappropriée. D'après Dworkin, le droit serait le résultat d'une multitude de questions qui se fonderaient sur des faits historiques. Dans cette logique, le seul désaccord rationnel à propos du droit dépendrait d'un désaccord empirique, découlant de ce que les institutions juridiques ont décidé au cours de l'histoire[27]. Selon certains philosophes, le sens du mot « droit » ferait référence à certains critères spécifiques. Le juriste qui dédaignerait, ou remettrait en cause certains de ces critères, commettrait une erreur résultant des multiples contradictions internes. Aujourd'hui encore, il est assez délicat de définir exactement le droit lui-même. Il dépend d'une famille à laquelle de nombreux concepts appartiennent. En 1787, Emmanuel Kant ironisait sur le fait que, les juristes en étaient encore à chercher une définition pour leur concept du droit[28]. Il s'avère que l'interrogation n'a pas encore trouvé de réponse définitive. La question visant à savoir ce qu'est exactement le droit a bien sûr donné lieu à de multiples définitions dévoilées par un nombre, tout aussi important de philosophes du droit. En 1989, une tentative fut lancée par la revue *Droits* pour que le problème soit résolu.

L'idée ingénieuse était de demander à une cinquantaine d'auteurs, de proposer leur conception du droit. Par la suite il aurait été possible de réunir les axes principaux de ces différentes recherches, pour former la définition idéale. Malheureusement beaucoup trop de réponses diverses furent données, rendant la réalisation d'une synthèse impossible[29]. Le doyen Vedel lui-même reconnut la hardiesse de la tâche à accomplir. Bien qu'il y'ait tout autant de désaccord sur la définition finale à retenir, il ressort tout de même certains accords, concernant l'usage du mot « droit ». De manière générale, il se définirait comme l'ensemble des dispositions interprétatives, ou directives qui permettent dans un État déterminé, de régler le statut des personnes et des biens. Il s'attache également à s'occuper des rapports entretenus par les personnes privées ou publiques[30].

[26] J-A. Mazères ; « Introduction générale », *op., cit*., p.1.
[27] R. Dworkin, *L'Empire du droit, op., cit*, p. 32.
[28] V.E. Kant, *Critique de la raison pure*, éd., Flammarion, 3ème éd., coll. GF., Paris, 2006, 749 p.
[29] G. Chrétien-Vernicos, *Introduction historique au droit*, [En ligne], Url : www.dhdi.free.fr/cours/histdroit/hdd1.htm, (consulté le 15 octobre 2020).
[30] S. Braudo, « Définition de droit », in *Dictionnaire du droit privé*, [En ligne], Url : www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit.php, (consulté le 15 octobre 2020).

Cette incapacité pour les acteurs du droit, à présenter par eux-mêmes, une définition précise de leur discipline, amène à expliquer le droit comme une note d'intention, et non comme ce qu'il est de façon effective. En ces circonstances la notion de droit, pour désigner le réel, entraînerait des éléments de suggestions. La fiction employée par les acteurs du système juridique permettrait donc de donner une appréciation du réel, propre aux spécificités du droit. Ces éléments sont d'ailleurs illustrés par la Constitution même.

2- L'influence de la fiction sur l'appréciation du réel en droit

Pour faire suite aux difficultés de définir le droit de façon précise et fédératrice, Gérard Cornu définit le droit comme un ensemble de règles de conduites, socialement édictées et sanctionnées. Ces règles s'imposeraient aux membres de la société[31]. Le droit fonde la capacité de l'État à commander, « au nom d'une certaine conception de la nature humaine et donc de la société humaine[32] ». Boris Stark précise que cet ensemble de règles de conduites régissent les rapports entre hommes. En outre le respect de ces règles est assuré par l'autorité publique[33]. Dans ce sens, l'étymologie grecque du terme « norme », *nomos,* traduit cet état de fait. Il désigne la loi ainsi que l'ordre de l'univers voire du cosmos. Il fait aussi bien référence au divin qu'au matériel et au social.

Christine Biquet observe que la fiction en droit désignerait tout écart entre le droit et la réalité, c'est-à-dire la vérité en droit et la vérité en fait. La fiction juridique interviendrait chaque fois que le droit mettrait de côté ou remodèlerait la réalité[34]. Si la fiction peut s'apparenter à une transcription de l'imaginaire, il ne faut cependant pas confondre imagination et rêverie. La dernière vise à s'affranchir des codes de la réalité et des préoccupations de la rationalité. Jacques Chevallier démontre que celui qui se laisse tenter par la rêverie est soumis à sa subjectivité et à son affectivité. La rêverie entraîne donc la libre association entre des éléments, qui ne posséderaient à priori aucun lien, sans prendre en compte des facteurs comme la logique, la cohérence ou des applications concrètes. Si la réalité est bel et bien présente, elle apparaît comme

[31] Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique* (G. Cornu dir.), 8ème éd., Paris, PUF, 2000, p.312.
[32] F. Borella, *Eléments de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 49.
[33] B. Stark, « Propos sur l'enseignement du droit civil », *Introduction au droit*, Litec, 4ème éd., Paris, 1996, p. 17.
[34] C. Biquet, *op., cit*, p. 276.

fantasmée. Dans ce cas de figure, la raison n'est plus guidée par l'objectivité. Le conteur peut être tenté de laisser ses sentiments personnels l'emporter, ce qui le conduit à altérer la nature de l'histoire en fonction de ses propres envies. Le droit pour sa part doit préserver son aura de rationalité, qui se fonde sur des croyances « profondément enracinées ». Il demeure un ordre sacré et le résultat d'une projection transcendante[35].

« La fiction ne se justifie que par la fin poursuivie. Il ne faut pas en abuser et, de plus, elles sont d'interprétation étroite; il faut en limiter l'application au domaine circonscrit par le législateur »[36]. Le droit constitutionnel apparaît à ce stade, comme le seul élément capable d'endiguer la fiction au sein du droit. La Constitution a créé sa propre juridiction, le Conseil constitutionnel. Il veille au bon respect des règles de la norme suprême. Il y a là un pouvoir de juger bel et bien présent. Toutes les normes sont ainsi soumises à la Constitution. Par ses mécanismes, le contrôle de constitutionnalité permet de s'assurer que la norme suprême prévaut toujours[37]. Dans ce sens, François Luchaire explique que le contrôle de constitutionnalité veille au respect des « normes dont la suprématie s'impose à tous, y compris au législateur[38] ». Le Conseil constitutionnel s'attache à ce que la loi respecte la volonté du constituant. Ici se trouve un désir de respect envers la souveraineté démocratique, bien qu'il puisse sembler contestable[39]. Le Conseil constitutionnel, au travers d'une décision de 1985 a d'ailleurs affirmé que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution[40] ». Comme nous le verrons par la suite, il y a ici matière à réflexion[41].

[35] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », in M. Doat, G. Darcy (dir.*), L'imaginaire en droit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 125-126.
[36] J. Brethe De La Gressaye, M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, p. 151.
[37] B. Mathieu, « Qu'est-ce que la Constitution », *Conseil Constitutionnel*, [En ligne], mis en ligne le 16 juin 2016, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/qu-est-ce-que-la-constitution.16617.html, (consulté le 12 octobre 2016).
[38] F. Luchaire, cité par P.Avril et J.Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2009, p.3.
[39] « Ainsi partout, dans les sociétés primitives, dans les cités antiques, dans les nations modernes, le pouvoir politique est le pouvoir d'un seul ou de plusieurs qui sont plus forts que les autres ; et le principe de la souveraineté nationale sert à masquer la prépondérance d'un dictateur, d'une classe, d'une minorité, quelquefois de la majorité numérique ; mais la suprématie de celle-ci n'est pas plus légitime que celle d'un seul ou de quelques-uns. [...]. Volonté une et collective, souveraineté nationale, souveraineté politique de l État, mots sans valeur, qui ne servent qu 'à voiler la brutalité des faits et l 'arbitraire de la force ». L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2003, pp. 254-255.
[40] Conseil constitutionnel, décision 85-197 DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la nouvelle Calédonie.
[41] V. entre autres sur le sujet, R. Carré De Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1984, 228 pages ; M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in P. Comanducci Paolo & Guastini Riccardo (dir.) *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza*

Historiquement, bien qu'il soit considéré comme le fondement des autres droits, le droit constitutionnel est la dernière branche du droit à être apparue[42]. Désormais, le droit constitutionnel est considéré comme la « matrice[43] » du droit de l'Etat. Marcel Prélot définit le droit constitutionnel comme « l'ensemble des institutions grâce auxquelles s'établit, s'exerce ou se transmet le pouvoir politique dans l'État[44] ».

Ces appréciations, conduisent à présenter le droit constitutionnel, comme une discipline, capable d'établir une synthèse entre ce droit défini par les juristes comme ce qui est réel et la fiction.

II Une redéfinition du droit constitutionnel justifiée par la place accordée à la fiction

La valeur qui peut être accordée à la notion de fiction fait douter de la portée exacte du droit constitutionnel, notamment en ce qui concerne les attributions réalistes, que l'on accorde généralement au droit. La nature juridique est interogée par le prisme de la fiction (A). Certes le droit pour être pertinent à la société, doit s'attacher à une part de réel. Néanmoins, il ne s'agit pas du seul élément qui peut le composer. D'autres peuvent y être intégrés. En cela la fiction juridique moderne, permettrait une simplification des notions du droit, estimées comme trop complexes pour le grand public. Le modèle de la fiction prendrait appui, sur celui du mythe, tel que les grecs le concevaient (B).

A Le droit constitutionnel comme objet de recherche révélateur de la fiction juridique

La Constitution n'a pas toujours eu la même valeur selon les époques. Les mécanismes de contrôle de constitutionnalité sont apparus assez tardivement dans l'histoire française. Dans ces circonstances, la norme suprême a longtemps été considérée comme un long discours, fait de promesses mais sans réelles portées

analitica, Torino, Giappichelli, 2000, pp.131-144. D. Turpin, « Représentation et démocratie », *Droits*, n°6, Janvier, 1987, pp.79-90.

[42] F. Borella, *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 49.

[43] D.Rousseau, A. Viala, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, coll., Pages d'Amphi, 2004, p. 9

[44] M. Prélot, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Dalloz, 1952, p. 32.

effectives. L'acceptation, ou du moins l'emploi de la fiction, réalisé avec plus de spontanéité a pu contribuer à donner un nouvel élan au droit constitutionnel. Ce dernier n'est plus un simple ensemble de textes présentés pour proposer certaines valeurs. Il devient un véritable droit à la portée contraignante à l'image de ceux présentés dans les corpus juridiques (1). Par ces mécanismes, il permet de porter, l'ensemble de l'ordre juridique (2).

1- Sur la fonction du droit constitutionnel au sein de l'appareil juridique

Déjà au début des années 80, Louis Favoreu tenait l'affirmation suivante ; « Le "constitutionnel" est en train de "colorer" progressivement l'ensemble des branches du droit[45] ». De ce fait, si la fiction est bel et bien présente dans le droit, elle doit forcément se trouver au sein même de la Constitution. La norme suprême est élaborée selon une procédure particulière qui fait participer le peuple, ou du moins ses représentants[46]. Il n'est donc pas impossible de songer, qu'au moins une partie de ces personnes aient pu faire usage des fictions, pour établir leurs règles. Dans ce sens, Charles Eisenmann estimait qu'« on ne comprend véritablement et pleinement une œuvre constitutionnelle que si on connaît les mobiles politiques de ses auteurs, les idées politiques dont ils ont poursuivi à travers elle et par elle la réalisation[47] ». L'exemple le plus significatif est peut-être celui présentant la Constitution comme la norme qui assure la prééminence de l'État.

Pourtant le droit constitutionnel intervient dans un espace préexistant. Il revendique un besoin de légitimer un commandement nouveau, mais impulsé par le besoin de rédaction d'une nouvelle norme suprême. Pour ce qui touche à la qualité principale du droit constitutionnel ; « Son trait distinctif réside dans l'intention de faire advenir par des moyens humains – et spécialement par l'exercice de la volonté – l'ordre politique idéal. Il n'y avait pas de « droit constitutionnel » tant que l'on s'en remettait à la volonté divine, ou aux prescriptions de la nature, pour régler la question politique[48] ». La Constitution découle de l'État qu'elle permet pourtant de fonder. « Le droit

[45] L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, p. 235.
[46]B. Mathieu, *op. cit.*,
[47] C. Eisenmann, « L'organisation constitutionnelle du troisième Reich : de Weimar à Potsdam », *Bulletin mensuel jaune*, n°9, 1934, p. 201.
[48] D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, coll., Que sais-je, 2013, p. 3.

constitutionnel est une réponse à une exigence de justice fondant les règles ou normes. La Constitution est alors conçue comme une norme fondamentale constatable, et pas seulement logiquement nécessaire[49]».

Dans ce sens, la Constitution peut se définir comme, « l'ensemble des règles traitant de la forme de l'État et l'organisation des pouvoirs publics[50] ». La Constitution représente selon Bernard Mathieu un acte de souveraineté qui, dans un État démocratique constitue la règle démocratique, qu'un peuple se donne à lui-même. La Constitution que nous connaissons aujourd'hui, celle de la Vème république, a été approuvée par le référendum du 28 septembre 1958, et a été promulguée par le Président de la République de l'époque, le 4 octobre 1958. Pour ce qui est du contenu même de la norme suprême, il est prévu par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen[51]. Une rupture avec les logiques passées est créée, puisque désormais il n'est plus possible de croire à « la limitation du pouvoir et à la sanction des abus de pouvoir par le droit divin, c'est-à-dire par la responsabilité du prince devant Dieu et sa conscience[52] ».

La Constitution possède deux types de règles pour entraver le pouvoir souverain. La première catégorie de règles divise le pouvoir entre des organes spécialisés. Dans un second temps il est nécessaire de créer des dispositions qui prévoient le fonctionnement des droits garantis aux individus. La partie concernant la mécanique des différentes institutions peut sembler être descriptive, en opposition avec des notions comme les fictions, ou l'imagination. Il n'en est rien puisque c'est au travers de ces articles que la Constitution va être définie, en fonction du type d'État auquel elle est censée appartenir. Cela est vrai en théorie. Sous un angle pratique en revanche, la réalité est tout autre, puisqu'un certain décalage peut être observé[53] . Ainsi, « les régimes politiques ne peuvent plus être identifiés par l'analyse de la Constitution en vigueur dans le pays où ils fonctionnent. Les règles constitutionnelles sont une chose, celles qu'observe la vie politique en sont une autre[54]». Au travers de ces textes, la Constitution va déterminer la

[49] F. Borella, *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 49.
[50] C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche,* Paris, Economica, Aix-en- Provence, PUAM, 1986, p. 93.
[51] Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminées, n'a point de Constitution ».
[52] F. Borella, *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* p. 58-59.
[53] M. Polidori, « La notion de Constitution vivante sous l'angle du constitutionnalisme italien contemporain », *Civitas Europa*, 2014, n°32, p.213.
[54] G. Burdeau, « Une survivance la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre,* Sirey, Paris, 1956, p. 53

nature de l'État, s'il s'agit d'un état unitaire ou fédéral, son régime politique ou encore la nature de ses pouvoirs. En revanche, pour ce qui fait partie des règles touchant aux droits des individus, il est déjà plus facile de s'imaginer la possibilité de mettre en place la fiction.

L'écrit constitutionnel va susciter cette fiction, par le choix des mots employés et la connotation qu'ils peuvent posséder. Par le vocabulaire employé, c'est la force contraignante du droit constitutionnel qui va être présentée, mais sans que cela ne paraisse trop explicite. La Constitution fonde l'État de droit, il est donc légitime. Une multitude de discours sur le pourquoi de cet état, passerait pour de la justification. Une explication n'est donc pas nécessaire. La fiction constitutionnelle va servir à illustrer ce fait, au travers de sa rédaction.

2- La Constitution, norme écrite pour légitimer l'ordre juridique

Le texte constitutionnel apparaît comme philosophique, de par sa propension à énoncer des valeurs, des principes et des droits. Ces dispositions sont la source de nombreuses interprétations qui peuvent faire l'objet d'éventuelles fictions. A leur tour ces dernières risquent d'influer sur la conception de lois. La Constitution de la Vème République ne s'arrête pas au texte lui-même et à ses articles numérotés. Le corpus des textes juridiques dépend de cette norme suprême, afin de former le bloc de constitutionnalité. Les principes énoncés dans ces autres documents ont la même importance et la même portée juridique que la Constitution. Ces textes touchent principalement, aux droits et libertés fondamentaux mais il est également permis de découvrir des principes politiques, économiques et sociaux. De cette manière il est possible de trouver dans ce corpus constitutionnel, la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946 et la charte de l'environnement de 2004. Tous ces textes forment un ensemble hétéroclite, de par leurs origines historiques diverses et l'ancienneté de chacun. Il est possible de constater certaines contradictions entre ces différentes législations. Les principes de 1789 sont par exemple inspirés par l'individualisme libéral, tandis que ceux de 1946 sont dûs à une empreinte sociale[55].

[55] B. Mathieu, « Qu'est-ce que la Constitution », *op., cit*, (consulté le 12 octobre 2020).

Il résulte de cette situation, différentes interprétations possibles de ce droit. Bien entendu le principe même de l'interprétation de la Constitution sous-entend certains mécanismes. Après tout l'interprétation d'un texte ne signifie-t-elle pas déjà une une certaine forme de subjectivité ? Le recours à de telles constructions permettrait de faire évoluer le droit, afin qu'il soit plus adapté à la société. Cette démarche s'inscrit cependant dans une quête de la connaissance universelle qui a parfois recours « à une pluralité de méthodes » et admet, « par principe, la validité de points de vue variés[56] ». La Constitution et sa capacité d'adaptation témoignent de ces éléments. Le champ d'action de la Constitution a ainsi profondément évolué, depuis la proclamation de la Vème République. Désormais elle permet de réguler les différents domaines du droit public, comme par exemple le droit administratif, mais elle touche également à des matières de droit privé. C'est le cas notamment du droit des sociétés. Dans cette optique d'élargissement, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel servent à contrôler la constitutionnalité de lois qui touchent les personnes privées que cela soit par le biais du droit civil, commercial ou encore social[57]. Avec un champ d'action aussi étendu, il est possible de comprendre pourquoi la Constitution suscite l'inquiétude, pour ce qui concerne ses méthodes d'application et la fiction potentielle, présente en son sein. Ces techniques peuvent paraître en inadéquation avec l'effort de rationalité, auquel le droit tend à prétendre.

Dans un sens strictement matériel, la Constitution peut se définir, comme un ensemble des normes de production, qui vise à créer des normes générales et abstraites. Il prend place, au sein d'un « ordre juridique donné, car ainsi conçue, la constitution ne peut pas faire défaut à aucun ordre juridique[58] ». Pour prétendre à sa juridicité, la Constitution détiendrait deux types de pouvoir lui permettant d'assurer ses fonctions. Parmi eux se trouverait en premier lieu, le pouvoir *of imperation*. Chez Bentham il s'agit d'un contrôle sur les facultés actives de l'individu, ciblant l'intelligence et la volonté. Une *imperation* permet de lier le souverain à ses sujets[59]. Ici ce qui est visé c'est le mental de l'individu et la faculté que possède une personne à commander un

[56] S. Brimo et B. Defoort, « Préface » de A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, op. cit., p. 3.
[57] B. Mathieu, « Qu'est-ce que la Constitution », *Conseil Constitutionnel*, [En ligne], mis en ligne le 16 juin 2016, Url: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/qu-est-ce-que-la-constitution.16617.html., (consulté le 12 octobre 2020).
[58] E. Georgitsi, « La spécificité de la Ve République et les classifications : une opposition fausse », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n°83, p.547.
[59] J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, Edition John Bowring vol. 2, Edinburgh, 1843, p. 540 et s.

groupe. « La théorie traditionnelle qui considère l'opération d'interprétation comme un phénomène rare dans la vie du droit traduit son attachement à des illusions encore plus profondes […]. L'idée serait que le cours normal du travail jurisprudentiel consiste à appliquer la règle de droit au complexe des faits réputés constants. A un océan de faits répondrait un firmament de normes que le talent du juriste harmonise en un système transparent[60] ».

En opposition à cette pratique, il est possible de citer le pouvoir de *contrectation*. Ce dernier repose sur la force physique et s'intéresse à des facultés passives[61]. A la différence d'un pouvoir sur la psyché qui demande d'accorder une attention particulière envers la personne que l'on cible afin d'assimiler ses réactions, ce deuxième type de pression peut s'appliquer plus rapidement à l'égard d'une multitude d'individus. Dans le privé, il touche à l'accaparation de la propriété. En public il s'agit des forces de polices et de l'armée, qui vont permettre à un État d'imposer sa puissance. Ce second type de pouvoir va particulièrement nous intéresser. Il témoigne du besoin que possède le pouvoir politique de montrer l'étendue de ses capacités. Par des mécanismes proches de l'imagination, le pouvoir de *contrectation* va susciter l'imaginaire de ceux qu'il souhaite gouverner. L'objectif est d'impressionner les gouvernés. La vision de la réalité prévue par le texte constitutionnel revêt une importance cruciale.

Cette réalité va fonder le droit constitutionnel et orienter les décisions qui seront prises par la suite. Néanmoins, la réalité ne peut prétendre à la compréhension universelle. De même, elle révèle des éléments, qui échappent à la perception humaine. Cette situation est problématique, car le droit ne peut porter l'erreur. Par conséquent, la fiction va permettre certaines simplifications, sur des points qu'il serait trop complexe à développer, au sein de la réflexion juridique. Cette démarche rapproche la fiction employée au sein du droit, du mythe tel que les grecs de l'antiquité l'avaient élaboré.

B La fiction juridique contemporaine, héritière des logiques de l'antiquité grecque

L'emploi de la fiction ne permettrait pas de désacraliser le droit. Au contraire il renforcerait son caractère obligatoire. Le juge aurait ainsi à sa disposition, un éventail de technique lui permettant de se rapprocher de l'idée véhiculée par la norme. Il ne

[60] J. Lenoble et F. Ost, *Droit mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, op. cit., p. 73.
[61] J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, *op. cit*., p. 540.

serait plus le tributaire des mots employés lors de la rédaction du texte juridique (1). Le droit constitutionnel finit par revêtir une certaine forme de lyrisme. L'article 2 de la Constitution se présente ainsi, comme une suite de valeurs, répétitives dans leur forme d'expression et leur structuration, dans l'objectif de créer un sentiment d'exaltation. Le droit constitutionnel fait référence à un ailleurs parallèle à celui de notre société. Le pouvoir constituant fonde une part de la réalité prévue par la norme suprême, sur un monde au dehors de notre perception, semblable à celui du mythe grec (2).

1-L'emploi de la fiction pour assurer l'effectivité du droit

La fiction apparaît comme un élément nécessaire, à la fois pour le maintien de la législation qui découle de la norme suprême, mais également pour les qualités du dirigeant. Ces dernières seront entretenues par une forme d'imaginaire collectif. La fiction peut permettre le maintien d'un certain respect teinté de crainte, à l'égard des gouvernants et le droit qu'ils souhaitent prôner. Aux yeux de tous, la domination passe pour un élément légitime. Cette légitimité est prévue par le texte constitutionnel, qui prend historiquement place, avant la création de l'État. En tant que principe d'organisation rationnelle, le droit constitutionnel a occupé une place particulière dans la montée de la rationalité au sein des pays Occidentaux, pendant que les monarchies européennes reculaient. Durant cette période, les démocraties républicaines se développaient progressivement. Il est possible d'écrire que la domination rationnelle-légale remplace la domination traditionnelle. Ce rationalisme semble exclure la fiction du droit constitutionnel, mais pourtant il ne faut pas croire que les éléments constitutifs du pouvoir s'effacent.

En ce qui concerne la question du charisme par exemple, il demeure nécessaire aujourd'hui encore. Cet élément est encore primordial dans toutes les élections politiques et mis en avant par les partis et, par les médias. Il repose cependant sur une part de suggestivité, ce qui exclut une décision de l'électeur fondée sur la seule logique. Le pouvoir pour être soutenu par les gouvernés doit faire appel à une part d'imaginaire, que le droit constitutionnel va invoquer lorsque cela sera nécessaire, notamment par l'intermédiaire du juge. Cette pratique néanmoins va induire de faire appel à des capacités d'imaginations, propres au différents acteurs du droit constitutionnel. Cette situation conduit à des dérives, qui n'ont pas nécessairement leur place dans le domaine

de la fiction, mais qui s'en rapproche car intégrées notamment, à la notion d'imagination.

La rêverie par exemple nuit à la fiction qui se voit assimilée à tort, à une notion qui n'est pas la sienne. L'imagination est un élément considéré, pour de mauvaises raisons, comme en dehors de la réalité. Par conséquent, elle est réputée inutile et donc exclue du raisonnement juridique. Pour un auteur comme Jean-Arnaud Mazères le constat est évident, l'imaginaire est bel et bien présent au cœur de la raison la plus rigoureuse qu'elle hante, telle une âme fantomatique[62]. De la même manière, la raison bride l'imaginaire. Le problème vient des termes « imaginaire » ou « fiction » qui renvoient trop, de par la pensée collective, ou leur référence dans leur sens commun, à des histoires fantasques. Ce champ lexical est relégué à des éléments perçus par beaucoup comme non juridique. Il a pourtant été prouvé que des éléments du même vocabulaire, comme le mythe par exemple, avaient bel et bien leur place dans le milieu juridique. Le terme « mythe » peut revêtir plusieurs sens. Le Centre national de ressources textuelles et lexicales le définit comme un récit qui raconte des faits imaginaires, non relatés par l'histoire. Ces légendes sont transmises par la tradition et mettent en scène des personnages, censés symboliser des forces physiques et des généralités d'ordre philosophique, métaphysique ou social[63]. Par exemple dans la mythologie grecque, la foudre de Zeus, lorsqu'elle s'abat, symbolise la colère divine.

La valeur du récit véhiculée par le mythe se doit avant tout d'être explicative. Sa fonction est d'éclairer et de justifier les péripéties que rencontre l'homme, sur le chemin le menant à son destin. Cela peut également justifier certaines formes d'organisations sociales. Il permet de raconter la façon par laquelle, une réalité est parvenue à exister. Comme le souligne Mircea Eliade, avec le temps, les Grecs ont retiré toute forme de valeur religieuse et métaphysique au mythe. Il s'agit de désigner tout ce qui ne peut réellement exister. Le mythe peut être qualifié de vivant, lorsqu'il propose des modèles de conduite à suivre. De cette manière, il offre des significations ainsi que des valeurs à l'existence[64]. Le mythe est un élément commun à toutes les cultures et toutes les époques. D'abord transmis de façon orale, les différents mythes ont fini d'être racontés

[62] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit,*, p. 3.
[63] CNRTL, « Définition de Mythe », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, [en ligne], Url : http://www.cnrtl.fr/definition/mythe, (consulté le 19 janvier 2016).
[64] M. Eliade, *Aspect du mythe*, éd. Gallimard, coll., Idées, Paris 1963, p.10.

sous formes d'écrits, dont l'histoire a été transformée et enrichie avec le temps et par l'intermédiaire d'autres cultures[65].

Mircea Eliade définit le mythe comme une histoire sacrée, un événement se déroulant aux origines de l'homme. Il s'agit de raconter comment, grâce à des êtres surnaturels une réalité est parvenue à exister. Le *Contrat Social* de Jean-Jacques Rousseau par exemple, présente un passé imagé afin de justifier la relation inégalitaire entre les gouvernants et les gouvernés. La représentation du lien unissant les gouvernants et les gouvernés, repose sur cette société fictive des premiers hommes, fatigués de guerroyer. Nous en venons à ce que Paul Ricœur appelle la « mytho-logique », qui découle de la rationalité du droit et de la crainte qu'il peut susciter[66]. Le mythe peut également désigner une réalité totale, comme le Cosmos par exemple, ou bien une simple partie. Dans ce cas, il s'agit d'une île, un comportement humain, ou bien une institution[67], qui se trouve crée de toute pièce. Pour des auteurs comme Roland Barthes, la notion de mythe se mêle à celle de la mystification[68].

De telles notions intégrées au droit inquiètent. La Constitution s'éloignerait de la vérité, pour permettre de développer un récit, qui conforterait les citoyens dans une erreur délibérée. Néanmoins, il faut également considérer qu'une réalité décrite de façon trop complexe, risquerait de brouiller la lisibilité du droit et sa compréhension.

2- La fiction empruntant une part de ses mécanismes au mythe

Le mythe constituerait un message, un mode de signification. Partant de cet état de fait, tout est susceptible de prendre la forme d'un mythe[69]. Si nous poursuivons cette pensée, le mythe ne trouvera jamais de contradictions, de conflits ou d'éclatements entre le sens et la forme[70]. Cette dimension va au-delà de la simple parole orale, puisque le mythe peut aussi provenir d'écritures ou de représentations, tel que le cinéma, la

[65] *Ibid*., p.13.
[66] « La mythologie juridique a cet avantage sur toute autre d'être une mythologique. Comme la rationalité du droit rejoint dans le mythe les sources de la terreur, en ce point où le Sacré constitue la menace absolue, la conjonction de la Raison et du Danger fait de cette mythologique la plus captative, la plus fallacieuse des mythologies […], P. Ricœur, *Le conflit des interprétations, essais d'herméneutique*, Editions du Seuil, coll., L'ordre philosophique, 1969, p.364.
[67] M. Eliade, *Aspect du mythe, op. cit.,* p. 15.
[68] R. Barthes, *Mythologies*, Paris, édition du Seuil, 1970, collection Points, p.181
[69] R. Barthes, *Mythologies*, *op. cit*., p.181-182.
[70] *Ibid.*, p. 196.

photographie, ou le sport[71]. Roland Barthes remarque que le mythe fonctionne grâce à un double système. Le mythe est fondé sur l'arrivée d'une signification. Elle modifie le sens du signifiant et sa forme. Il est donc possible de trouver un langage objet et un méta langage, c'est-à-dire une conscience purement signifiante et une conscience purement imageante. Le mythe serait donc une valeur qui n'aurait pas la vérité pour sanction. Néanmoins le XVIème siècle a eu des conséquences, sur la manière de percevoir ce mythe.

Le déclin progressif de la culture de l'allégorie à cette époque « longtemps rendue indispensable par la nécessité de tisser des liens, d'homonymiser la culture païenne et la culture chrétienne, libère d'immenses territoires pour la fiction. Les dieux antiques, ne signifiant plus rien, peuvent devenir des personnages de théâtre, d'opéra, de ballet […][72] ». Le mythe progressivement devient un élément constitutif de la fiction. Un siècle plus tard, le développement de la littéralité a eu une incidence sur la délimitation qui séparait la fiction et le réel. « Au début du 16e siècle, un esprit médiocrement cultivé sait que les satyres, les sirènes, les chimères sont des fables ; un siècle plus tard, il en doute. Il peut lire, dans des récits de voyages, dans des traités naturalistes, qu'on en a vu, capturé, disséqué[…]. L'élargissement du monde, de l'expérience et de la connaissance, par les voyages et l'imprimerie, a fait reculer les frontières du possible, pour le meilleur et pour le pire [73] ». Ces considérations sont bien entendu applicables au droit constitutionnel, véritable socle de la réalité. Cette confusion entre le fictif et le vrai, de par le développement du réel, a cependant des incidences sur son mode de présentation.

Comment est-il possible de distinguer le vrai du faux, si les appréciations sont vacillantes, selon les considérations de chacun ? Le droit n'est plus un élément de rassemblement. Il devient l'objet d'un débat sur ce que doit être ou non la réalité. Il est possible de considérer que la fiction juridique occupe avant tout des fonctions d'animation créatrice, semblables à celle du mythe développé par Georges Sorel. Chez ce dernier, le mythe appelle au mouvement, par son incitation régulière à l'action. Il proposerait une idée utopique qu'il serait nécessaire de transformer en réalité, se voulant

[71] *Ibid*., p. 182-183.
[72] F. Lavocat, « Le mensonge dans la cité. Fiction juridique contre fiction poétique », *Raisons politiques*, n°27, août 2007, p. 126.
[73] F. Lavocat, *op. cit*., p. 126.

plus proche possible du désir initial[74]. Ceci pourrait s'appliquer au droit constitutionnel et à la création du texte de loi qui permet d'aboutir à la société, tant désirée par ses rédacteurs. Le droit constitutionnel n'est plus un compte rendu de ce qui est, mais de ce qui devrait être, si les institutions qu'il tend à mettre en place au moment de la promulgation de la norme suprême voient le jour.

Le droit constitutionnel ancrerait donc ses valeurs dans la promesse. Par exemple, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 a mis un terme à la société monarchique de l'Ancien Régime. De la même manière, la Constitution de la Vème république a autorisé par sa rédaction, de matérialiser la vision de la société gaulliste. Néanmoins, il s'agit d'un texte qui est soumis au moment de sa création au référendum, par conséquent, la norme suprême possède une connotation fortement politique, plus encore que d'autres écrits de la législation.

L'ensemble des éléments que nous venons de présenter, nous donnent un premier aperçu de la dynamique qui peuvent animer la fiction et le droit constitutionnel. La fiction serait un moyen pour le pouvoir constituant de présenter la réalité, à la société dans laquelle la norme suprême a vocation à fonder l'état de droit. Ces éléments laissent entrevoir un large champ de recherche lié à notre sujet.

[74] G. Sorel, *La décomposition du marxisme*, éd., Presses universitaires de France, coll., Recherches politiques, Paris, 1982, p. 221.

Section 2 La fiction au sein du droit constitutionnel, un objet de recherche en évolution

Si notre sujet d'étude porte bien entendu sur le droit constitutionnel, il a par conséquent vocation à se concentrer sur sa norme fondatrice, la Constitution. Cette dernière par son écriture utilise différents mécanismes et renvoie à de nombreuses images. De telles pratiques sont nécessaires, car de la crédibilité de la norme suprême va découler l'entièreté du droit d'un État. Il est donc nécessaire de le légitimer au préalable pour empêcher toute forme de débat. Par cet aspect, nous en arrivons à nous demander si la Constitution n'est qu'un « simple » texte juridique parmi tant d'autres, ou si sa portée est plus grande que cela. Il convient tout d'abord d'analyser la part de réel que contient la norme suprême. La Constitution a-t-elle seulement vocation à s'intéresser à ce qui est ? Ou permet-elle également de se concentrer sur ce qui pourrait potentiellement être, dans un avenir plus ou moins proche (I). La dernière hypothèse est cependant inquiétante pour une décision juridique. Une telle approche risquerait de faire basculer l'écrit constitutionnel, dans le domaine de la fiction pure (II).

I Le « réel » comme seul fondement de la Constitution ?

Appuyer l'aspect du réalisme en droit constitutionnel permet de souligner la pertinence de son existence. Il atteste également d'une évolution des mentalités entre les époques. Le réalisme serait l'apanage des sociétés modernes qui souhaiteraient tourner le dos aux vieilles superstitions, propres à l'ancien temps. Il se fonderait sur un esprit prétendument scientifique et rationnel. L'usage de la fiction en droit constitutionnel soulignerait des logiques en mutation, pour le droit constitutionnel. Un nouveau mode de pensée serait en gestation. Le juge constitutionnel traduirait cette particularité (A). De même le droit n'est pas uniquement la réalité. Lorsque cela s'avère nécessaire pour sauvegarder des intérêts particuliers, le juriste est amené à avoir recours à des mécanismes découlant de la fiction. La place de cette dernière va donc être débattue, par la doctrine juridique (B.).

A Une redéfinition du rôle de la Constitution justifiée par la place accordée à la fiction

Si la Constitution a recours aux procédés propres à la fiction, il est nécessaire de s'interroger sur la portée de cette dernière en son sein. De même, le recours à la fiction entraine-t-il nécessairement le détachement du droit à l'égard de la réalité ? Il y a là un risque de se détourner de la volonté du pouvoir constituant originaire (1). L'emploi de la fiction au sein du domaine juridique, fait cependant écho à un lointain passé. Le droit propre aux démocraties découle des grecs de l'antiquité. L'usage de la fiction qui est fait dans ces sociétés, n'exclut pas une application au sein du droit (2).

1-Le risque de justifier le non respect de la Constitution par la fiction

La place de la fiction au sein de l'appareil juridique est à réévaluer depuis quelques années. En effet la crise de la représentation entraîne par exemple des interrogations sur la place à accorder pour certains concepts, défendus par le juge constitutionnel. Ces structures de pensées relèveraient du superficiel, dans le seul objectif d'altérer ce qui est vrai et complexe. « Les trois épisodes de cohabitation […] et le résultat du référendum du traité constitutionnel européen de 2005 fournissent les meilleures illustrations du renoncement à l'esprit démocratique de la Ve République. La société et le corps politique se sont abîmés sur l'autel de la permanence du pouvoir au nom d'intérêts politiques contradictoires. Ici se joue le renoncement au principe de démocratie électorale[75] ». Ces dernières années les différentes contestations sociales ont révélé la défiance des citoyens à l'égard de leurs représentants, alors même que les chiffres de l'abstentionnisme se révèlent être importants lors des différentes élections. Un décalage entre les valeurs prévues par la norme suprême et le ressenti des citoyens, sur la capacité à voir leurs intérêts défendus par l'appareil juridique, est donc perceptible.

Concernant la fiction, le mouvement « Droit et Littérature » entreprend de faire croiser les éléments propres à ces deux disciplines, pour dégager de nouvelles pistes pour la réflexion. « La littérature a ses règles ; le droit, ses fictions. Des ponts sont donc

[75] M. Foucault, « La Constitution de la Ve République va dans le sens du Président », *Titre VIII*, n°1, 2018, p. 20.

à jeter[76] ». Ces deux notions laissent entrevoir plusieurs classements, dont celui d'un droit assimilable à la littérature. Affirmer que le droit constitutionnel puisse faire preuve d'imagination en ayant recours aux techniques de la fiction, n'est pas sans conséquences sur l'ordre juridique. Avant le texte du 4 octobre 1958, la Constitution n'avait pas le même rôle que ce que nous connaissons sous la Vème république. Elle n'était pas autant respectée. Il était plus évident d'avoir recours à la fiction, pour assurer ses principes. La norme offrait par conséquent, des choix de pratiques plus libres. Auparavant la tradition française concédait à la Constitution une portée plus politique que juridique. La portée de son pouvoir ne dépassait pas le droit public[77]. L'emploi de la fiction pouvait donc s'inscrire dans le courant pragmatiste de Hans Vaihinger. Ce dernier justifie l'utilisation d'idées fictionnelles que cela soit sur le plan scientifique que moral. Le pragmatisme s'applique à toute idée en mesure de simplifier, la réalisation d'une action. Dans ce sens, Vaihinger va considérer la fiction comme un stratagème, capable d'aboutir à une fin pratique, ou une action.

Il est cependant nécessaire d'éviter de la transformer en une simple hypothèse, ou en dogme[78]. Ce dernier point est cependant sujet à la critique, puisqu'il est reproché à Vaihinger de ne pas effectuer de « distinction entre la fiction comme utilisée sciemment dans une construction théorique et son utilisation idéologique, elle ne distingue pas non plus entre l'usage cognitif de prémisses fausses et l'usage d'énoncés factuellement faux dans des constructions normatives[79] ». C'est d'ailleurs la notion même d'idéologie, qui parait faire obstacle à l'emploi de la fiction en droit. Ce dernier serait instrumentalisé par la doctrine politique. L'idéologie ne propose qu'un seul système cohérent de représentation et d'explication du monde[80]. Cette justification doit être acceptée sans qu'une réflexion critique puisse être proposée. En ce sens, la doctrine marxiste considère que l'idéologie ne peut représenter un système neutre. Il ne s'agirait que d'un système d'opinion permettant de servir les classes sociales afin de permettre une perception faussée de la réalité[81].

[76] N. Dissaux, E. Filiberti, « Vous qui entrez ici… », *Revue Droit et littérature*, n°1, 2017, p.3.
[77] B. Mathieu, « Qu'est-ce que la Constitution », *op., cit*, (consulté le 12 octobre 2020).
[78] H. Vaihinger, *La philosophie du comme si*, Paris, Edition Kimé, 2018, p. 150.
[79] O. Pfersmann, « Les modes de la fiction : droit et littérature », *op. cit*., p.43.
[80] L'idéologie et le mythe sont finalement assez proches l'un de l'autre, puisque le mythe se définit également comme une explication permettant de justifier le monde.
[81] Sur le sujet voir notamment, R. Sobel, « Idéologie, sujet et subjectivité en théorie marxiste : Marx et Althusser », Revue de philosophie économique, 2013, pp.151-192.

Comme l'écrivait Mallarmé, « Le moderne dédaigne d'imaginer[82] ». C'est une vérité qui reste effective aujourd'hui encore, notamment dans la pensée juridique. Jean-Arnaud Mazères n'hésite pas à déclarer que, la réflexion propre aux juristes repose sur des prétentions modernes, ou même post-modernes[83]. Il est possible d'y trouver une volonté de mettre en garde les lecteurs, contre cette habitude de faire appel à l'imaginaire, pour résoudre des situations problématiques. Le droit naturel pour sa part, va au-delà de ce que la norme prévoit. Il met en place des valeurs innées, inaltérables, valables en tout temps et tout lieux bien qu'aucun moyen ne permet de les faire respecter ou de les prévoir. Le jusnaturalisme s'attache à prouver que l'imaginaire est bel et bien présent dans le droit car il ne peut en être autrement pour assurer certaines garanties aux citoyens.

Le droit aurait besoin d'avoir recours à des artifices pour répondre aux attentes de la société. Le juriste ne pouvant toujours justifier son raisonnement de manière réaliste, est obligé de faire appel à certaines images. Elles lui permettent de rendre sa pensée évidente. Sans cela, comment serait-il possible d'espérer une relation sereine entre gouvernants et gouvernés, par exemple ? La notion d'imagination trop vulgarisée, a créé des à priori à son égard. Fiction et réalité ne sont pas deux notions nécessairement incompatibles. Le réalisme juridique, tend néanmoins à écarter la fiction, pour ne laisser place qu'à la seule « rationalité »[84]. La réalité imagée sur laquelle repose la majorité des théories à propos de l'État de droit, pose tout de même des difficultés. Elle entre en contradiction avec l'esprit dans lequel, le droit a été ancré et ce de manière encore plus forte, actuellement. Très souvent, le juridique est rattaché à des nécessités de logique et de rationalité. Son élaboration se fonde sur l'exactitude et la précision. Il est surprenant que les législateurs aient recours à ce genre d'artifices.

Afin de justifier certaines de ses décisions le juriste ferait « semblant », ce qui reviendrait à appliquer le droit à un monde fictif où l'ensemble des éléments de notre réalité n'auraient pas leur place. Si le droit devient une émanation de l'imaginaire, alors il s'apparenterait à un phénomène psychologique. Il constituerait une représentation plus ou moins consciente, faite par la société des hommes. De même elle aurait une

[82] S. Mallarmé, *Igitur*, *Divagations, Un coup de dés*, éd., Gallimard, coll., Poésie, Paris, 2003, p. 179.
[83] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit*, p. 1.
[84] V. notamment sur ce point M. Troper, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Léviathan », 2001, 334 p.

incidence sur l'image du dirigeant[85]. L'idée s'est progressivement imposée dans les esprits. « Dès la fin du XIXe siècle, des juristes allemands, intéressés par le développement des autres branches des sciences humaines, ont cru voir dans la psychologie le possible fondement du positivisme juridique. L'idée était la suivante : le lien de droit tel qu'il existe, par exemple dans le contrat, devait nécessairement connaître une transcription au plan du psychisme individuel. En somme, la réalité positive concrète du droit pouvait être analysée comme réalité psychologique[86] ». Le positivisme juridique devenait ainsi le positivisme psychologique. Les éléments de l'ordre du réel et ceux de la fiction, relèveraient de la perception que chacun se fait d'un élément. Le positivisme juridique s'attache à accepter le droit tel qu'il est avec ses imperfections. Si la fiction doit y prendre place, ce n'est pas pour compenser certaines carences.

Cette vision proposée par le positivisme juridique, invite à s'interroger sur l'espace qu'occupe la fiction au sein de l'univers juridique. Il nous faut nous interroger sur ce qu'elle peut apporter à la norme suprême, et au droit constitutionnel dans son ensemble. Comment la fiction peut-elle être exploitée, pour servir au mieux la logique juridique, sans la dénaturer.

2- La fiction au sein du droit constitutionnel, une continuation du mythe, pour pallier les lacunes du réel juridique

L'intégration de la fiction dans la réalité juridique n'est pas le résultat d'une nouveauté mal avisée. Au contraire cette union remonte au temps de l'antiquité grecque. Le Professeur Jean-Pierre Vernant rappelle que les Grecs anciens se sont attachés à concéder que le monde de l'imaginaire, les images qu'il véhicule et l'imagination possèdent une part de réalité, donc de logique[87]. La fiction traduit l'opposition « entre le monde des apparences, c'est-à-dire le monde sensible du devenir dans lequel nous vivons et auquel nous sommes confrontés […] un autre monde, complètement différent

[85] Rappelons nous cette phrase de Castoriadis pour souligner l'importance de l'imagination dans la souveraineté du dirigeant : « C'est que *l'imago* d'un leader ne joue plus le rôle qu'elle jouait », C. Castoriadis, *Guerre et theories de la guerre. Écrits politiques, 1945-1997*, tome VI, Paris, Éditions du Sandre, 2016, page 57.

[86] C. Pollman et H. Rabault, « La fonction psychique du droit : L'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et société*, n° 50, 2002, p.122.

[87] J-P. Vernant, « Figuration et Image », in *Métis. Anthropologie des mondes grecs anciens*, vol. 5, n°1-2, 1990, p.232.

qui est le monde que les Grecs appellent la vérité, ou la réalité. Et ce monde, lui, ce n'est plus un monde changeant, mouvant […]. C'est un monde de notions stables. C'est le monde de l'intelligible[88] ». Ce dernier renvoie à une certaine forme de permanence, permise par le droit qui représente le réel. La fiction introduite au monde juridique permettrait donc de traduire certains besoins de la société, qu'il serait nécessaire de retranscrire au sein de la législation. Lorsque les dieux grecs apparaissent aux hommes, leurs formes sont celles d'êtres humains, de sexe masculin ou féminin.

C'est notamment le cas dans l'*Iliade* ou l'*Odyssée* d'Homère, quand Athéna apparait à Ulysse avec un corps humain. Jean-Pierre Vernant fait référence aux mots provenant de la famille grecque de *l'eidôlon*. Ce terme sert à désigner un second objet, identique en tout point à un autre, à quelques détails près. En somme, l'idée est de faire semblant en simulant l'aspect extérieur de ce que le dieu grec veut reproduire. Le droit est une œuvre de l'esprit qui retranscrit l'ordre donné par les dirigeants, afin de contraindre à certains comportements précis. Une nouvelle fois, au moment où Athéna souhaite parler à Télémaque dans l'*Odyssée*, elle prend l'apparence et la voix de Mentor pour le guider[89]. De la même manière dans l'*Iliade* lorsqu'elle entre en contact avec Hector, elle prend cette fois ci les traits de Deiphobe pour se faire entendre[90]. D'une façon similaire, la fiction comme le droit, se manifestent en tentant d'imiter le réel, tout en permettant certaines manipulations, qui alternent la nature originelle de l'objet.

La législation va permettre d'instaurer certains rapports entre les gouvernants et les gouvernés, en créant un rapport de force. Dans cette logique de simulation et d'imitation, Jean-Pierre Vernant fait remarquer que les Grecs sont aussi des précurseurs en matière de fiction. Ils ont contribué à la mise en place d'une autre forme d'œuvre littéraire : le spectacle dramatique. L'aspect nouveau de ce type d'histoire repose sur le fait de rendre présent aux yeux du public les événements « fictifs » relatés[91]. « Dans le monde universitaire, la connaissance discursive s'énonce sur le mode de la distanciation et de la rationalité objective. Cependant, ce n'est pas le seul mode d'appréhension de la réalité. Le savoir demeure ouvert à la perception intuitive, à la sensibilité, à la communication émotive ou encore à l'imagination[92] ». Si nous souhaitons poursuivre cette logique pour l'appliquer au monde juridique, il serait possible de considérer le

[88] Propos de J.-P. Vernant, au cours d'une interview radiophonique, « Jean-Pierre Vernant : L'Homme grec », *France culture*, émission hommage, 14 janvier 2007.
[89] H. *Odyssée*, Chant II, vers 267, éd., Gallimard coll. Folio classique, 1955, Paris, p. 52.
[90] H. *L'Iliade*,Chant XXII, vers 227, éd., Seuil, Paris, 2010, p. 460.
[91] J-P. Vernant, *op., cit*, p.231.
[92] P. Ségur, « Droit et littérature. Eléments pour la recherche », *op. cit.*, p. 117.

Parlement comme une autre forme de théâtre. L'Assemblée nationale viendrait traduire la réalité du droit, pour créer une législation adaptée. Toute l'action se déroule sur une scène ce qui autorise le spectateur à admirer la reproduction de la réalité. Dans ce sens, « le droit, dans ses fondements, repose sur des *comme si*, sur des fictions nécessaires à produire une cohérence pour avoir un point de vue sur la société et lui donner un ordre[93] ». Sous sa forme juridique le « comme si », peut désigner une « emprise de la norme sur des cas nouveaux par la négation ouverte de la nature réelle de ces cas[94] ».

La fiction et le droit constitutionnel entretiennent des similitudes, grâce à ce besoin de se construire au sein d'une même continuité héritée du passé. Dans ce sens, « le « comme si » juridique au service de la sauvegarde d'une architecture et de valeurs agit comme celui de l'autofiction littéraire qui permet le récit autobiographique travaillé par la nécessité de la culpabilité[95] ». Les textes qui en découlent doivent donc faire échos les uns aux autres, d'après des normes évolutives qui s'inscrivent dans un espace précis. « Les lois, de fait, apparaissent alors comme discutables et donc relatives puisqu'elles peuvent être tantôt acceptées, tantôt transgressés, tantôt détournées. Alors que le droit a en principe pour fonction d'être une sorte de ciment social[96] ». Dans cette même logique, à l'échelle de la Constitution, la fiction permet d'établir une certaine forme de compréhension sur les rouages de l'appareil étatique liés à la norme suprême. Elle offre des cas concrets, qu'il va être possible d'analyser. De nouvelles valeurs vont émerger. La fiction permettra alors de relever, les contradictions propres à la norme suprême. S'ouvre alors une crise, qui implique les règles juridiques fondamentales. « L'essentiel est en effet de montrer que les lois sont interprétables en faisant naître des héros et en construisant des intrigues destinées à les mettre en débat[97] ».

Il est ici question de *mimêsis* pour représenter ce qui a été vu. Il faut également ajouter la notion de *phantasia* qui désigne ce qui n'a pas été vu. Il est donc nécessaire de comprendre que lorsqu'une histoire est racontée il y a un risque, celui de faire appel à l'imagination pour combler les trous de l'histoire, mais également ses éventuelles incohérences. Jean-Arnaud Mazères observe qu'au sein du monde juridique l'imaginaire ne cesse de résister. Ce mode de pensée faisant intervenir l'imagination, parvient à

[93] C. Biet, « Droit, littérature, théatre, la fiction du jugement commun », *Raisons Politiques*, n°27, 2007, p. 91.
[94] O. Cayla, « Le jeu de la fiction entre comme si et comme ça », *Droits*, n° 21, juillet 1995, p. 5
[95] S. Travers de Faultrier, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *Raisons Politiques*, n°27, août 2007, p. 109.
[96] C. Biet, « Droit, littérature, théatre, la fiction du jugement commun », *op. cit.*, p. 94.
[97] C. Biet, « Droit, littérature, théatre, la fiction du jugement commun », *op. cit.*, p. 94.

s'introduire dans la pensée du droit. Il y a sa place, puisqu'il permet de faire évoluer le droit contemporain[98]. Le droit a donc besoin de la fiction pour parvenir à imposer son pouvoir au sein de la société. Comme l'écrivait Nietzsche « le droit n'est pas ennemi de la vie[99] ». Dans ce sens, Nicole Loraux explique que, le réel est seulement dans le texte[100]. Il donne à entendre ce qui est imperceptible. « L'état des personnes tel que le droit en dessine les contours illustre cette activité « paysagiste » ou architecturale du droit qui tout à la fois assigne au réel une visibilité médiatisée par le regard juridique et impose aux personnes un modèle à mimer[101] ». Le fait d'énoncer cette réalité pour le droit n'est pas forcément bien acceptée. Elle implique de nombreux sous-entendus.

Le statut de la fiction interroge la nature réelle du droit, qui ne serait pas le réel, mais une simple imitation. D'une façon plus néfaste, le droit usurperait la place de cette réalité. Dans la continuation de cette logique, le pouvoir constituant tenterait par la rédaction de la norme suprême, de créer une nouvelle véracité. La fiction inquiéterait le juriste, car elle amènerait à s'interroger sur le statut du droit. Pour autant nous allons voir qu'il est possible de voir ces deux notions s'entremêler.

B La fiction au sein de la logique juridique, une place débattue

Ce postulat de la fiction et de la réalité, intégrés à la structure juridique semble indiquer que l'une des deux notions, doit forcément céder sa place à l'autre. Les deux valeurs paraissent pourtant complémentaires. La fiction permettrait ainsi, de mieux expliquer le réel, au travers des normes et des décisions judiciaires (1). Il n'est pas simplement question de savoir si la fiction est oui ou non présente, dans les logiques juridiques. Si elle est présente il est nécessaire d'interroger son degré de présence. Il est également important de vérifier que le juge ne nie pas sciemment la réalité, pour la remplacer par la fiction (2).

1-Une réévaluation du rôle de la fiction, comme outil pour rendre compte du réel

[98] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit,*, pp. 1-2.
[99] F. Nietzsche, *Par delà le bien et le mal. La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, coll., Œuvres philosophiques complètes, 1971, p. 107.
[100] N. Loraux, *Façons tragiques de tuer une femme*, Paris, Hachette, 1985, p. 10.
[101] S. Travers de Faultrier, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *op. cit.*, p. 110.

Il est difficile de nier que la fiction soit bel et bien une composante du droit. Pourtant, la méfiance à l'égard de ce qui est inventé provient de son procédé, finalement assez aléatoire, et qui dépend de l'inspiration de chacun. En outre, la fiction intervient dans un domaine censé récompenser la recherche de vérité[102]. Selon les époques la fiction sera étudiée en droit, de façon différente par les chercheurs. L'idée d'un droit pouvant présenter un caractère fictif, que cela soit pour lui-même, ou juste pour certaines de ces applications, peut être attribuée à Jérémy Bentham[103]. De façon plus prononcée, la doctrine romaniste allemande par l'intermédiaire d'un auteur comme Friedrich Karl von Savigny, n'hésitait pas à qualifier de fictive, la personnalité juridique des êtres collectifs[104]. Selon Savigny cette personnalité juridique était nécessaire pour appuyer le droit. Dans ce sens, les jurisconsultes romains n'avaient pas plus d'individualités, que les choses fongibles[105]. Pour cette raison, ils s'abstinrent de créer un code, qui n'aurait été qu'un artifice destiné à stopper, « le développement intrinsèque du droit[106] ». Le droit constitutionnel aurait dans ce sens, vocation à figer la pensée du juge, par l'intermédiaire de l'écrit de la norme suprême. Sur cette notion d'écrit, des auteurs comme Gérard Genette[107], Käthe Hamburger[108] ou Erich Auerbach[109], ravivent par ailleurs chez la fiction une dimension aristotélicienne. La réévaluation de la fiction chez les juristes se fera en parallèle de la vision que les littéraires en proposeront.

Käthe Hamburger présentera la fiction comme étant essentiellement une question de genre littéraire, qui serait signalé par une forme d'énonciation spécifique, qui la distinguerait de toute autre. Certains signes textuels seraient propre à la fiction, ce qui

---

[102] A-B. Caire, *Les fictions en droit, Les artifices du droit : les fictions*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand, coll., Centre Michel de l'Hospital, Clermont Ferrand, 2015, p. 13.

[103] Sur le sujet voir notamment, J. Bentham, *Théorie des fictions*, Association freudienne, coll., Le discours psychanalytique, 1997, 347 pages.

[104] Sur le sujet voir notamment, G. Mitsopoulos, *Le Problème de la notion de fiction juridique*, Athènes, Académie d'Athènes, coll., Centre de recherche sur la philosophie grecque, 2001, 257 pages.

[105] F.- C. Von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, p. 30.

[106] *Ibid*., p. 33

[107] G. Genette, *Fiction et diction*, Paris, Seuil, coll., Poétique, 1991, 150 pages. Genette reviendra sur ses propres considérations et les réévaluera, quelques années plus tard : « La distinction entre fiction et diction, que j'ai proposée voici quelques années, suggérait que la « littérarité » d'un texte de prose peut tenir soit à son caractère fictionnel (un texte de fiction étant constitutivement – autrement mais tout autant qu'un poème – qualifié comme œuvre littéraire), soit à l'appréciation positive qu'on porte, pour le redire trop simplement, sur sa forme : littérarité, dans ce cas, évidemment conditionnelle, et de motif subjectif – de subjectivité individuelle ou collective. Dans mon esprit, une œuvre était « de diction » lorsqu'elle n'était reçue comme œuvre (conditionnelle) que par diction, sans avoir d'abord satisfait au critère objectif et constitutif – poétique ou fictionnel ». G. Genette, « Fiction ou diction », *Poétique*, n°134, 2003, p. 131.

[108] K. Hamburger, *Logique des genres littéraires*, Paris, Seuil, coll., Poétique, 1986, 312 pages.

[109] E. Auerbach, *Mimésis, la représentation de la réalité dans la littérature occidentale*, Paris, Gallimard, coll., Tel, 1968, 560 pages.

nous permettrait de la reconnaître immédiatement, sans qu'il n'y ait besoin d'avoir des informations liées au texte ou à son auteur. Ainsi, « en art l'apparence de la vie n'est pas produite autrement que par le personnage en tant qu'il vit, pense, sent et parle, en tant qu'il est un Je. Les figures des personnages et des romans sont des personnages fictifs parce qu'ils sont comme des Je, comme des sujets fictifs. De tous les matériaux de l'art, seule la langue est capable de reproduire l'apparence de la vie, c'est-à-dire de personnages qui vivent, sentent, parlent et se taisent[110] ». Si l'on étend ces éléments aux considérations du juriste, l'écrit juridique se doit donc d'être maîtrisé pour revêtir l'apparence de la réalité, de façon pertinente.

Pour Auerbach, ce n'est pas tant la question de reproduire au travers de la fiction, la réalité de la vie quotidienne qui prévaut, mais plutôt la capacité de le faire avec sérieux[111]. Ce sérieux, c'est ce qui va animer la réflexion des juristes. Notamment lorsque le droit est amené à rendre compte du réel, au travers de la rédaction des normes. Cependant, comment reconnaître le sérieux de la fiction, lorsque sa notion est galvaudée lors du processus de réflexion de ces mêmes juristes ? Comment lui reconnaître une pertinence, lorsqu'elle pourrait servir à la rédaction des écrits de la Constitution ? Ce sont les anciens juristes tels que Jérémy Bentham qui ont donné à la fiction une connotation ouvertement négative, l'associant pratiquement à de la pure fantaisie. Chez les modernes, elle est traitée avec une certaine bienveillance. L'évolution de la littérature est un indicateur de l'évolution du regard, qu'il est possible de porté sur la notion de fiction. La fiction est un outil pratique, qu'il serait dommage d'assimiler seulement à des récits sans fondements, racontés pour susciter l'imagination.

Jerémy Bentham pour exemple, parait être le plus critique sur l'emploi de la fiction au sein du droit. Ses travaux sur le sujet sont le reflet de leur époque et traduisent le malaise, qu'il résulte à utiliser des procédés artificiels, pour traiter du vrai, à savoir le droit. Néanmoins, ces présomptions demeurent, puisque certains auteurs remettent toujours en cause, l'utilité des fictions dans les différents domaines du droit. Boris Starck va même jusqu'à présenter la fiction comme l'antithèse de la présomption. Selon lui le problème viendrait du fait que, la fiction ne reposerait pas sur la vraisemblance et qu'elle se permettrait de tourner le dos à la réalité. C'est en refusant catégoriquement l'évidence, que la fiction s'autoriserait à imposer la solution qui lui conviendrait le

[110] K. Hamburger, *Logique des genres littéraires*. Paris, Seuil, 1986 p. 72.
[111] E. Auerbach, *Mimésis, la représentation de la réalité dans la littérature occidentale, op.cit*., p. 409.

mieux[112]. En d'autres termes, on adapterait les faits à la théorie et non pas la théorie aux faits. Boris Stark finit par déplorer l'usage de la fiction dans le droit car, cet usage a longtemps été présenté comme un procédé artificiel ou tout simplement inutile.

La finalité liée à l'emploi de la fiction questionne. La fiction serait assimilée à un élément dérisoire, au sein de l'appareil juridique. Par la fiction, c'est l'effectivité du droit qui serait interrogée, de même que sa capacité à n'exister que grâce au savoir faire de ses créateurs.

2- La fiction en droit, un procédé pour remplacer le réel ?

Une question qui revient fréquemment est celle visant à s'interroger sur la raison pour laquelle il est nécessaire de se tourner vers la pratique de la fiction, alors que le législateur est libre de créer son propre droit. Cette volonté de dénier la fiction au profit d'un droit purement pragmatique et réaliste, se justifie surtout par le besoin de présenter le droit, comme un ensemble cohérent et rationnel, protégeant la population de l'arbitraire. Il est reproché de faire valoir l'incapacité de l'esprit à créer directement des schémas nouveaux. L'esprit préfère alors se cantonner à la facilité. Il associe une réforme, à un parcours intellectuel déjà connu[113]. Le recours aux fictions reviendrait à privilégier la facilité. Or, le réalisme ne serait pas nécessairement une solution plus avantageuse et plus en adéquation, avec les grands principes ayant trait à la discipline du droit. Mais l'évolution de la fiction au sein de l'histoire juridique a démontré la pertinence de son emploi.

Les mécanismes de la fiction et la logique qui en émane, permet d'étendre leur champ d'action à des entreprises beaucoup plus sérieuses, tel que le droit. Il ne faut pas omettre certaines réalités. L'usage de la fiction a évolué, avec les changements propres à la culture des hommes. Le XVIème siècle a altéré certaines pratiques. Le déclin de la culture allégorique « rend possible le développement d'une lecture littérale, qui dégage la fiction de l'obligation, mais aussi du privilège, de signifier un plus haut sens[114] ». Progressivement, avec l'expansion de la littérature, la fiction a finit par revêtir à tort, une connotation plus triviale. Dans le domaine juridique, ce concept de fiction est perçu

[112] B. Stark, *Introduction au droit*, Edition Litec, 4ème édition, Paris, 1996, p.138.
[113] B. Stark, *Introduction au droit*, *op., cit*, p.138.
[114] F. Lavocat, « Le mensonge dans la cité. Fiction juridique contre fiction poétique », *Raisons politiques*, n°27, août 2007, p. 126.

comme trop imprécis, simpliste ou encore enfantin. Le recours à la fiction a souvent été dénigré, tout autant que ceux qui en usait. Il est possible de citer la formulation de Gaston Jèze qui, lorsqu'il eut à commenter la note complexe du Doyen Hauriou à la suite de l'arrêt *Lafage*, se contenta d'écrire, non sans un certain dénigrement : « je ne vois que des mots et des images…»[115]. Cette remarque souligne la complexité de la fiction juridique, à s'imposer dans la science juridique.

« Dans le langage des juristes, l'expression "science juridique" ne dénote rien de plus que le travail des juristes eux-mêmes […] : la « doctrine » ou la « dogmatique », si on préfère. Évidemment, en disant cela, les juristes cherchent à accréditer leur travail comme une authentique entreprise scientifique, c'est-à-dire – il faut le présumer, à la lumière de la conception moderne de la science – purement descriptive : ni évaluative, ni prescriptive[116] ». Au sein du discours de la théorie générale du droit, l'expression revêt cependant un sens différent. Il ne s'agit plus de la pratique effective des juristes, mais un modèle de connaissance, qui est en partie assimilable à la dogmatique présente[117]. Seuls quelques courants théoriques présentent la science juridique, comme une science « pratique ».

Le discours ne serait plus cognitif, mais prescriptif. Nous pouvons citer sur le sujet, les exemples de Gustavo Zagrebelsky[118] et Luigi Ferrajoli[119]. Les deux ont néanmoins des visions différentes. Zagrebelsky estime que la fonction de la science juridique est de présenter une solution juste, propre à chacun des cas concrets qui seraient présentés. De son côté, Ferrajoli explique que l'objectif de la science juridique est de guider la législation, en exposant les défaillances et les incohérences du système. Guastini précise cependant qu' il est « impossible, ou simplement irréaliste, de tracer une distinction nette entre le langage du « législateur » et le langage des juristes : ils sont sujets à un processus osmotique continu. Le discours des juristes, à bien y regarder, ne « porte » pas « sur » le discours des autorités normatives au niveau du métalangage, en tout cas pas toujours : bien plutôt, les juristes modèlent et enrichissent

[115] G. Jeze, note sous l'arrêt *Lafage*, *RDP*, 1912, p. 291.
[116] R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus* [en ligne], n°19, 2013, URL: http://journals.openedition.org/revus/2511 #ftn32, (consulté le 17 avril 2021).
[117] J. Bentham, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. 1, Londres, W. Pickering, 1823, p. 293.
[118] G. Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, Paris, Economica, coll., Droit public positif, 2000, 153 pages.
[119] L. Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, (vol I.), Laterza, 2007, 1031 pages.

continuellement leur objet d'étude, comme un violoniste qui introduit des notes apocryphes dans la partition qu'il exécute[120] ».

Jean-Arnaud Mazères souligne qu'au sein de la réalité juridique dominante, un élément tel que l'imagination possède une mauvaise réputation. Il prend l'exemple de Thémis, la déesse grecque de la loi qui ne rêve pas, car elle se concentre sur les faits[121]. Dans cette logique, l'image de la balance qui sert à peser les prétentions des deux parties au procès, semble indiquer que le droit et la justice offrent une plus grande place à la réalité et aux calculs. Ainsi, des concepts plus abstraits comme l'imagination, sont quant à eux mis de côté. Le droit, comme l'explique Christine Biquet, est le résultat d'une construction. Il fait appel à des techniques représentées par ses concepts, ses classifications et bien entendu ses règles[122]. Le droit connu pour sa rigueur et sa rigidité ne peut se permettre, selon certains auteurs ou juristes, de tolérer des procédés qui font appel à des images, encore moins des rêves ou à une échelle supérieure des rêveries[123].

L'héritage littéraire de la fiction, l'empêche d'intégrer pleinement, le domaine du rationnel. Par ses prétentions à vouloir régir le monde que nous connaissons, caractérisé par son besoin de réalité, le droit ne peut se contenter d'être un instrument imaginaire. Il doit exister, ou du moins en donner l'impression, en prouvant qu'il est capable d'une certaine rationalité. Dans cette optique, il ne peut être toléré de laisser au juge ou au législateur, la capacité de changer les principes juridiques, au rythme de leur imagination. Cela sous-entendrait une altération constante de notre réalité juridique. Le réalisme juridique fait ici référence aux multiples approches du droit, qui se caractérisent principalement par leurs oppositions aux conceptions métaphysiques, intervenant dans la définition du droit ou la description de son contenu. Les premiers travaux dans le domaine tendent à refuser une vision idéalisée du droit[124]. La doctrine française qui semble se rapprocher de cette vision, est celle de l'École de Bordeaux[125]. Elle incarne l'un des nombreux courants objectivistes qui perçoivent le réalisme comme une approche sociologique du droit. Seule cette approche permettrait d'insister sur des

[120] R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini », *op. cit.*, (consulté le 17 avril 2021).
[121] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit,* p. 1.
[122] C. Biquet, *op., cit*, p. 276.
[123] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit,* p. 1.
[124] E. Millard, « Réalisme », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2003, p. 1297.
[125] V. pour exemple, L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. La Mémoire du Droit, 2ème édition, coll. Bibliothèque Léon Duguit, Paris, 1999, 220 pages.

faits objectifs, comme l'existence de normes sociales. Cet outil permet au juriste et au législateur de reconnaître et respecter ces normes[126].

Cette conception de la réalité sous-entend à son tour une certaine forme de fictivité, puisqu'elle ne peut elle-même être pleinement justifiée. Les détendeurs du pouvoir constituant se retrouvent ainsi en difficulté, puisqu'il leur est difficile de savoir où commence et où s'arrête le réel, et par conséquent quels éléments relèvent de la fiction.

II Le droit constitutionnel comme transcription du réel, ou simple fiction ?

La finalité d'une Constitution, de même que les conditions de sa mise en place, semblent condamner cette norme à se distinguer des autres textes juridiques. Son statut de norme suprême génère une structure de pensée, la rapprochant du mythe originel. Le droit constitutionnel ne peut être seulement fondé sur le réalisme, car il retranscrirait une réalité assez froide, incapable d'inspirer l'humain. L'usage de la fiction parait nécessaire pour permettre un sentiment suffisamment fort, pour imposer le cadre constitutionnel. La fiction confère ainsi une légitimité, au droit dans son ensemble (A). Cet état de fait propre à la fiction permet de magnifier le réel, pour que le texte constitutionnel puisse prévoir certains impératifs, en adéquation avec l'appréciation faite, de l'environnement dans lequel la norme vise à être appliquée (B).

A Le réalisme juridique, une composante essentielle au droit mais non unique

Une telle pratique comporte cependant des désagréments. Le risque de renier le texte originel au nom d'une conviction trop personnelle, plane. La fiction deviendrait donc un prétexte pour ne pas appliquer le droit. Le procédé laisse alors entrevoir une forme de dangerosité, en pouvant justifier l'arbitraire (1). Ces potentiels risques, nous amènent à reconsidérer la façon d'employer la fiction, dans le champ du droit constitutionnel. Existe-t-il une bonne façon d'employer la fiction dans le domaine juridique (2) ?

[126] E. Millard, « Réalisme », *op., cit*, p. 1297.

1- Le droit pour permettre en certaines circonstances de déroger à la réalité

Le réalisme juridique renvoie à une réalité plus crue, de l'univers du droit. Il fait référence à un courant de la théorie générale du droit. Il s'agirait dans ce cas de figure, d'une attitude visant à vouloir décrire le droit tel qu'il se présente réellement. Il apparaît alors tel qu'il est, et non comme il devrait être, selon les conceptions des philosophies morales ou politiques. Le réalisme est un proche du positivisme juridique. Bien qu'il ne s'oppose pas forcément à l'existence d'un droit naturel, il prétend cependant qu'il est impossible de décrire le réalisme, comme on décrit le droit en vigueur[127]. De ce fait, à l'instar des autres courants positivistes, le réalisme juridique préconise une distinction très claire, entre la science du droit et son objet. Le droit, pour s'assurer l'adhésion d'un maximum d'individus, doit être présenté comme une réalité objective. Sa description s'effectue par le biais de propositions qui peuvent tout aussi bien être vraies que fausses. La science doit savoir se dépouiller de toute prescription, ainsi que de tout jugement de valeur. Là où le réalisme parvient à se détacher des autres courants positivistes, c'est lorsqu'il décide de concevoir le droit comme un objet empirique.

Le professeur Jean-Louis Baudouin écrira que « le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur »[128]. Si cette application de la réalité voit son usage validée, elle prend la place de cette réalité. A partir de cet instant ne demeure plus que la règle. Le réel devient un objet de droit[129]. Cette perspective parait renforcer l'efficacité du droit. La simple théorie parvient à s'émanciper « de la chose sensible pour proposer une représentation du réel en termes de loi générale, universelle et régulière[130] ». Cette idée renforce le droit qui se présenterait comme une entreprise, à la fois efficace et moderne. Cette situation peut néanmoins dans certains cas, mener à des ambiguïtés pour distordre la réalité. A titre d'exemple, le Professeur Delphine Costa cite la rétroactivité de la loi découlant de

[127] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Conseil Constitutionnel.fr*, [En ligne], Cahiers constitutionnels n°22, juin 2007, Url: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel.50707.html, (consulté le 25 novembre 2020).

[128] J-L. Baudouin, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1987, t.38, Paris, Economica, 1989, p.22.

[129] J-A. Mazères, « Introduction au droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 6.

[130] A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours Magistral », 2010, p. 192.

l'annulation contentieuse[131]. La rétroactivité de la loi sous-entend que la règle est capable de remonter le temps afin de corriger des erreurs antérieures, provoquées par son action.

Face à pareil cas, le Professeur Anne-Marie Leroyer démontre que l'on se trouve dans une fiction qui agit par translation dans le temps. Le but de cet arrangement est de prétendre que cet acte juridique n'a jamais existé[132]. Derrière son aspect faussement simpliste, la rétroactivité contentieuse sous-entend que le juge a procédé à une reconstitution fictive du passé. C'est du moins ce qu'explique l'arrêt *Rodière* de 1925 rendu par le Conseil d'État[133]. Par l'annulation d'un acte, il est désormais admis de faire comme s'il n'avait jamais existé, afin de privilégier la rationalité du droit. Ce besoin de rationalisation était déjà interrogé par Karl Marx. Dans sa pensée, il associait étroitement cette notion avec celle du droit. Il considère le droit comme le moyen le plus pur qui permettait d'exprimer la rationalité, au travers de l'ordonnancement des rapports sociaux. Par cet effet, il permet d'instituer rationnellement le pouvoir dans sa forme de domination[134].

Chez les juristes la doctrine positiviste s'est attachée à mettre en avant la part concrète du droit en s'attachant à une application stricte. Il y a cependant des variations qui pourraient laisser place à la fiction juridique. Si la méthode de l'exégèse s'attache par exemple à un suivi strict de la loi, lorsque celle-ci est assez précise, la théorie de l'interprétation reste possible, dans le cas où la norme se trouverait être obscure. Cette place de l'interprétation, nous le verrons, soulève quelques contradictions. Le droit ne posséderait donc plus la même valeur, et dépendrait de celui chargé de l'appliquer. Le courant rationaliste par exemple, n'accorde sa confiance qu'au simple raisonnement[135]. Il existe bien une interprétation réaliste développée notamment par Michel Troper, lequel écrira : « seul ce qui est commun à tous les droits positifs ou tout au moins à quelques droits positifs, peut faire l'objet d'une théorie. Or, les systèmes juridiques n'ont en commun que la forme et le raisonnement des juristes. Ce qui fait qu'un énoncé a la signification d'une norme juridique, c'est qu'il peut être identifié comme norme au

[131] D. Costa, « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 370.
[132] A-M. Leroyer, *Les fictions juridiques*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1995, t. 1, n°90, p. 107.
[133] CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, G. A. AD., p 1065, S., 1925.III.49, note Hauriou, RDP, 1926, p.32.
[134] J-A. Mazères, « Introduction au droit », *op., cit,* p.19.
[135] Sur ces questions voir notamment A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Editions A. Pedone, 3ème éd., 2018, p.24 et suiv.,

sein d'un système juridique et la structure de ce système, sa forme, c'est-à-dire avant tout son caractère hiérarchisé, est supposé partout identique[136] ».

Cette théorie de l'interprétation réaliste met d'ailleurs en cause la notion de fiction au sein du droit, comme nous le verrons au cours du développement. Pour autant ce n'est pas le juge constitutionnel qui va créer la norme. Il est incapable de contrôler les lois constitutionnelles, ou les lois référendaires qui demeurent l'expression directe de la souveraineté nationale. Cette dernière est considérée comme le censeur de la loi au service de la Constitution. La jurisprudence créée par le Conseil constitutionnel ne peut être séparée du texte constitutionnel, qu'elle respecte et dont elle permet d'élargir l'interprétation[137]. Le rationalisme est à relativiser, car il reste assujetti à la perception que le juge peut avoir sur l'affaire et à ses considérations propres. En ce qui concerne la mission du juge, le Professeur Ronald Dworkin expliquait que la différence entre la condamnation et l'acquittement pouvait dépendre d'un seul argument. Cet élément aurait pu ne pas atteindre un autre juge avec autant de vigueur. Plus inquiétant encore, le même juge aurait pu ne pas être touché avec autant de force, à un autre moment de la journée[138].

La valeur à conférer au droit se fonderait donc sur la subjectivité de celui qui devrait l'appliquer. Cette impression inquiète, car malgré la prétention des juristes, il semblerait que la fiction soit une partie intégrante du droit, sans qu'il n'existe en revanche de façons pour apprécier pleinement sa portée au sein du droit. Sa présence au sein du droit constitutionnelle interroge sur la possible existence, d'une « bonne manière » d'user de la fiction.

2- L'existence d'une manière correcte pour employer la fiction au sein du droit constitutionnel ?

[136] M. Troper, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Léviathan », 2001, (Introduction, p. VI) ; V. également sur le même sujet M. Troper, « La théorie de l'interprétation et le problème de la supralégalité constitutionnelle », *in Mélanges en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, pp. 133-151 ; M. Troper « Justice constitutionnelle et démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, pp. 31-48.

[137] B. Mathieu, « Qu'est-ce que la Constitution », *op., cit*, (consulté le 12 octobre 2020).

[138] R. Dworkin, *L'Empire du droit*, éd., PUF, coll., Recherches Politiques, Paris, 1986, p. 1. V. également sur ce sujet S. Danzinger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, « Qu'a mangé le juge à son petit déjeuner ? De l'impact des conditions de travail sur la décision de justice ». *Les cahiers de la justice*, n°4, 2015, pp. 579-588.

Suite aux appréciations de Ronald Dworkin, il apparaît que dans un procès tout reposerait sur une simple impression, bonne ou mauvaise. A l'échelle constitutionnelle, les répercussions en termes d'importance montent d'un cran. Aux États-Unis par exemple, la Cour suprême peut se passer de certaines décisions, si elle les estime contraires à la Constitution. Peu importe que ces jugements aient été réfléchis ou non et qu'ils aient emporté l'approbation de certains ministères. La Cour suprême a le dernier mot sur diverses questions, comme la légalisation ou non de l'avortement, ou l'exécution des assassins dans les différents États[139].

De nombreux auteurs se sont interrogés sur les liens unissant le droit à la fiction, aussi bien sur les plans théoriques que techniques. Pendant longtemps, les fictions juridiques se sont trouvées sur le terrain exclusif du droit privé. Il faut attendre quelques temps pour voir des chercheurs récupérer ce sujet de recherche afin de lui donner une place tout à fait légitime au sein du droit public. Dans cette perspective, certains auteurs ont consacré leur thèse à ce sujet. Yves Gaudemet s'est intéressé aux *Méthodes du juge administratif*, et a abordé le sujet des fictions[140]. Plus précisément, Delphine Costa a directement traitée de l'imaginaire en droit public dans *Fictions en droit administratif*[141]. En ce qui concerne le droit constitutionnel, il semble avoir été quelque peu laissé de côté, pour ce qui touche à son rapport avec la fiction. Nous le verrons, l'influence du normativisme a longtemps empêché l'établissement de ce lien. Le Professeur Emmanuel Cartier explique ce désintérêt à l'égard de la fiction au sein du droit constitutionnel. Selon lui, le droit constitutionnel a la réputation d'entretenir une certaine distance avec les faits. La lettre constitutionnelle n'a pas pour principal intérêt, les individus et leurs rapports au quotidien. Son objet principal demeure les institutions et leurs pouvoirs. A ces éléments, il est également possible d'ajouter l'affirmation, aussi bien générale qu'abstraite, des droits et des libertés[142]. Ces propos sont tout de même à relativiser et il est possible de relever l'effort de certains chercheurs pour développer cet aspect de la Constitution. Dans cette optique, nous citerons sur le sujet une étude

[139] R. Dworkin, *L'Empire du droit*, *op., cit*, p. 2.
[140] Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1972, p. 42-47.
[141] D. Costa, *Les fictions en droit administratif*, préf. E. Picard, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2000, 614 p.
[142] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *Droit constitutionnel.org*, [En ligne], Url : www.droitconstitutionnel.org/congrestLyon/CommLF/F-cartier_T3.pdf, (consulté le 17 octobre 2020).

italienne d'Elisa Olivito[143] qui se préoccupe de la place de la fiction dans le droit constitutionnel. Il est également à référencer, le travail effectué par Delphine Fontaine, qui a mis en opposition l'imaginaire constitutionnel, face à la fiction présente en droit constitutionnel, dans son article « L'imaginaire du droit constitutionnel contre la fiction du droit constitutionnel[144] ».

Le droit constitutionnel est avant tout fondé sur son écrit. En cela, la norme suprême est issue de la pensée humaine. La littérature, si elle n'est pas une fiction, le demeurerait tout de même dans certains domaines. En d'autres termes, la littérature juridique est condamnée à un moment précis à se détourner du réel. Pour Jean- Arnaud Mazères l'apparition de la règle de droit, tout comme son application, peut passer pour une duplication spécifique de la réalité[145] à laquelle il a pour ambition de s'appliquer. Néanmoins, s'il n'existait pas de différence entre le droit et la littérature, « le droit ne pourrait pas être un objet de fiction littéraire, ni la littérature un objet de fiction juridique ou du droit tout court[146] ». Ces considérations à propos d'un droit faisant usage de la fiction, jettent le trouble sur la nature réelle du droit constitutionnel. Considérer la fiction, comme une activité de l'esprit, amène à réduire tout ce que l'esprit crée, à une œuvre purement fictive. Le droit est le résultat d'une activité de l'esprit, par conséquent, devons nous dire que lui aussi est fictif ? Pour que le droit constitutionnel soit compris, il lui faut être également intelligible pour chacun. Il est également nécessaire que ce droit présente une certaine forme de cohérence.

Dans ces circonstances, il ne s'agit plus seulement d'instaurer une implacable logique se bornant à de froides déductions réglées au préalable. Le législateur et le juge doivent être capables de s'adapter aux circonstances qu'ils rencontrent et pourraient se montrer imaginatifs en certaines occasions. Le droit est avant tout un travail réalisé par des figures humaines. L'emploi de la fiction n'est pas nécessairement anodin. Il permet de travestir la réalité au profit de certains objectifs précis. La fiction constitutionnelle finit ainsi par révéler les imperfections humaines. Ce mélange entre la fiction et l'esprit de l'homme qui le créé, interrogent et fascine. Les mécanismes qui permettent la validation de cet imaginaire juridique, pour qu'il puisse s'intégrer au droit, restent

[143] E. Olivito, *Le finzioni giuridiche del diritto costituzionale*, Jovene editore, Pubbliczioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Universita degli Studi di Roma « La Sapienza », Napoli, 2013, 346 p.
[144] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *Le droit de la Fontaine*, [En ligne], mis en ligne le 13 décembre 2015, Url : www.ledroitdelafontaine.fr/limaginaire-constitutionnel/, (consulté le 9 octobre 2020).
[145] Sur ce sujet, v. notamment, C. Rosset, *Le réel et son double : Essai sur l'illusion*, Paris, Folio, coll., Essais, 1993, 129 pages.
[146] O. Pfersmann, « Les modes de la fiction : droit et littérature », *op. cit*., p. 43.

encore à préciser. Ils supposent cependant la nécessité de présenter une certaine crédibilité et une vraisemblance, propre à la nature de la fiction. Les rédacteurs de la Constitution vont placer certains éléments qui, même s'ils ne peuvent réellement prendre pied dans la réalité, vont être acceptés par les citoyens.

Cet énoncé pourrait laisser penser que la Constitution autorise sciemment la duperie de la Nation. Considérons simplement pour l'instant que, la frontière entre le mensonge et la vérité n'est peut-être pas aussi évidente. Il est cependant exact que la fiction sous-entend une certaine forme de tromperie, néanmoins admise chez les membres de la société[147]. Pourtant il existe tout de même, un désir de se détourner de la vérité, que cela soit pour la simplifier ou pour la déformer. La fiction ne doit pas signifier l'arbitraire. Le problème de l'acceptation de cet imaginaire porté par la fiction en droit constitutionnel provient du fait, que l'imagination est considérée comme décrochée de la réalité. Jacques Chevallier explique que bien qu'étant une émancipation à la double contrainte du réel et du rationnel, l'imagination reste ancrée dans la réalité[148]. En ce qui concerne le champ sociétal, l'imaginaire occupe une place de grande importance.

La fiction permet de porter le droit constitutionnel, vers des domaines que les détendeurs du pouvoir constituant ne peuvent pas aborder explicitement. Dans ces circonstances la fiction devient un ajout pour le texte constitutionnel, qui possède une portée plus important, que le simple écrit le permet. Ces éléments sont utiles pour le juge constitutionnel qui s'assure de la portée effective de la norme, lorsqu'il lui faut rendre une décision.

B La fiction en droit constitutionnel, comme remise en perspective de la réalité portée par le droit

Pour être pleinement effectif, le droit se doit d'être rédigé. Cette situation contraint ses rédacteurs à employer des procédés appartenant au domaine du littéraire. Ce dernier permet également de transformer l'imagination en véritable récit.

[147] Il est possible de dresser ici un parallèle avec le dolus bonus des civilistes, qui consiste à exagérer les qualités d'une marchandise, dans une publicité par exemple. A la différence du dolus malus qui tend vers la tromperie, le dolus bonus n'est pas répréhensible. Le public est suffisamment intelligent, pour être conscient du caractère excessif de la publicité, destinée à le persuader d'acheter un produit.
[148] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », *op., cit,* p.125.

L'utilisation de techniques similaires entre le droit et la littérature amène à se demander, si le droit écrit n'est pas par sa nature, condamner tôt ou tard, à devenir fictif (1.). Cette situation permettrait de justifier cette recherche portant sur la nature des liens entre le droit constitutionnel et la fiction. Le juge deviendrait un nouvel instigateur de cette fiction, qu'il contribuerait à créer et à mettre en place (2.).

1- Une réévaluation de la place de la fiction en droit constitutionnel, portée par le renouveau autour de la notion

Les questions qui touchent à la place de la fiction au sein du droit constitutionnel, nous semblent plus que jamais être d'actualités, à l'heure où la perception du vrai, varie au gré des différentes sphères d'influences qui constituent la société. La multiplicité des moyens de communications, l'avènement des médias d'influences, remettent en perspective la notion même de connaissance, qui est de plus en plus assimilé au savoir de croyance. La véracité et la rationalité paraissent de plus en plus être l'objet de la subjectivité, ce qui est pourtant contradictoire. Dans la même perspective, la parole des autorités étatique est désacralisée du fait des manquements propres aux humains qui représentent cette autorité. Le droit n'est plus jugé par le prisme des institutions qui lui donnent forme, mais des hommes qui assument les différentes fonctions. Le droit ne serait présenté que par des mots et non des actes concrets. Les nombreux scandales qui touchent la classe politique, deviennent le reflet des lacunes du droit, qui certes prévoit de grand principes mais qui demeureraient invérifiables[149]. La confiance entre gouvernants et gouvernés apparaît affaiblit, ce qui remet en cause la solennité de l'autorité et la sacralité de la parole juridique.

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ne sont plus considérées comme l'émanation d'une parole de vérité. Au contraire, elles sont contestées et soumises au débat, dans le cas où une autre solution serait encore possible[150]. Les autorités internationales comme celles de l'Union européenne, sont d'ailleurs des outils

[149] Notamment ici l'égalité entre les individus. Sur le sujet V. B. de Lamy, « L'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : à propos, notamment, de la nécessaire courbure d'un principe essentiel », *Titre VIII*, n°4, 2020, pp. 9-17.

[150] V. S. Aouiss, M. Beulay, J. Bousquet, R. Brett, M. Christelle, B.-L. Combrade, C. Husson-Rochcongar, F. Jamay, E. Netter, B. Ridard, C.-E. Sénac, « La QPC et les représentants d'intérêt : techniques d'influence et influences sur la technique », *Titre VIII, QPC 2020, les dix ans de la question citoyenne*, Hors-Série, 2020, pp.32-51.

de mise en concurrence. L'approbation ou la désapprobation des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, mettent à mal le caractère sacré de la décision du juge constitutionnel[151]. En perdant cet aspect du juridique, le droit constitutionnel a été humanisé et le vrai propre à l'être humain ne pourrait être que subjectif. Dans cette perspective, la question de la fiction employée au travers de ce droit par les différents acteurs de cette branche, parait devoir être interrogée et remise en perspective. La fiction va questionner l'essence réel du droit constitutionnel, ainsi que sa portée. La fiction ne peut être le réel, mais il va être nécessaire de s'interroger, afin de savoir si elle ne va pas servir à le suppléer au besoin. La question à laquelle cette thèse va tenter de répondre sera donc la suivante : Pour quelles raisons le droit constitutionnel, garant d'une certaine cohérence et de pragmatisme a-t-il besoin d'avoir recours à des mécanismes de fictions ? Le juge en intégrant dans sa pratique du droit constitutionnel la fiction, au travers des Décisions du Conseil constitutionnel, ne risque-t-il pas de décrédibiliser la notion de réel portée par le droit constitutionnel ?

Afin d'appréhender notre sujet de thèse et au vu des différentes définitions que nous avons retenues de la fiction, nous retiendrons de cette notion l'appréciation suivante ; La fiction est un artifice permettant une simplification de l'explication juridique, au travers d'une image évocatrice, pour chacun. Cette dernière ne réclamerait pas de connaissances préalables, sur la question posée. La fiction serait un « comme si » juridique, qui permettrait au juge constitutionnel de duper son public, avec le consentement de ces derniers. L'utilisation de la fiction serait une solution temporaire, pour palier à des difficultés juridiques, pour lesquelles les connaissances seules de la législation seraient insuffisantes. En cela, la fiction viendrait compenser les carences du droit. Dans l'antiquité le mythe venait en substitut, afin de pallier à un défaut d'informations. Cela pouvait aussi bien concerner des phénomènes naturels, que des conflits politiques en lien avec la notion de territoire par exemple[152]. La croyance des dieux permettait de justifier la tempête qui se déchaînait, car elle était le résultat de la colère de Poséidon. Si les croyances religieuses ont été reléguées sur un autre plan, avec l'avancée de la recherche scientifique, l'imaginaire demeure un élément essentiel du mythe comme de la fiction, pour théoriser certains points, avant une validation fondée sur des données empiriques. De la même façon, la fiction juridique va venir appuyer la

[151] Sur ce sujet V. pour exemple, H. Surrel, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VIII*, n°4, 2020, pp.119-132.

[152] Sur ce point, la croyance en Arès le Dieu de la guerre et les prières qui lui étaient adréssées pour remporter une bataille par exemple, peuvent ici nous servir d'exemple.

pensée du juge constitutionnel, pour lui permettre de se rapprocher de ce qu'il considère être l'application la plus juste de la Constitution.

Il s'agit cependant d'une approche suggestive, sur laquelle la jurisprudence constitutionnelle va être fondée. La notion de fiction s'est progressivement développée au cours des siècles au point de s'approprier en certaines occasions, les codes du mythe. L'évolution de la littérature a permis de développer la notion de fiction. Dans ce sens la littérature engagée mettra en scène « une littérature consciente de sa fonction sociale et se voulant instrument de transformation de la société […]. Cependant la littérature du XX^{ème} siècle s'est révélée impuissante à transformer le monde. Après l'époque des grands affrontements idéologiques, le théâtre de l'absurde, le nouveau roman, la déconstruction romanesque, aujourd'hui l'auto-fiction rendent comptent de ce sentiment d'échec ou de renoncement[153] ». La frontière entre le réel et le fictif est cependant devenue plus fine. Cette situation a entraîné une superposition de ce qui est vrai et des conjectures de l'imaginaire. L'évolution des médiums de communications a permis l'instauration d'un savoir de croyance. C'est-à-dire des connaissances supposées fondées sur des éléments fictifs, et tenues pour véritables. Ces appréciations renvoient au mythe antique et il devient alors possible d'établir des connections entre cette notion et la fiction, qui viendrait expliquer ou supposer, ce qui serait de l'ordre du réel.

Dans le même ordre d'idée, la littérature française a créé au début du XXème siècle, ce que l'on pourrait considérer comme une convergence, entre la fiction et la science. C'est ce que Maurice Renard nomme « le merveilleux-scientifique[154] ». A l'instar de la simplification des procédés de raisonnements juridiques, le merveilleux-scientifique découle de la vulgarisation de la recherche et qui va stimuler l'imagination de chacun. La fiction va dans ces récits proposer une vision utopique de la science et des capacités qu'elle peut conférer aux hommes. Désormais, le mythe va se développer non pas grâce au concept divin, mais de la science. Sous une apparence de vérité, le récit scientifique développé va pourtant être faux. Les limites entre le réel et l'imaginaire tendent à devenir plus floues. L'imaginaire porté par la fiction, va permettre d'interroger le vrai, de la même façon que le mythe ancien appelait à déterminer ce qui était exact et ce qui était de l'affabulation Nous serons ainsi amené au

[153] P. Ségur, « Droit et littérature. Eléments pour la recherche », *op. cit.,* 111.

[154] A l'époque l'expression à la particularité d'être développée dans certains cercles littéraires mais également par des physiologistes comme Joseph-Pierre Durand de Gros pour désigner le passage scientifique de pratiques auparavant jugées comme merveilleuses ou surnaturelles à leur étude par des savants reconnus. Derrière des éléments qui seraient jugées comme étant hors de notre réalité, se cacherait une science toujours incomprise.

cours de cette thèse à invoquer le mythe ancien et le mythe moderne supporté par la fiction juridique.

Le juge constitutionnel devient l'artisan de la fiction constitutionnelle qu'il façonne au gré des décisions qu'il va être amené à rendre. Par ce procédé, il développe la fiction sur laquelle il s'appuie dans le même temps. Par son action, il transcende le texte laissé par les détendeurs du pouvoir constituant originaire.

2- L'œuvre du juge constitutionnel assimilable à l'élaboration de la fiction

Pour répondre à la problématique que nous avons posé, il va être nécessaire de se concentrer sur les différentes formes que peut revêtir la fiction. Elle représente un artifice, destiné à permettre l'explication d'une réalité, que le droit constitutionnel va reprendre à son compte pour en faire une vérité. Le droit constitutionnel va alors construire un monde, assimilable pour les citoyens. La fiction va permettre de rendre tangible certaines spécificités, difficilement compréhensible pour l'ensemble des membres de la société. Le niveau de connaissance de l'appareil juridique, n'étant pas le même pour tous, la fiction permet de construire un socle commun, qui ne nécessite pas de connaissance particulières, à obtenir au préalable pour y adhérer. Cet emploi de la fiction pour expliquer de façon vulgarisée, des concepts parfois jugés trop abstraits, mais en tout les cas complexes pour palier à un manque de connaissance, conduit à considérer la fiction comme l'équivalent moderne du mythe. Encore au Moyen-âge, le Roi légitimait son autorité par le fait d'être le représentant de Dieu sur Terre. Cet état de fait, lui permettait d'éviter de voir ses prérogatives être remise en cause par le peuple. Ce dernier était alors inspiré par la crainte. L'emploi du terme fiction, contribue à encourager le travail du pouvoir constituant, qui vise à inscrire le droit dans le domaine de la rationalisation. Il n'est plus question de rattacher le droit constitutionnel au divin. Il ne se déconnecte cependant pas complètement du domaine de l'imaginaire. L'écriture du texte constitutionnel ainsi que l'emploi qui en est fait par le juge, conduit cependant à encourager un travail de réflexion, au travers des mots contenus dans l'écrit suprême. Comme pour tout texte, la Constitution reste une œuvre littéraire. Les tournures de phrases employées et le choix des mots opérés, vont conduire les différents acteurs du droit constitutionnel à se figurer dans leurs esprits, certaines représentations plus ou moins proches du réel prôné par le droit, sans qu'elles ne soient nécessairement fondées.

Bien évidemment, ces interprétations sont soumises aux influences de l'époque où l'acteur prend place. Elles sont également les échos de certains sentiments. Le droit constitutionnel est avant tout l'œuvre des hommes, par conséquent l'émotivité et la subjectivité, ne peuvent être totalement écartées de l'élaboration de cette fiction constitutionnelle. Il s'agit donc là encore d'éléments qui à notre sens, sont à prendre en compte dans les recherches menées au sein de cette thèse. L'œuvre littéraire a accru sa production, en même temps qu'elle développait des sources variées et hétéroclites. Cela a atteint un point tel, qu'aujourd'hui il devient difficile de distinguer clairement le réel de l'irréel. Cet état de fait a une incidence sur la perception qu'il est possible d'avoir sur le droit, ainsi que sa fictivité présumée. La fiction devient donc un outil nécessaire pour appuyer le réel constitutionnel, et ainsi assurer sa légitimité et son maintien. Notre démarche consistera à analyser l'emploi large de la fiction qui est fait par les rédacteurs de la Constitution, en utilisant certaines expressions ou mots passe partout. Ce champ lexical permet d'appuyer une action spécifique, qui tendrait à placer le droit constitutionnel dans un espace hors des inspirations humaines. Ce dernier relève cependant de l'activité des hommes.

Dans le cadre de notre étude sur la fiction et le droit constitutionnel, il semble nécessaire de s'attarder sur le travail réalisé par le juge constitutionnel et sur ses choix apportés, en matière d'appréciation de la norme. Il peut aussi bien s'agir du texte constitutionnel seul, ou des éléments apportés par le bloc de constitutionnalité. Le droit constitutionnel ne se résume pas au texte fondateur. Il représente également l'application qui est fait de cet écrit, par le biais de la jurisprudence laissé par le juge. C'est l'appréciation du juge qui est déterminante pour le droit constitutionnel, mais pas seulement. La question prioritaire de constitutionnalité a comme nous le verrons par la suite, redéfinie les frontières du droit constitutionnel. La norme suprême n'est plus seulement un objet d'étude pour les juges et les universitaires. Elle est également un élément soumis à la discussion et au débat, lorsqu'un justiciable amène à interroger la validité d'une législation, si cette dernière s'avère déterminante pour résoudre un problème de droit. Le juge constitutionnel représente donc une passerelle entre les citoyens et la norme suprême. De la même façon, il va être un élément à prendre en compte entre les différents jeux de pouvoirs politiques.

Le juge doit veiller à ne pas perdre ses capacités sur la norme suprême, qui lui sont souvent disputées par d'autres instances. Ces considérations amènent à une surveillance des activités du juge constitutionnel, dont le champ de compétence a évolué

depuis 1958. Désormais il lui faut réaliser un travail de conciliation entre les différents textes du bloc de constitutionnalité, pour appuyer la cohérence de sa démarche. Au travers du travail de justification réalisé par le juge constitutionnel, la fiction finit par émerger. Ce processus de réflexion initié par le juge, car soumis à des questionnements et des impératifs précis, va interroger son rapport au réel et à l'imaginaire. Dans ce sens, la fiction va permettre de nourrir le travail du juge constitutionnel, grâce notamment à l'étude des différents textes de la norme suprême, mais aussi de la jurisprudence établie auparavant par ses prédécesseurs. Le juge est l'obligé de ces derniers, car la Constitution en tant que texte fondateur et tout ce qui en découle, prévoit la vérité. Sa pertinence ne peut donc être remise en cause. Le juge constitutionnel n'est cependant pas qu'un simple exécutant de la norme suprême. Il en est d'une certaine manière le rédacteur, notamment lorsqu'il décide d'élever une valeur, au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République.

La Constitution ne donne pas explicitement cette capacité au juge et pourtant, il s'agit d'un de ses nombreux pouvoirs. En ce sens, il devient intrigant de ne pas voir au travers de cette activité, une émanation de la fiction juridique. Le droit constitutionnel va par conséquent au travers de sa fiction, développer des logiques semblables à celle du mythe. Il conviendra donc de réaliser certaines comparaisons. Dans le même sens, l'analyse de l'action du juge constitutionnel semble être importante à observer. Cette dernière va construire ou renforcer des fictions juridiques précises. Le juge va employer la fiction pour appuyer et renforcer son action, au nom de l'intérêt des citoyens. Il ne faut pas non plus oublier que la Constitution se construit comme un récit. La jurisprudence rendue par les décisions constitutionnelles est un ajout dans la narration, qui à l'instar d'autres écrits, est susceptible de revêtir des incohérences. La fiction va devenir un moyen, pour lisser l'ensemble de l'œuvre constitutionnelle. Le droit représente la vérité et par conséquent il ne peut se contredire, sous peine de développer des réalités multiples.

Cette étude s'attachera à démontrer que la présence d'une notion aussi complexe que celle de la fiction au sein du droit constitutionnel, entraîne de multiples conséquences sur la pratique du droit. Tout d'abord il est nécessaire de s'attarder sur l'inhérence des fictions envers le droit constitutionnel. En effet l'usage de la fiction a permis au juge constitutionnel, d'intensifier son activité. Plus important encore, le procédé de la fiction lui aurait conféré un fondement capable d'appuyer sa fonction, et l'usage qu'il faisait du droit constitutionnel. Il sera possible de caractériser

explicitement ce lien nécessaire entre les notions de fiction et de droit constitutionnel (Partie I). Si le droit est censé être la réalité, cette dernière n'est élaborée qu'au travers de la connaissance, qui est elle-même le fruit de la suggestion, liée à l'imaginaire. S'il est possible de douter de la place de la fiction, au sein du droit constitutionnel, force est de constater que celle-ci joue un rôle dans son élaboration. Par la suite, il sera d'ailleurs convenable de s'attarder sur l'éventuelle ingérence de la fiction, à l'égard du droit constitutionnel. En effet, la fiction juridique est révélatrice d'un souci pour le juge constitutionnel, incapable de s'extraire d'un cadre dans lequel il s'est lui-même enfermé. La jurisprudence constitutionnelle fondée sur la fiction nécessite de mettre en place de nouvelles figures, qui font référence à ce qui a été construit par le passé. Si la fiction est trop fortement intégrée dans le droit constitutionnel, son rôle originel d'aide explicative pour le juge constitutionnel devient progressivement illégitime, voire infamante (Partie II). Le droit se détourne du réel, pour des raisons de pratiques mais il ne lui faut pas servir la facilité. Il y' a donc une question d'équilibre à respecter.

Partie 1 La fiction comme renouveau des sources du droit constitutionnel

Le droit comme création de l'esprit tend vers un idéal, celui d'une société qui serait considérée comme supportable, par une importante majorité de la population. La Constitution offre une validité juridique à cette organisation. La norme suprême ne propose donc dans un premier temps, qu'un objectif à atteindre. Le droit qui est prévu parait alors idéalisé. La capacité du juge constitutionnel à lui donner une portée pleinement effective, semble être assez pénible. Le droit constitutionnel ne se présente pas comme un droit en mesure de s'imposer, qu'à la faveur de ses différents textes. Il est également porté par de nombreuses valeurs et significations, qui forment un véritable corpus autour de lui. Ces éléments symboliques sont avant tout le résultat de la pensée humaine. Cette dernière va donner délibérement ou non, une importance à des notions précises supposées être prévues par le droit constitutionnel. Le juge constitutionnel va être celui qui consacrera la portée de cette imaginaire, grâce aux choix qu'il devra effectuer. Cette action s'opérera au détriment d'un attachement entièrement réaliste du droit. Une telle situation renvoie à la nature imparfaite de l'écrit. Par cette observation, il est avant tout rappelé que le droit est une réalisation de l'esprit humain. Le juge constitutionnel entretient cet état, par l'usage d'une fiction nouvelle. Elle lui permettra de fluidifier la mise en application du droit constitutionnel (Titre 1).

Cette appréciation de la fiction qui ne vise qu'à permettre la mise en application d'un droit mal adapté à la vie concrète, parait être un peu simpliste. Le juge ne serait pas qu'un simple artificier. En effet, la société se compose d'individus hétéroclites. L'adhésion à un droit commun ne peut être acceptée, que si le groupe croit au bien fondé d'une telle législation. Au sommet de la hiérarchie des normes, la Constitution va irradier les écrits inférieurs, pour permettre l'émergence d'une croyance commune. Elle unifiera les peuples, en une société unique. Il va alors être nécessaire de mettre en place, une véritable mythologie constitutionnelle propre au droit français. Elle sera portée par la fiction. Le procédé va se fonder sur le mythe archaïque, tel que l'Antiquité l'a par exemple connu. Le droit va adapter les techniques du passé à une époque, résolument plus sceptique pour ce qui touche à la croyance aveugle. Le droit constitutionnel va mettre en place une nouvelle échelle de valeurs à la croisée des chemins, entre la croyance divine et la technicité imposée par la législation moderne. Le procédé

permettra une réunion des citoyens autour d'institutions communes, nécessaires pour le maintien de la norme suprême (Titre 2).

Titre 1 La fiction pratique employée au sein du droit constitutionnel

La progression de plus en plus pressante de la fiction sur les territoires du droit constitutionnel, semble attester d'une acceptation fragile de son emploi par la doctrine juridique. Son utilisation reste cependant difficile à admettre, tant elle semble contraire aux valeurs défendues par le droit, notamment en ce qui concerne le principe de prévisibilité de ce dernier. Le citoyen est censé connaître à l'avance, les conséquences de son comportement et les risques qu'il encourt, au cas où il enfreindrait les règles qui lui ont été posées. Ces contraintes juridiques ne sont pas sans fondements. Elles répondent à un autre principe juridique, celui relatif à la légalité de la règle. Chaque norme ayant une incidence sur la vie des individus, est une réponse à une autre disposition supérieure, avec laquelle il lui faut impérativement rentrer en conformité. La Constitution représente la norme suprême, fondement de l'ensemble du système étatique. Si ses procédés reposent sur la fiction, alors c'est le réalisme propre aux actions du pouvoir politique en place qui peut être réinterrogé.

Le droit semble imposer une rigueur et un formalisme sans bornes. Il ne s'agit pourtant que d'une façade, qui n'est pas propre qu'aux juridictions constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel a recours aux techniques de la fiction pour faciliter l'application de ses prérogatives. Il s'agit d'une manière d'innover le droit. S'abstenir de son emploi risquerait de mettre à mal, les valeurs invoquées par la norme suprême. En cela, nous assistons à une véritable remise en question touchant à la faisabilité d'un droit constitutionnel, soumis à un réalisme juridique absolu (Chapitre 1). Cette fictivité est source de nombreux écarts, par rapport aux principes juridiques initialement envisagés. Le droit tel qu'il est élaboré à ses origines, n'est pas pleinement observé. Il est dénaturé par la fiction. Les décisions du juge constitutionnel peuvent conduire à remettre en causes les valeurs conduites par le droit des démocraties (Chapitre 2).

Chapitre 1 La fiction constitutionnelle une remise en cause du réalisme juridique

Les juristes issus des différentes spécialités du droit ont longtemps cherché à opposer réalisme et fiction, au travers des différentes catégories juridiques. Présentées de cette manière, les deux logiques paraissent incompatibles et condamnées à s'affronter perpétuellement, au travers de leurs défenseurs respectifs. Le droit constitutionnel ne fait pas exception à la règle. Dans un premier temps il a condamné la fiction juridique, afin de faire prévaloir un droit réaliste. Ce dernier reste plus prompt à s'accommoder avec les exigences des juristes, mais demeure également un moyen de justification plus efficace en cas de désaccords majeurs. Malgré ce premier ressenti, il demeure évident que la fiction n'est pas un outil inconciliable avec la pratique du droit. Le droit constitutionnel a su faire de cet élément, un atout pour la compréhension de la norme suprême, texte à la portée philosophique certaine. Il ne s'agit pas là de dénier l'aspect juridique de la Constitution, au contraire. Il est ici question d'apprécier l'ensemble de ses valeurs (Section 1). La Constitution ne représente pas un texte aux obligations unilatérales. Elle ne se borne pas à dicter aux gouvernés, les règles qu'ils doivent suivre. Le corpus juridique qui y'est présenté indique également aux représentants du pouvoir en place, les contraintes qui sont les leurs. Les détendeurs du pouvoir ne sont donc pas de simples figures autoritaires. Ils sont aussi les représentants d'un peuple, qui par leur intermédiaire expriment leur volonté, au travers des lois qu'ils édictent. Le juge constitutionnel est conscient des limites du réalisme juridique. Il fait ainsi ressortir certaines valeurs par la fiction, pour mieux défendre les citoyens (Section 2).

Section 1 La place grandissante de la fiction au sein de la juridiction constitutionnelle

L'usage de la fiction pour alimenter le droit constitutionnel, ne représente pas une nouveauté. Il s'agit d'une pratique qui a toujours été présente. Son existence a cependant mis du temps à être réellement constatée ou pleinement avouée. Progressivement les différents domaines du droit, que cela soit en matière publique ou privé, ont su reconnaitre l'emploi de la fiction dans leurs disciplines. Le droit constitutionnel pour sa part est resté plus longtemps hors de la portée de ces questions. Le débat formé autour des interactions qu'il a créées avec les autres catégories du droit, de même que le rôle grandissant du juge constitutionnel, ont mis en avant l'utilisation répétée de la fiction juridique autour de la norme suprême. Au travers de l'emploi de la fiction juridique, le droit constitutionnel devient un droit comme les autres. La perte de ses spécificités lui permet de présenter une nouvelle conception. Le droit constitutionnel perd sa réputation de droit à l'application stricte et rigoureuse. En contrepartie, il devient plus aisé pour le juge constitutionnel de faire prévaloir, un « esprit » de la Constitution. La fiction sert cette idée. Elle finit donc par être reliées au droit constitutionnel (Paragraphe 1). Dans la même perspective, ce phénomène nouveau offre de nouvelles attributions au Conseil constitutionnel. Bien que faisant toujours preuve de réalisme dans les décisions qu'il prend, le juge est désormais en mesure de redéfinir sa place au sein du système juridique, tout en respectant la norme suprême (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Une nouvelle vision intégrant la fiction au droit constitutionnel

Comme nous l'avons vu, la présence de la fiction au sein du droit constitutionnel, suscite autant d'interrogations que de craintes. La norme suprême ne peut permettre l'abstraction ou les invraisemblances, sous peine de générer des failles juridiques qui risqueraient de se développer, au travers de l'ensemble de la hiérarchie des normes. La Constitution est censée, de par la symbolique qui s'y rattache, donner l'exemple en matière de rédaction de texte de loi. Il est prétendu qu'elle définit l'esprit du régime juridique qui est le sien. Si la fiction apparaît comme une composante essentielle à

l'application du droit, le Conseil constitutionnel a tenté d'installer des garde-fous. La régulation des normes évite ainsi de se trouver altérée. De même, le risque de voir certains textes juridiques, dévier de la *lettre* constitutionnelle diminue (I). Le Conseil constitutionnel a cependant été capable d'apprécier l'outil de la fiction, au point de l'utiliser dans son propre travail. La fiction constitutionnelle a permis de renforcer la notion de dialogue entre les gouvernants et les gouvernés, avec au centre le juge constitutionnel comme nouveau médiateur (II).

I Le rôle de la Constitution en matière de régulation des normes

Par les fonctions qui lui sont attribuées, la Constitution est en mesure d'exercer son contrôle sur les normes. Cette situation entraîne des répercussions sur le comportement humain, qu'elle régit indirectement par le biais de valeurs spécifiques. La fiction va leur conférer une portée nouvelle (A). Par ailleurs, la Constitution joue un rôle des plus importants pour le bon fonctionnement du système institutionnel. Sa place a progressivement pris de l'ampleur, grâce aux répercussions de ses décisions sur les autres domaines juridiques. L'intégration de la fiction à la norme suprême, permet de renforcer ces valeurs (B).

A La Constitution une norme servant à guider les comportements humains

En observant les faits avec une certaine distance, la Constitution reste un catalyseur pour autoriser l'expression des grands principes du droit. La question autour du degré de rationalisme de la norme suprême entretient le doute sur la capacité du juge constitutionnel, à donner un sens aux faits qui lui sont soumis. La rationalité implique une précompréhension qui, « ne devrait, en principe, présenter aucune connotation positive ou négative, valorisante ou dépréciante, il faut néanmoins remarquer que l'usage qui en est fait par les juristes la transforme progressivement en principe de contrôle et d'évaluation du discours et ainsi — nouveau glissement — en étalon ultime de sa validité et de sa vérité. Qu'on le veuille ou non, l'idée de rationalité ne se contente

pas de renvoyer à un mode quelconque de structuration des discours et disciplines, elle suggère encore la rectitude et la pertinence de cette structuration[155] ». La législation se présente comme l'instrument, qui permet de régir les rapports et les comportements humains dans la société. L'usage de la fiction « donne une coloration particulière au raisonnement juridique en y introduisant un facteur arbitraire et artificiel qui par plusieurs de ses aspects est particulier à la technique juridique ou mieux encore au raisonnement juridique[156] ». En cela, la fiction montre sa similarité avec les mécanismes portés par la littérature, lorsqu'une affaire juridique est traitée par le juge. « Si le jugement de droit, parce que c'est sa fonction sociale, cherche, et doit trouver pour clore une affaire, un verdict réel à partir d'une entreprise interprétative réglée, la littérature peut suspendre le verdict, le laisser à la charge du lecteur ou du spectateur, le rendre suffisamment difficile à formuler ou le présenter comme ambigu afin que les lecteurs doutent du verdict, le mettent en débat ou le considèrent comme inique[157] ».

La Constitution est là pour mettre en place les grands principes juridiques, ceux qui vont indiquer le chemin à suivre aux autres textes de lois. Dans cette optique, on peut voir dans la Constitution une volonté de laisser le législateur adopter des textes de lois qu'il jugera conforme à l'esprit de la norme suprême. Cet effort d'autonomie laisse donc une certaine forme d'indépendance, qui joue sur la capacité d'improvisation[158]. Certains auteurs comme Jérémy Bentham, considèrent le fait social comme le fondement même du droit constitutionnel. Ce fait social serait la division de la société en deux classes bien précises. Cette séparation se justifierait par le fait qu'il est impossible pour tous les citoyens, d'organiser la vie de la cité tout en la nourrissant[159]. Ces représentations construisent la fiction constitutionnelle, laquelle répondrait à un besoin de structure[160]. Dans cette organisation, il devient nécessaire de répartir les tâches. Bentham écrira « Dans et par tout exercice de ce type est impliquée une séparation de tous les membres de la communauté en deux classes, nommément les

[155] J. Lenoble et F. Ost, *Droit mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications, des facultés universitaires Saint-Louis, coll., Générale, 1980, p. 8.
[156] P. Foriers, « Présomptions et Fictions », in Ch. Perelman, P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7.
[157] C. Biet, « Droit, littérature, théatre, la fiction du jugement commun », *Raisons Politiques*, n°27, 2007, p. 93.
[158] Sur le sujet v. J. Brethe De La Gressaye, M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, p. 150. Les auteurs consacrent là une partie de leur analyse sur les spécificités propres au raisonnement qui permettent la présomption.
[159] J. Bentham, « Constitutional Code Rationale », *First Principles preparatory to Constitutional Code*, P. Schoefield (édition), Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 238-239.
[160] S. Travers de Faultrier, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *Raisons Politiques*, n°27, août 2007, p. 111.

gouverneurs et les gouvernés[161] ». Bentham venant d'un milieu aisé et possédant un certain niveau intellectuel, il tend à réaliser une apologie des élites culturelles, chargées de guider le peuple. La tâche du droit constitutionnel constitue à ce moment-là un lourd fardeau, de par les responsabilités qui en découlent. A certains incombera la tâche de montrer la voie à suivre et de donner des ordres, tout en sanctionnant le non-respect des règles. Le droit constitutionnel selon Bentham, permettrait de désigner ces personnes.

Il s'agit là d'une nouvelle fiction juridique. Le but du droit constitutionnel serait alors de protéger la population, contre les éventuels gouvernements impropres à exercer le pouvoir. Le juge constitutionnel doit faire face aux adversaires de la communauté. Comprenons ici, des individus capables d'occuper d'importants postes décisionnels, mais qui sont par l'usage qu'ils font de leurs prérogatives, de mauvais dirigeants[162]. En définitive, le droit constitutionnel permettrait d'assurer une répartition équitable des devoirs et des pouvoirs. Le droit constitutionnel d'après Bentham, permet d'inclure l'idée qu'il existe un véritable rôle de protecteur, de la part de ceux chargés de faire valoir le droit constitutionnel. Le fait que la population soit séparée en deux, indique d'ailleurs que certains sont prédestinés à cette tâche, grâce à leurs capacités plus développées. Il y a donc déjà à partir de ce point, une forme de fiction qui se met subtilement en place. Pour autant, la nature singulière du droit constitutionnel a longtemps suscité certaines controverses. Un auteur comme John Austin a défini sa théorie du droit, comme un ensemble de commandements provenant du souverain. La désobéissance à ces règles est bien entendu punie.

Le droit constitutionnel n'a jamais vraiment exprimé d'ordre, dont le manquement aurait été sanctionné. Dans la vision d'Austin, il se voit privé de la qualification du mot « droit ». Austin préfère désigner la Constitution comme une forme de moralité. Dans ce contexte elle se trouverait au-dessus du souverain même, et en dehors du champ d'action de sa propre volonté. De la même manière, si le dirigeant est capable de sanctionner la désobéissance, il ne pourrait lui-même se punir s'il désobéissait à la Constitution. Conformément à la pensée de Kantorowicz, le souverain revêtirait deux apparences. La première serait naturelle et témoignerait de sa mortalité, avec les vicissitudes qui l'accompagnent. La seconde serait surnaturelle et confèrerait au dirigeant, les capacités d'un immortel omniscient. Il serait alors à même d'incarner le

[161] J. Bentham, « Constitutional Code », *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (édition), vol. IX, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, p.95.
[162] J. Bentham, « Constitutional Code », *The Works of Jeremy Bentham*, John Bowring (édition), vol. IX, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, p.9.

royaume dans son entièreté[163]. Pour cette raison, Austin refuse de considérer ce qui est prévu par la Constitution, comme du droit[164].

La légitimité de la norme suprême serait une fiction créée par les juristes, en tant que collectif impersonnel. Au XIIIème siècle notamment, ces derniers sont inspirés du droit romain, mais également du droit canon, qu'ils intègrent sans distinguer les savoirs et les rôles de chacun. « Or, on peut attester l'existence des normes dites fictives depuis l'Antiquité, et surtout avec des exemples du Droit Romain. Dans le cas de la fiction normative qui dit, par exemple, qu'un fils adoptif doit être considéré comme un fils légitime, celle-ci peut être exprimée, par exemple, en disant que le fils adoptif doit avoir les mêmes droits et devoirs qu'un fils légitime. La fiction est, de cette façon, une simple manière d'exprimer une chose pour une autre[165] ». En l'absence d'autres modèles à suivre pour ce qui touche à la légitimité, la politique va être présentée en termes religieux. Cette situation conduira à la sacralisation de l'État et à son autonomisation[166]. Pour Guillaume Tusseau, c'est en déniant ce concept de droit, qu'un auteur comme Austin nie la juridicité de la Constitution, là où Bentham voit un outil de description du droit positif[167]. Il considère la possibilité de voir une règle de droit, fondée à la fois pour sa définition et pour son efficacité sur la sanction populaire. Celle-ci a la particularité de se propager de manière diffuse et informelle, par le biais des différents membres de la population. Bien que cette forme de sanction ne puisse être véritablement distinguée, elle reste extrêmement efficace.

Pour autant, nul individu ne peut être considéré comme étant au-dessus des lois, pas même celui qui les édicte, ou est chargé de les faire appliquer. Le souverain doit donc être contrôlé lui aussi, ce qui sous-entend des dispositifs adéquats pour le punir.

---

[163] E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Paris, Gallimard, coll., Bibliothèque des histoires, 1989, 634 pages ; Pour réemployer la belle phrase de Patrick Boucheron, « Parce qu'il est naturellement un homme mortel, le roi souffre, doute, se trompe parfois : il n'est ni infaillible, ni intouchable, et en aucune manière l'ombre de Dieu sur Terre comme le souverain peut l'être en régime théocratique. Mais dans ce corps mortel du roi vient se loger le corps immortel du royaume que le roi transmet à son successeur ». P. Boucheron, « « Les Deux Corps du roi » d'Ernst Kantorowicz », *L'histoire* [En ligne], n°315, décembre 2006, Url : https://www.lhistoire.fr/classique/les-deux-corps-du-roi-dernst-kantorowicz, (consulté le 6février 2021).

[164] J. Austin, *The province of jurisprudence determined*, édition Wilfrid E. Rumble, Cambrige, Cambrige University Press, 1995, pp.215-216.

[165] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, p. 136.

[166] Sur ce sujet V. E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, *op. cit*.,

[167] G. Tusseau, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel*, Editions L'Harmattan, 1er janvier 2001, collection Logiques juridiques, p.140.

B La Constitution, un domaine en expansion

Bentham a poursuivi sa logique jusqu'à expliquer que lorsque le souverain souhaite punir ses sujets, il possède un éventail de sanctions. Elles peuvent aussi bien faire partie de ses prérogatives exclusives, mais aussi appartenir à une catégorie auxiliaire, populaire ou même religieuse[168]. Pour ce qui est des sanctions à l'égard du souverain, la situation est légèrement différente et paradoxale. Il s'agit de punir l'autorité suprême, qui normalement ordonne et réprime. Il est possible de s'apercevoir là, d'un renversement des valeurs du droit. L'autorité qui sanctionne le manquement à la règle, peut elle même être punie par ceux qu'elle régente. Il existe un contrôle à double sens. Comme nous le savons, le dirigeant dépend du peuple, sur lequel il exerce son pouvoir. Tout repose sur la volonté des citoyens qui décident ou non, de se laisser commander[169]. Si le pouvoir du souverain repose sur ses sujets, sa sanction proviendra de la désapprobation venant des hommes. La population est la seule à posséder la capacité pour faire plier l'unique personne, qui par sa nature ne peut être juridiquement sanctionnée. Jérémy Bentham l'avait d'ailleurs bien perçu au cours de ses recherches[170]. Cette situation pour le moins inattendue, finit d'ailleurs par prouver que le pouvoir repose sur une forte dose de suggestivité et des capacités, que l'on reconnaît à une personne pour guider nos attitudes, et en réprouver d'autres.

Il existe « un souci de la synthèse qui est légitime et fécond, mais nous découvrons peu à peu que la synthèse n'est peut-être pas de l'ordre de la représentation, qu'elle est de nature eschatologique et par conséquent objet d'espérance, non de démonstration. Le chemin de la synthèse passe par la reconnaissance de la pluralité des ordres[171] ». Tout dépend finalement du moment où la fiction prend le pas sur le réel. « A défaut de règle de droit adéquate pour traiter une situation juridique nouvelle, l'esprit procède alors à des assimilations : les situations nouvelles sont traitées en ayant recours à des catégories juridiques existantes, quitte à en forcer les contours. C'est dans une phase d'élaboration du droit que les fictions interviennent. Les fictions juridiques

[168] J. Bentham, *Of laws in general*, H.L.A. HART, London, University of London, The Altone Press, 1970, p.133.
[169] Car même sous une dictature la révolution est encore possible.
[170] J. Bentham, *Of laws in general*, H.L.A. HART, London, University of London, The Altone Press, 1970, p. 68.
[171] J. Ladriere, *L'articulation du sens. Discours Scientifique et parole de la foi*, Paris, co-éditeurs Desclée de Brouwer, Delachaux & Niestlé, Editions du cerf, Aubier Montaigne, coll., Bibliothèque des sciences religieuses, p. 162.

forcent les règles de droit existantes pour placer sous leur empire des situations juridiques qui y sont normalement étrangères[172] ». La fiction représente un procédé technique, arbitraire et artificiel. « C'est le degré le plus élevé de l'artifice. La déformation propre à la technique atteint ainsi son point culminant. Alors que les présomptions, par exemple, se fondent sur l'ordre normal des choses, la fiction, elle, contredit la vérité; elle en prend le contrepied. C'est un mensonge : ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat convenable[173] ».

Ces artifices permettent d'appuyer les valeurs du droit constitutionnel, qui a pris une place certaine, au sein de la société. En France par exemple, il a évolué de manière drastique. Des auteurs comme Michel Troper, témoignent de cet espace de plus en plus important pris par ce droit, personnifié par la figure du Conseil constitutionnel. Le droit constitutionnel possède désormais un corpus extrêmement large, pour attester de sa montée en puissance. Ses normes sont à la fois plus nombreuses, mais également plus importantes, en s'appropriant un champ de matières qui s'accroit continuellement. La norme suprême permet l'uniformisation. Ainsi « les institutions paraissent, à des degrés divers, se réagencer suivant les exigences d'un idéal logicien : l'unité logique de l'instance normative, vécue sur le mode du comme si, conduit naturellement à une construction institutionnelle qui en assure les conditions de réalisation. La symbolique de l'unité centraliste fonctionne aux divers niveaux : au présupposé de l'unité textuelle correspond, autant qu'il est possible, une organisation unitaire et centraliste qui raréfie le dire jurisprudentiel[174] ». Non seulement le droit constitutionnel occupe une place prédominante dans le droit public, mais il touche également par ses principes des domaines comme le droit pénal, le droit civil ou encore le droit fiscal[175]. Plus important encore, le droit constitutionnel a pu par ses nombreuses ramifications, atteindre les sphères renfermées de la politique. C'est donc l'endroit pour imaginer des mesures, plus propres à servir la société. Le pouvoir du droit constitutionnel est désormais en mesure de s'imposer réellement, grâce à des sanctions réprimant les comportements irrespectueux de ses normes. L'emploi de la fiction devient source d'interrogations.

[172] S. Chassagnard-Pinet, « La place de la fiction dans le raisonnement juridique », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, p. 21.
[173] J. Brethe De La Gressaye, M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, p. 151.
[174] J. Lenoble et F. Ost, *Droit mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique, op. cit.*, p. 44.
[175] M Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *Université de Picardie Jules Verne*, [En ligne], Url: https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/29/troper.pdf, (consulté le 31 décembre 2020), p. 82.

« Signe d'une pathologie du droit, l'emploi des fictions dans le raisonnement juridique viendrait contredire les qualités que le juriste prête à sa discipline[176] ».

Le développement du droit constitutionnel se manifeste par l'extension du contrôle de la constitutionnalité des lois. Michel Troper considère le Conseil constitutionnel comme le défenseur de la norme suprême, leur permettant de faire face au législateur dans les domaines où il agit. En plus du législateur, la Constitution voit ses valeurs être imposées aux autres autorités[177]. Le respect de cet écrit est primordial. Il permet de garantir le respect des droits de l'Homme, mais également la liberté. Le droit constitutionnel ne se cantonne pas à ces observations. Il s'agit aussi d'une discipline complexe, s'intéressant aux moyens de protéger les valeurs qu'il a tenté de mettre en place. Troper propose deux manières de concevoir ce savoir juridique. Tout d'abord, il peut être considéré comme une véritable science. Dans ce contexte, on se réfère aux activités au cours desquelles, les juristes pratiquent des opérations d'interprétation et de systématisation. Il s'agit de faire ressortir les normes constitutionnelles qui découlent des textes. La question, comme nous le verrons plus tard, est soumise à un débat important. Il est possible de considérer dans la seconde optique, que le droit constitutionnel ne sert qu'à décrire les normes établies par des autorités, compétentes pour agir ainsi.

La différence entre ces deux idéologies doit être analysée. En ce qui concerne la première vision, un chercheur comme Aleksander Peczenik l'estime comme une partie de la dogmatique juridique, ce qui renvoie à une activité quasi-cognitive[178]. Pour ce qui touche à la seconde version de cette législation, il s'agit d'une tout autre conception, ayant trait au positivisme juridique. L'idée laisse clairement apparaitre, l'existence d'une véritable science du droit constitutionnel. Ce phénomène témoigne du renforcement de cette discipline. Il démontre d'après la première considération que nous avons observé, un rôle plus significatif pour les juristes. Ces derniers se trouvent désormais responsables d'un certain nombre d'opérations.

[176] S. Chassagnard-Pinet, « La place de la fiction dans le raisonnement juridique », *op. cit*., p.21.
[177] M Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », op. cit., p.83.
[178] A. Peczenik, *The basis of Legal Justification*, Edition Université de Lund, 1983, p.118 et suivantes.

II Le rôle de la fiction dans le lien unissant les gouvernants aux gouvernés

Une reconnaissance de la notion des fictions, au domaine du droit constitutionnel s'inscrit dans une suite logique d'action. L'usage des fictions semble s'être répandu au travers de cette sphère juridique, proposant de ce fait de nouvelles techniques juridiques (A). De plus l'emploi des fictions procure certains avantages, puisqu'elles permettent d'ouvrir de nouveaux modes de communication plus imagés, avec l'objectif de faire passer plus simplement certains idéaux (B).

A La fiction comme nouvel outil supportant les valeurs constitutionnelles

Les juristes éclipsent désormais les politiciens, pour ce qui touche au respect des normes constitutionnelles. Le développement de l'aspect descriptif du droit constitutionnel permet une meilleure connaissance des normes constitutionnelles positives. Il serait possible de continuer plus loin ces observations, notamment sur le fait que la connaissance des normes positives favoriserait la déduction des phénomènes prévus par ces normes. Cette situation entrainerait par la suite, la compréhension du politique. Le développement du droit constitutionnel comme ensemble de normes, provoquerait la progression de ses valeurs, en tant qu'activité cognitive[179]. La fiction pourrait être présente au sein de la norme suprême et des activités qui y sont liées, afin de concourir à plus d'efficacité dans le domaine de la politique. Cette stratégie permettrait de mieux protéger les normes que représente le corpus constitutionnel.

Ce nouvel ordre de valeurs, voyant les préceptes constitutionnels prévoir de manière rapprochée les phénomènes politiques, crée de nouvelles perspectives dans l'étude de sa législation. La politique représente l'un des fiefs privilégié de la fiction, dans sa volonté d'innover les rapports de la société, face à de nouveaux phénomènes. Cette situation justifie la réinvention des pratiques liées au droit constitutionnel. Nous l'avons vu précédemment, l'usage de la fiction dans les principales matières du droit, dont celle qui nous intéresse ici, jouit d'une très mauvaise réputation. Certains auteurs renient totalement son usage. « Mais la norme dite fictive peut encore exister comme

[179] J-M Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », p. 83.

norme, en s'adressant aux mêmes destinataires et avec le même sens, sous une autre formulation normative. Certainement, la formulation normative sans le recours à la fiction contraindrait à des changements courants et importants, rarement envisageables dans les codes et les textes de loi[180] ». Nous commençons déjà à nous en apercevoir, la fiction possède une certaine aura lorsqu'elle touche les textes suprêmes.

Bien que cela ne soit pas pleinement assumé par tous, la fiction semble voir son usage se multiplier au sein du corps juridique constitutionnel. Cette relation nouvelle passe par l'intermédiaire du Conseil constitutionnel, principal représentant de la Constitution. Pour certains le droit se doit de représenter la raison. Il serait possible de s'interroger sur la pertinence, d'opposer perpétuellement la raison à la fiction. Il faudrait se demander en quoi, le fait de constater une situation profondément injuste et d'élaborer une fiction juridique pour y remédier, constitue un acte déraisonnable et illogique, à l'encontre des valeurs du droit. Comme le souligne le Professeur Chaïm Perelman, la notion de raison occupe depuis toujours un rôle non négligeable au sein du droit. Ce procédé permet d'affirmer clairement l'existence d'un droit naturel, se voulant être à la fois éternel et immuable. Il permettrait d'exprimer ainsi ce besoin de raison, qui saurait faire face aux lois positives. Ce droit naturel manifesterait la volonté arbitraire, provenant de l'autorité législative[181]. Nous le voyons, ce droit positif revêt une pratique bien sombre. L'arbitraire exprime une volonté personnelle à celui qui la manifeste, et qui crée des normes juridiques. La fiction relèverait du « faire semblant ». Elle présenterait une vérité valable, pour celui qui la crée[182]. Longtemps, les juristes se sont méfiés de ce droit arbitraire qui placerait trop sa confiance dans la fiction, plutôt que dans la raison.

Pour exemple, Gaston Bachelard remet en cause les démonstrations scientifiques qui ont tendance à s'affranchir des détails de la réalité, pour créer des fictions qui falsifieraient le résultat final d'une expérience. Le seul but de cette pratique serait de faciliter l'établissement d'une nouvelle théorie, allant dans un sens voulu[183]. Le renouveau éprouvé par les théories scientifiques qui ont bousculé bons nombres de préceptes, a su faire évoluer les idées reçues. C'est ainsi mis en place, une pluralisation

[180] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, *op. cit*., p. 136.
[181] C. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Editions Montchrestien, 30 octobre 2008, Collection Thèse du fond, p.11.
[182] A. Reboul, « Résistance imaginative et norme fictive », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, p. 54.
[183] G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris éditions Librairie philosophique J. Vrin, 5ème édition, 1967, Collection Bibliothèque des textes philosophiques pp.73-74.

de procédés faisant face à la raison. Cette dernière découle pourtant de la tradition. Progressivement il va être possible d'accorder une certaine forme de tolérance envers des fictions. Le Professeur Jean-Arnaud Mazères reconnaît qu'un crédit à l'égard du procédé de la fiction, pourrait être accordé au sein de la réflexion juridique. Au fil des jours, les réalités deviennent de plus en plus complexes. Les novations croissantes qui touchent la société et la nature, font que l'utilisation de la fiction juridique devient nécessaire[184]. Dans ce contexte, pour répondre aux exigences de la société, le droit doit être en mesure de s'adapter. C'est ce que le doyen Jean Carbonnier a nommé le flexible droit[185]. L'emploi de la fiction permet de mêler deux univers. L'un est réel. L'autre représenté par le droit, est fictif. La fiction permet de créer un décalage, par rapport à la réalité. Son emploi est fait en toute conscience de sa fictivité[186]. De tels mécanismes doivent d'abord s'appliquer à la Constitution, avant que d'autres normes puissent en profiter. Pour ce faire, la Constitution doit être en mesure de prouver son caractère normatif suprême.

Par son étude des pouvoirs et des droits détenus par le droit constitutionnel, Bentham approuvait déjà le fait que la Constitution possède une véritable juridicité. Il est d'ailleurs parvenu à le prouver de manière tout à fait remarquable.

B La fiction, une forme de communication à propos du réel

L'emploi de la fiction au sein de l'ordre juridique amène à un débat au sein de la doctrine, sur la conception du droit. Ainsi, « pour les uns, le droit doit tendre à une vérité et se conformer à un ordre naturel des choses, pour d'autres, le droit se construit de manière plus pragmatique, en fonction des intérêts en présence et des effets juridiques recherchés[187] ». La fiction serait donc une alternative à la vérité, sans qu'il ne soit précisé exactement laquelle. La réalité matérielle est-elle pleinement conforme à la réalité juridique, ou en existe-t-il encore une autre ? Sur ces interrogations, Chaïm

[184] J-A Mazeres, « Introduction au droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.2.
[185] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ,2ème édition., 1971, pp. 46 et s.
[186] H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob- System der theiretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menscheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig F. Meiner, 4ème éd, 1920, pp. 171-175.
[187] S. Chassagnard-Pinet, « La place de la fiction dans le raisonnement juridique », *op. cit*., p. 26.

Perelman estime que la fiction juridique s'oppose, « non à la réalité, comme telle, mais à la réalité juridique[188] ». La fiction s'appuierait sur la réalité telle qu'elle est, et non pas à la réalité prévue par le droit. La fiction juridique pour sa part, détournerait la vérité supposée par le droit. Si l'on s'appuie sur la réalité matérielle alors, « c'est l'ensemble du droit qui peut être qualifié de fiction[189] ». Le juge constitutionnel, lorsqu'il est confronté à un problème de droit, est contraint de parvenir à faire coexister deux principes difficilement conciliables. L'un est fondé sur la fiction juridique. L'autre se concentre sur le réel prévu par le droit. Pour rappel, dans le cas de la rétroactivité d'une loi par exemple, le principe de légalité a besoin de la fiction de rétroactivité. Sans cela, il ne peut respecter l'autorité absolue de la chose jugée en excès de pouvoir.

Par la fiction juridique, il n'est pas question de remettre en perspective, le fait tel qu'il nous est donné ou encore, la situation matérielle tordue dans sa réalité. C'est la catégorie juridique qui va être altérée, pour être en mesure de recevoir un fait que normalement elle ne pourrait accueillir. La fiction juridique va hybrider des concepts, pour obtenir un résultat de droit. Pour autant, la fiction ne représente pas le seul procédé capable d'altérer le réel. Elle s'apparente à la présomption, ou encore à la présomption du raisonnement par analogie[190]. La fiction « dénature sciemment les réalités[191] », « faisant litière des vraisemblances, elle heurte, de parti pris, les réalités les plus certaines, pour appliquer, par voie de comparaison forcée ou de supposition imaginaire, à une situation, qui paraît mériter reconnaissance juridique, les règles d'une situation franchement différente[192] ». A ces observations, nous pouvons rajouter celles de Perelman. Il explique la chose suivante ; « Pour qu'il y ait fiction, il faut que la disposition déforme sciemment la réalité juridique[193] ». Ce dernier point sur la fiction entre en contradiction avec certaines valeurs portées par le juge constitutionnel, notamment celles en lien avec le principe de légalité. Le texte juridique ne devient plus un élément déterminant, dans la solution que va apporter le juge.

Ce dernier point lèse le principe de sécurité juridique, dans le cas où demeurerait un vide juridique antérieur, si une loi était par exemple annulée[194]. Le juge a pour ambition de recueillir les observations des parties, afin d'examiner l'ensemble des

[188] C. Perelman, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 343.
[189] S. Chassagnard-Pinet, « La place de la fiction dans le raisonnement juridique », *op. cit*., p. 27.
[190] F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la technique de la méthode juridique*, Tome III, Paris, Sirey, 1921, p. 374.
[191] *Ibid*., p. 389.
[192] *Ibid*., p. 446.
[193] C. Perelman, *Les présomptions et les fictions en droit*, *op. cit.,* p. 725.
[194] D. Costa, « Les fictions déjouent les pièges du droit », *op., cit*, p. 371.

moyens d'ordre public[195]. Ses actes seront motivés par l'intérêt général. Ils lui permettent de prendre les dispositions nécessaires, dans l'objectif de faire respecter le droit des justiciables. Pour reprendre l'exemple de la fiction de la loi dans le temps, les conséquences de la rétroactivité d'une norme dans le cas de l'annulation d'une autre, sont la création d'une nouvelle réalité. Cette dernière prend place avant toute action contentieuse et reprend son cours après l'arrêt du Conseil d'Etat[196], ou du tribunal qui a ordonné cette rétroactivité. Ce rapport du droit avec la fiction peut a priori, ne pas être des plus rassurants. Il donne à penser le droit comme instable, laissant aux dépositaires de la règle, la possibilité d'en modifier les termes selon leurs envies. Cet emploi de la fiction révèle « les limites de la rationalité dans la conception et l'application du droit[197] ».

Ce nouvel état de fait ne conduirait pas la fiction à être un simple ajout au sein du droit. Elle en deviendrait un élément essentiel. La fiction permettra l'acceptation ou non, des normes qui en découleront ensuite. Elle permet à l'ordre juridique de se maintenir, tout en dégageant un certain imaginaire. Par ce biais va se créer un ensemble de fictions, pour servir le droit et la forme de pouvoir qu''il soutient. Il est important de relever la raréfication de la production de faits réels en justice. Cette situation est due à divers facteurs contraignants, comme l'intervention du juge et de l'avocat. En fonction de l'effet juridique désiré, ces acteurs effectuent une sélection et un aménagement du complexe des faits[198]. La population va faire face à toute une série de symboles. Ceci lui permet de pouvoir mesurer l'importance et le type de puissance, que possède le pouvoir politique prétendant imposer sa domination. La soumission des gouvernés va devoir passer par le recours aux fictions. Cornélius Castoriadis explique que dans le monde socio-historique qu'est le nôtre, tout peut être relié au symbolique[199]. L'élément déterminant du symbole dépend de la composante imaginaire que l'on lui concède[200]. Comme le souligne Guy Rocher, n'importe quel élément est susceptible de revêtir une valeur symbolique. Il peut tout aussi bien s'agir du langage, du protocole, des rituels, des vêtements, des propriétés ou même encore les meubles et les comportements

[195] Arrêt CE ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886, A.J.D.A., p. 1183.
[196] D. Costa, « Les fictions déjouent les pièges du droit », *op., cit*, p. 372.
[197] G. Wicker, v. « Fiction », in . D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, Quadrige, 2003.
[198] Sur le sujet v. notamment, F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, Bruylant, p. 35.
[199] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, Paris, 1975, pp. 162.
[200] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, *op.,cit*, pp. 177.

extérieurs[201]. La théorie de Parsons et Luhmann peut tout à fait s'appliquer à cette situation. Parsons est notamment connu pour son analogie entre le pouvoir et la monnaie. Le pouvoir serait une entité, qui circulerait comme de l'argent. Il permet d'obtenir quelque chose, contre une part de sa puissance allouée à un tiers. Il ferait office de média d'échange[202]. La richesse d'un État permettrait de stimuler la fiction, notamment en ce qui concerne la puissance des gouvernés.

Sur ces principes, Rocher conclut en expliquant que le droit agirait comme un médium de communication. Il préciserait explicitement la quantité de pouvoir que chaque partie posséderait, et quelle quantité elle serait autorisée à réclamer aux autres[203]. Le pouvoir afin d'être en mesure de se développer et jouir pleinement de ses capacités souveraines, a besoin de moyens pour communiquer. L'imagination et la fiction vont entretenir une forme de lien implicite, entre la population et les institutions étatiques. Par ces procédés, le pouvoir politique va être capable d'exister et d'imposer ses normes. Pour être à la hauteur de la puissance qu'il prétend détenir, l'État va se manifester par différents médias, notamment celui de la presse écrite, télévisée ou bien l'Internet. Les fondations de la puissance étatique ne se fondent pas sur un réalisme total, au contraire. La fiction et l'imaginaire sont des ingrédients, auxquels les institutions politiques ont recours.

La question du rapport de force entre réalité et fiction sous-entend plusieurs questions, pour la plupart philosophiques. Elles restent sans réponses, faute de consensus entre les différentes parties.

Paragraphe 2 Une juridiction constitutionnelle aux compétences démultipliées

Les usages du droit constitutionnel se sont multipliés au cours de l'histoire de la Vème République. Le juge chargé de faire respecter la norme suprême a dû adapter ses méthodes aux usages en vigueur. L'application de la norme suprême peut cependant

[201] G. Rocher, « Droit pouvoir et domination », publié originellement dans la revue *Sociologie et sociétés*, vol 18, n°1, avril 1986, pp.33-46. Montréal : PUM. Version numérisée, par J-M Tremblay, classiques.uqac, (modifié le 13 avril 2004), [en ligne], URL : http://classiques. Uquac.ca/contemporains/rocher_guy/droit_pouvoir_domination/Droit_pouvoir_domination.pdf, (consulté le 27 juin 2020), p.26.
[202] Voir notamment T. Parsons, *Politics and social structure*, New-York, Free Press, 1969.
[203] G. Rocher, *op. cit*., p.27-28.

poser problème. Elle a tendance par moment à représenter une vue de l'esprit, un idéal qu'elle tend à permettre d'atteindre, grâce aux règles prévues par l'écrit. Le juge constitutionnel doit pouvoir faire respecter ces normes, sous peine de les voir mises à l'abandon s'il s'avère qu'elles sont impossibles à mettre en pratique. Pour parvenir à ses fins, il doit faire preuve de réalisme juridique. Le juge prouvera que le droit constitutionnel n'est pas un droit fantasque (I). L'usage des fictions va cependant simplifier la mise en pratique de ce droit. Il va alors être possible pour le juge constitutionnel d'y avoir recours, notamment pour justifier et défendre, l'exercice de ses prérogatives les plus spécifiques (II).

I Un droit constitutionnel sous l'influence du réalisme juridique

La place de la fiction à la reconnaissance déjà précaire, vient s'opposer aux pratiques du juge constitutionnel. Ce dernier doit proposer une action concrète, faisant une application stricte des textes de la norme suprême. Le réalisme juridique semble ainsi représenter une solution sûre, pour la garantie des droits et des libertés (A). Ce réalisme semble pouvoir être apprécié de multiples façons, ce qui peut rendre sa mise en pratique complexe à appréhender (B).

A Une remise en question de la dénomination réaliste du droit

Le droit Constitutionnel représente un carrefour aux appréciations multiples, par la nature hybride de la Constitution. Cette dernière ne peut être considérée comme un texte législatif banal. Son rôle et les dispositions qu'elle prône, ont des prétentions supérieures à celles de textes législatifs à valeur de loi. Là où les lois se contentent de prévoir une situation, en réponse à une évolution de la société qui la réclame, comme par exemple la légalisation du mariage homosexuel où la généralisation de l'Internet, la Constitution se doit d'anticiper l'avenir. La norme suprême prévoit des valeurs qui guideront les comportements, en réponse à de futures attentes qui n'ont pas encore été formulées. Elle ne peut se permettre d'être instable et de se reconstruire à chaque

instant, au moindre imprévu. Si c'était le cas, la Constitution ébranlerait régulièrement le système juridique dans son ensemble. Tout serait à refaire et affaiblirait le droit qui en deviendrait instable. Le pouvoir constituant pour être efficace, doit présumer des futurs dommages qui risquent d'être infligés à la norme suprême. Pour cela, il lui faut imaginer des réponses à des questions, qui n'ont pas encore été posées.

La fiction devient une solution pour le juge constitutionnel. Elle va lui permettre certains déplacements, l'autorisant à appuyer sa logique de réflexion. Il s'agit d'une technique, déjà pratiquée par le droit romain dans l'antiquité. « Les « fictiones legis » procèdent de certaines transformations économiques et sociales du monde romain, auxquelles le droit doit faire face, et qui obligent les juristes classiques à retoucher les formules écrites reposant sur l'ancien droit civil, en leur apportant quelques additions. L'un des cas les plus immédiats concerne la prise en compte des pérégrins : l'ancienne cité ne s'étant pas préoccupée de leur reconnaître des droits, il faut accommoder la loi à une situation nouvelle de litiges, grâce à la procédure formulaire. Un pérégrin réclame-t-il un droit de propriété autrefois réservé aux seuls citoyens ? Le préteur acceptera qu'il engage une instance judiciaire en rédigeant au juge une formule utilisant le mode du « comme si »[204] ». Pourtant, cette fiction du « comme si », « entretient un rapport dialogique avec le réel sans pour autant en être le faussaire. Le réel qui s'opposerait au « comme si » s'invite sous les traits de la technique […], du fait divers […], du fait social […]. Mais la violence des faits ne saurait épuiser le réel et, par opposition, définir le « comme si »[205] ».

Le droit constitutionnel permettait la mise en place d'une fiction de la réalité décrite par le droit. Hans Vahinger souligne que cette situation représente une fiction utile, mais qui ne rend pas compte d'une connaissance réelle. L'avantage d'une telle méthode réside dans sa capacité à traduire l'incertitude de la sensation et du ressenti, en une description concrète du monde par la fiction. En ce qui concerne l'aspect méthodologique, l'utilité de la fiction ne réside pas dans l'obtention d'un savoir direct sur le monde. Il s'agit d'un moyen pour traiter et comprendre la réalité. Cette considération retire au droit sa capacité à retranscrire le réel[206]. La fiction permettrait au juge de répondre efficacement à certaines difficultés, de la même façon que le

[204] O. Guerrier, « Les fictions juridiques et leur rapport au « littéraire » au XVIe siècle », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, p. 36.
[205] S. Travers de Faultrier, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *Raisons Politiques*, n°27, août 2007, pp. 107-108.
[206] H. Vaihinger, *La philosophie du comme si*, Paris, Edition Kimé, 2008, p. 87.

mathématicien emploie des nombres imaginaires pour résoudre des calculs complexes[207]. La nature du droit se retrouve altérée, notamment en ce qui concerne la définition qui loue sa capacité à rendre compte du réel par ses normes.

Par extension, il ne s'agirait plus d'un ensemble d'entités idéales qui posséderaient une valeur obligatoire. Comme le souligne Eric Millard, le terme « réaliste » en lien avec le courant juridique, est finalement assez mal choisi. Il ne constitue pas la réponse à une utilisation philosophique rigoureuse. Le terme revêt dans ce contexte, une certaine ambiguïté. Le problème repose dans le fait que de nombreux réalistes, s'avèrent être des nominalistes. Partant de ce principe, les mots deviennent des concepts vides, auxquels on a retiré leur signification. Le terme « réaliste » fait référence au devoir de ramener le discours sur le droit à ce qui existe, ce qui est réel, et prend sa place définitive dans notre quotidien. Les réalistes s'obligent à définir empiriquement les faits de la réalité, que l'on désigne comme droit[208]. La notion d'objet empirique suggère que le droit serait formé de manifestations de volontés, telles qu'on peut les voir dans les décisions judiciaires. A titre d'exemple, Karl Llewellyn écrira que seules les actions des personnages officiels lors de conflits, constitueront à ses yeux le droit lui-même[209]. Il s'agit alors de phénomènes psychosociaux[210].

L'objet du droit offre à chacun des conceptions différentes, qui varieront selon les individus. Il n'en demeure pas moins, que le terme « réaliste » sous-entend une certaine valorisation chez ceux qui y ont recours.

B Le réalisme juridique, un terme impliquant de multiples appréciations

Le terme « réaliste » témoigne d'une véritable discipline, notamment pour sa volonté d'opposer le réel à la métaphysique[211]. La fiction se trouverait exclue de se procédé. Par cette vision, le droit est la réalité. Il permettrait de se dispenser d'artifices liés à l'imaginaire. Michel Troper s'est demandé si l'exercice de la fonction judiciaire pouvait supposer certaines conceptions théoriques, qui permettraient au juge d'être

[207] *Ibid*., p. 10.
[208] E. Millard, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revus,* [En ligne], mis en ligne le 22 août 2014, Url : http://revus.revues.org/2915, (consulté le 8 décembre 2020).
[209] K. Llewellyn, *The Bramble Bush : On our law and its Study*, New-York, Oceana Publications, p. 12.
[210] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit,* (consulté le 5 décembre 2020).
[211] E. Millard, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *op., cit,* (consulté le 9 décembre 2020).

pleinement réaliste, sans avoir recours aux fictions. Il s'est donc intéressé au juge constitutionnel. Il remarque que la formation des juges laisse une place importante, aussi bien aux représentations explicites ou implicites du droit, à la science du droit, ou encore à la fonction de juger. Troper observe également que ces représentations sont sous-jacentes au système juridique même. Cette idée insinue que le juge applique de manière mécanique une règle, qui existait au préalable. Dans la même optique on peut établir l'inverse, en estimant que le devoir du juge est de chercher en toute situation, la solution qui serait la plus juste[212]. En se fondant sur la maxime « Il n'y a de droit que produit par le juge ». Troper explique que la science du droit ne doit pas rechercher la règle applicable, mais celle que le juge va mettre en place. Il va se placer du côté, non pas du « bon père de famille », cet homme imaginaire qui cherchera toujours la bonne solution en toute circonstance, mais au contraire du côté du *bad man*[213]. Comprenons ici, celui qui se désintéresse de ses obligations, pour se focaliser sur les conséquences probables de ses actes.

L'homme ne sera pas idéalisé, mais réaliste dans ses préoccupations. La fiction serait exclue. L'individu va chercher à anticiper la décision que le juge sera susceptible de prendre. Cependant, le juge ne peut se contenter d'appliquer les normes que lui seul a produit. Cette vision du juge peut se rapprocher de la traditionnelle représentation du législateur. Ces deux figures se confondraient dans l'imaginaire collectif. Pendant longtemps, le créateur de la norme a été considéré comme un être tout puissant, capable de s'opposer à la consécration juridique d'une situation qu'il désapprouvait, ou qui allait à l'encontre de l'ordre qu'il souhaitait mettre en place[214]. Si le législateur peut choisir les normes qu'il désire mettre en place, le juge constitutionnel ne peut sélectionner les normes qu'il préfère appliquer ou non. Il reste obligé de composer avec tous les outils qui sont mis à sa disposition. Peu importe qu'il veut y avoir recours, ou au contraire les ignorer. Il s'agit d'une stratégie qui possède ses limites. Elle ne peut satisfaire entièrement la complexité de la nature, pour laquelle le droit est incapable de saisir l'ensemble de la réalité. Il sera forcé d'utiliser des artifices, s'il veut s'appliquer de manière équitable pour tous.

[212] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit,* (consulté le 5 décembre 2020).
[213] Selon les mots utilisés par Michel Troper.
[214] C. Biquet, « Les fictions en droit », *Fictions Hanyang Law, Reviews*, [En ligne], https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/153816/1/Fictions%20Hanyang%20Law%20Review.pdf, (consulté le 2 octobre 2020), p. 286.

Michel Foucault écrit que « le moutonnement indéfini des commentaires est travaillé de l'intérieur par le rêve d'une répétition masquée : à son horizon, il n'y a peut-être rien d'autre que ce qui était à son point de départ, la simple récitation[215] ». Le juge doit aller plus loin et travailler avec les normes élaborées par d'autres. Il ne les maitrise donc pas toujours pleinement, ce qui le pousse à l'interpréter de la manière qui lui semble être la plus juste. Comme l'écrit Gadamer, les juristes ont conservé l'essentiel de la méthode de l'interprétation. Il en résulte « l'appartenance de l'interprète à son texte[216] ». Un inconvénient majeur est à dénoncer ; Ce qui apparaît à l'un comme une solution équitable, n'est pas forcément de même pour l'autre. Michel Troper estime qu'un juge appartenant au courant réaliste, ne peut pratiquer sa profession en continuant à poursuivre cette philosophie dans son travail. Dans le même sens, Roland Barthes explique que « le texte, c'est l'écrit en tant qu'il participe au contrat social ; il assujettit, exige qu'on l'observe et le respecte[217] ». Certes le juge peut continuer à s'exprimer de manière réaliste, mais seulement en tant qu'individu. Il peut ainsi se permettre de commenter les décisions de sa cour, mais cette dernière est dans l'incapacité de faire preuve du même réalisme[218]. L'emploi de la fiction semble être une solution pour supplanter les manquements d'un droit, qui se bornerait à un usage strictement réaliste. Lorsqu'une faille au sein de l'énoncé normatif est détectée par le juge, il est toujours possible de réaliser une démarche philologique pour restaurer la plénitude du signifiant.

Une autre démarche cette fois-ci herméneutique, permet de regagner la cohérence du signifié. La restauration du signifiant permet de retourner naturellement à l'interprétation canonique du signifié[219]. Sur ce sujet, le réalisme juridique américain permet une approche, qui nous amène à considérer le lien entre la fiction et le droit, sous un nouvela angle.

II Un droit constitutionnel attaché aux prérogatives de son juge

[215] M. Foucault, L'ordre du discours, Paris, Gallimard, coll., Nrf, 1971, pp. 26-27.
[216] H.- G. Gadamer, *Vérité et méthode. Les Grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1976, p. 171.
[217] R. Barthes, « Texte (théorie du) » in E. Marty (dir.), *Œuvres complètes*, t. IV, éd., Seuil, 2004, p. 453.
[218] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit*. (consulté le 7 décembre 2020).
[219] R. Barthes, « Théorie du texte », Encyclopédie Universalis, [en ligne], Url : https://www.universalis.fr/encyclopedie/theorie-du-texte/, (consulté le 13 janvier 2021).

Le juge constitutionnel possède d'importantes prérogatives. Afin d'accomplir au mieux l'ensemble de ses tâches, il se doit de ne jamais être dépassé par les événements et être capable d'anticipation. Son action permet de garantir une norme suprême solide, capable de s'imposer dans le temps (A). Sa volonté de préserver l'ordre établi ne doit pourtant pas dépasser ses attributions. Le juge se doit de proposer un raisonnement clair, capable de légitimer pleinement son action par rapport à ce que prévoit la norme suprême (B).

A La volonté du juge constitutionnel d'anticiper l'avenir

L'étude du droit doit selon l'école de pensée du réalisme américain, veille à être indépendante de toute considération morale. Cela signifie que la connaissance du droit doit permettre d'anticiper les décisions que prendront les juges. Il s'agit d'une vision extrêmement pragmatique qui se cantonne à examiner les risques pour une personne inculpée dans une affaire judiciaire, d'être condamnée par le juge[220]. De nombreux auteurs font partie du mouvement du réalisme américain. Parmi eux l'un de ses fondateurs, le juge à la Cour suprême Oliver Wendell Holmes Jr, élaborera sa définition du droit fondée sur la prédiction de ce que décidera ou non le juge. Il en fera d'ailleurs une présentation assez froide, lorsqu'il expliquera que l'étude du droit n'est pas celle d'un mystère, mais d'une profession qui aurait pignon sur rue. La science du droit se cantonne à la recherche de ce qu'il est nécessaire de connaître, lorsqu'un individu doit faire face à un juge. Il convient de savoir de quelle manière l'accusé doit être conseillé, afin d'éviter une lourde et grave procédure judiciaire devant les tribunaux.

Le pouvoir de commander les autorités publiques reviendrait aux juges[221]. Le principal objet d'étude du réalisme américain est donc de savoir au moment où l'on a recours au service d'un avocat, l'importance de l'éventuelle peine que le prévenu risque d'encourir. Il y a là une forme de suprématie du pouvoir public, face au pouvoir de l'État. Pour protéger les citoyens du pouvoir puissant de l'État, il est nécessaire de les prévenir. Cela porte sur les circonstances et les degrés auxquels les individus risquent d'être confrontés à ce pouvoir. Ils doivent savoir quand ils doivent craindre ce danger,

[220] Tout comme le *bad man* présenté par Michel Troper.
[221] O. Wendell Holmes Jr, *La voie du droit*, Dalloz, 25 juin 2014, collection Tiré à part, pp. 1-2.

pour s'en prémunir. Le juge réaliste américain a une vision de défiance vis-à-vis du droit, capable d'altérer à jamais la vie d'une personne. Il est nécessaire de connaître les modes de pensées qui régissent cette institution pour pouvoir les éviter au mieux. Cette analyse reste à nuancer. Comme l'écrit Jean Bodin « il n'y a ni loi divine ni humaine qui permette de revenger ses injures de fait et de force contre les magistrats... car, s'il est permis aux sujets de se revenger de fait et de force contre les magistrats, on usera des mêmes arguments pour résister au prince souverain et fouler les lois aux pieds[222] ».

Le rôle du droit aux yeux des réalistes américains consiste à prédire les conséquences qui peuvent émerger de l'intervention des autorités publiques, au travers des décisions des cours et des tribunaux[223]. Finalement, le réalisme américain est plus l'œuvre de praticiens du droit, que de théoriciens[224]. La pratique du droit va en altérer sa théorie. De l'écart qui va se créer entre ces deux points, va naître la fiction juridique. Cette vison va permettre de construire le réalisme juridique américain, tout en s'opposant au formalisme juridique, ainsi qu'à certaines interprétations métaphysiques, que peuvent dégager des concepts juridiques particuliers. Pour parvenir à ses fins, le juge réaliste américain va avoir recours à tout un corpus constitué de jurisprudence, de doctrines et de législations. Cet ensemble de documents, s'étale sur six siècles et devient de plus en plus massif chaque année. Dans ces textes, qu'il est possible de qualifier de sibyllins, se trouvent pour un auteur comme Oliver Wendell Holmes Jr, les restes de ce qu'il nomme, les prophéties du passé. Sur ces éléments s'ajoutent les situations juridiques qu'elles ont su résoudre.

Cet ensemble constitue ce qu' Oliver Wendell Holmes Jr nomme les oracles du droit[225]. Nous voyons un aspect quasi mystique du droit très prononcé, qui permet de nourrir son imaginaire. Sur cette pensée, il devient nécessaire pour le spécialiste du droit de préciser la portée de ces « prophéties », dans l'intérêt de la pensée juridique. Ce n'est que passée cette étape, qu'elles pourront être généralisées. Il en résulte l'élaboration d'un système, articulé de façon étroite. Tous ces éléments passent par le biais d'un seul mouvement, qui commence avec la présentation du cas effectuée par un juriste. Ce dernier se concentrera uniquement sur les faits à caractère juridique, et non sur les aspects dramatiques et sentimentaux qui pareront l'histoire racontée par son client. Le

[222] J. Bodin, *De la république*, L. III, chap. 5, cité par C. Cambier, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, F. Larcier, 1947, p. 336.
[223] O. Wendell Holmes Jr, *op., cit,* p. 2.
[224] E. Millard, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *op., cit,* (consulté le 8 décembre 2020).
[225] O. Wendell Holmes Jr, *op., cit,* p. 2.

droit doit éviter de mettre en avant des décisions guidées par les sentiments, seuls comptent les faits et la réalité qui doit en être dégagée. Le passage qui permettrait aux fictions d'accéder au droit, semble condamné. Il ne s'agit cependant que d'une apparence. L'objectif mis au point par le réalisme juridique américain, est de dégager les analyses finales, ainsi que les généralités abstraites du droit.

En dépouillant le récit de tous les aspects qui ne servent en rien la qualification des faits juridiques, le juriste permet la simplification de la compréhension et de la mémorisation de ces « prophéties » du passé.

B La volonté du juge constitutionnel de proposer un raisonnement clair

Dépouiller le récit d'artifices grossier, empêche la construction de la fiction. Le retrait d'informations qui alourdirait inutilement le récit juridique, permet de rendre plus facilement un jugement clair, établissant un lien avec les décisions anciennes. Ces dernières depuis, ont mué en propositions générales. Elles ont été réunies dans les divers traités et dans les lois édictées dans la forme voulue, c'est-à-dire générale et abstraite. Cette présentation renforce l'aspect prophétique des lois chez Oliver Wendell Holmes Jr[226]. Par ce lien effectué avec les prophéties, il y a là un caractère inamovible des règles, qui ne seraient corrompues par l'imaginaire. Ces normes ne peuvent être changées sous aucun prétexte. Le risque dans cette logique, serait de modifier l'avenir déjà prévu par les textes de lois. Ce futur se manifeste par le raisonnement du juge. La « théorie traditionnelle qui considère l'opération d'interprétation comme un phénomène rare dans la vie du droit traduit son attachement à des illusions encore plus profondes[227] ». Il ressort de cette vision, un aspect contraignant de la sécurité juridique. Si les textes sont modifiés, alors la réaction du juge sera difficilement envisageable pour les spécialistes du droit. Ces derniers deviendront incapables d'anticiper sa décision. Le droit, et plus particulièrement le droit constitutionnel, revêt un aspect immuable bien plus important que ce qui peut se voir dans d'autres systèmes.

Aux États-Unis par exemple, la position particulière du droit constitutionnel justifie le fait, qu'il n'ait pratiquement pas évolué depuis près de deux cent ans. De

[226] O. Wendell Holmes Jr, *op., cit,* p. 3.
[227] J. Lenoble, F. Ost. *Droit, mythe et raison, op. cit.,* p. 73.

même en France, malgré les multiples changements de Constitution et de régimes politiques, le juge continue de composer avec des normes anciennes, telle la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La fiction du droit constitutionnel la plus représentative des lacunes du système juridique se fonderait sur la croyance, selon laquelle le fait réel est entièrement mis en lien avec la norme juridique. L'interprétation doit être considérée comme une fonction de la volonté et non de la connaissance. Le sens d'un texte est le résultat d'une prescription. Si le juge constitutionnel veut être en mesure d'accomplir la tâche qui lui a été assignée, il se doit de ne pas se disperser en extrapolant ses fonctions. Il lui faut suivre une ligne de conduite précise. D'une certaine façon, il est nécessaire de se méfier de l'esprit humain. Il est libre d'interpréter la chose, dans le sens qui l'avantage le plus. Il s'agit là de la scotomisation. Cette dernière se définit comme un mécanisme de défense, permettant de nier l'existence de faits[228]. Le champ de conscience se trouve alors rétréci.

Au final, l'esprit voit ce qu'il choisit de voir et rejette ce qui ne lui convient pas. A ces éléments, ajoutons que le texte juridique n'a, avant l'interprétation, aucune signification qui pourrait être découverte. Cette révélation explique que les lecteurs vont donner au texte, une valeur dont ils se serviront ou non pour la suite. Ils sont libres dans leur choix. Sur la norme constitutionnelle, il devient envisageable de considérer « comme universel que jamais un énoncé n'a qu'un seul sens... la polysémie est la règle[229] ». Il est également admis de ne conférer à un texte, aucun intérêt particulier. La théorie de la connaissance reconnaît l'inexistence de faits bruts. L'observation permet la construction de l'objet[230]. Elle n'est pas sans nourrir la fictivité qui peut l'entourer. Un langage construit comme celui des juristes, continue d'alimenter cet aspect, par la possible abstraction du réel. La thèse qui traite « du fait réel », contribue à la mise en place d'une épistémologie surannée. Elle caractérise le langage et la connaissance, de la même façon qu'une peinture pourrait rendre compte de la vérité. Les deux entretiennent une relation spéculaire avec la réalité[231]. Le juge constitutionnel par certaines de ces actions, contribue à réduire la production de faits réels en justice. Son action est

[228] A. Porot, *Manuel alphabétique de Psychiatrie*, Presses Universitaire de France, Paris, 1996, collection Bibliothèque de psychiatrie p.632.
[229] F. François, « Caractères généraux du langage » in A. Martinet (dir.), *Le langage*, Paris, Gallimard, coll., Encyclopédie de la Pléiade, 1968, p.43.
[230] G. Bachelard, « Noumène et microphysique », *in Etudes*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, coll., Bibliothèque des textes philosophiques, 1970, p. 17.
[231] J. Broekman, *Recht en antropologie*, Amsterdam, Antwerpen, coll., Rechtstheorie, 1979, p. 100.

déterminée par l'effet juridique voulu. Il va sélectionner et aménager le complexe des faits[232].

Les choix du juge constitutionnel vont être fondés par les faits allégués, lorsqu'il examinera par exemple une Question Prioritaire de Constitutionnalité. Les partis vont devoir prouver les éléments, selon lesquels une norme est contraire à la Constitution. La réalité doit être établie par la norme constitutionnelle, qui doit concorder avec les faits. Nous pouvons penser ici à la phrase de Chaïm Perelman « les faits établis ne sont pas du tout les faits réels[233] ». Le juge constitutionnel est capable de fonder son jugement de constitutionnalité à la fois sur une interprétation du texte constitutionnel, mais également sur une loi déférée. Il devient alors co-constituant tout en étant co-législateur. Cette situation n'est pourtant pas prévue explicitement, par un quelconque texte de droit. Malgré les prétentions réalistes liées au droit constitutionnel, nous pouvons constater que sa pratique va entraîner de nombreuses fictions juridiques.

[232] Sur ce sujet v. F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit*., p. 35.
[233] C. Perelman, « La spécificité de la preuve juridique », *Journal des Tribunaux*, n° 4255, 29 novembre 1959, p. 661.

Section 2 La place tempérée du réalisme constitutionnel face aux fictions constitutionnelles

Le Conseil constitutionnel par ses compétences accrues et l'usage qu'il fait de ses pouvoirs, inquiète de plus en plus de personnes y compris celles qu'il a juré de protéger. La Constitution est avant tout, un texte chargé de prévoir l'existence des différents pouvoirs politiques, ainsi que leurs compétences au sein du régime juridique. Son but est ainsi de rendre l'action des gouvernants légitime, tout en garantissant les droits des citoyens. Le juge constitutionnel se présente comme un protecteur des libertés publiques. Le fait qu'il ne soit pas légalement désigné comme un représentant des citoyens, inquiète. Le juge constitutionnel demeure un représentant de la loi qui, à l'instar des autres magistrats, n'est pas élu. Cette situation ne l'empêche pas de prendre des décisions à l'échelle nationale, qui vont avoir des conséquences sur la vie des individus. Bien que prétendant agir au nom du peuple français, rien ne semble attester que le juge constitutionnel ait eu cette autorisation. Le travail du Conseil constitutionnel possède une véritable dimension politique, qui semble pouvoir se passer des contraintes électives. Cette situation lui fait occuper une place spécifique par rapport à d'autres organes étatiques, présentés comme œuvrant pour la volonté générale, mais élus (Paragraphe 1). Le Conseil constitutionnel se présente comme la jonction entre les citoyens et le pouvoir politique même, entre lesquels il semble permettre la médiation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Un droit constitutionnel représentant des citoyens, face au pouvoir politique

S'il souhaite garantir la pérennité des libertés publiques, le juge doit veiller à mettre en avant un droit constitutionnel des plus concrets. Par cette contrainte, la Constitution va autoriser l'émergence d'une législation protectrice vis-à-vis des citoyens, lesquels sont régulièrement mentionnés pour justifier l'action constitutionnelle. Un texte normatif à l'énoncé clair, consolidera sa volonté d'un droit pratique évident. Par cette condition seront évitées des insinuations trop vagues, qui

autoriseraient des interprétations arbitraires de sa *lettre* (I). Pour justifier son action, le juge constitutionnel va prétendre agir au nom de l'intérêt général. Une action au nom du peuple est pourtant revendiquée par la plupart des corps élus. Le Conseil constitutionnel, qui n'est pas désigné par le peuple, va régulièrement être amené à s'élever contre des personnalités présentes, suite à une élection politique. C'est le cas notamment des députés de l'Assemblée Nationale qui sont, d'après les textes constitutionnels, censés représenter le peuple. Suite à ces prétentions, la question de la « représentation » préfigure de nombreuses incertitudes, à propos du sens véritable de ce terme (II).

I La nécessité d'un droit constitutionnel concret pour se prémunir de l'arbitraire

Au-delà de l'écriture du texte constitutionnel pour garantir l'exercice du régime en place, c'est la manière par laquelle la norme sera appliquée qui va permettre au droit constitutionnel d'exister pleinement. La réalité politique va pourtant parfois être différente, par rapport à ce que la norme suprême avait originellement prévue (A). Pour éviter de voir les écrits constitutionnels dévier de leur objectif initial, il va être nécessaire pour le pouvoir constituant d'élaborer des énoncés précis, qui ne laissent aucune incertitude sur la valeur de leurs contenus (B).

A Une mise en pratique de la constitution contrariée par des exigences précises

Afin d'offrir un droit pleinement effectif, l'usage de la fiction est nécessaire pour permettre la garantie des valeurs les plus philosophiques des textes de la norme suprême et le droit qu'il contient. Ce dernier ne doit pas être écarté. Ce droit possède une véritable portée, du fait qu'il ait été inscrit sur une norme juridique. Il n'empêche que pour cela, les acteurs du droit constitutionnel paraissent être en porte-à-faux. Cette réalité d'un juge constitutionnel à la fois co-constituant et co-législateur, dégagée par Michel Troper, ne peut cependant être validée comme telle. S'il s'agissait d'un fait avéré, cela reviendrait à écrire que le juge constitutionnel a la main mise sur l'ensemble

des normes. Il serait responsable de la création et de l'application de chacune d'entre elles. La norme constitutionnelle n'est pas celle qui est écrite, mais celle qui est appliquée et qu'il est possible d'imposer aux comportements de la société. Cette norme est subjectivement reconnue par ceux qui ont le devoir de la faire respecter. Par conséquent c'est l'application qui en est faite, qui permet de constater objectivement sa portée. La pratique du droit constitutionnel et du droit en général, révèle cependant que l'utilisation faite de la règle n'est pas obligatoirement, le résultat de la *lettre* du texte normatif[234]. Dès le moment où la Constitution est considérée comme étant supérieure aux autres normes de façon immuable, il est nécessaire que certaines fonctions soient particulièrement observées, à l'image du juge constitutionnel.

Il existe deux types de règles constitutionnelles. Les premières apparaissent comme constitutives, du fait que leur simple énonciation permet de faire exister ce qu'elles ont pour objet d'instituer. Il peut tout aussi bien s'agir de l'assemblée nationale, le rôle du gouvernement, ou bien les citoyens entre autres. En second lieu se trouvent les règles régulatives. Leur mode de fonctionnement apparaît comme plus délicat. Elles prévoient des actions spécifiques, de façon directe ou indirecte. Leurs prescriptions n'ont pas nécessairement de liens de cause à effet, vis-à-vis des règles qui les ont prévues. La garantie des droits repose sur ces textes régulatifs. L'ensemble des règles constitutionnelles peut faire appel au même titre que n'importe quel texte normatif, à des fictions et à des concepts qui y sont liés. La fiction constitutionnelle se réfère à une réalité sensible, qui présente un nouvel élément issu d'une altération, ou complètement nouveau par rapport à la réalité que l'on connaît[235]. L'article 1er de la Constitution, lorsqu'il prévoit le territoire de la République française comme indivisible[236], se fonde ainsi sur un concept fictionnel. Ici le texte ne repose pas sur une simple dénomination de la réalité, à laquelle il est confronté.

Il utilise à la place, un terme qui offre une représentation erronée de la réalité. Cette dernière ne peut exister sans l'élément normatif qui y fait mention. Le concept fictionnel se présente alors comme une redéfinition de la réalité, et non une simple fragmentation de celle-ci. Ce constat permet de renforcer l'idée selon laquelle, les

[234] P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 1997, p. 27.
[235] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *Le droit de la Fontaine*, [En ligne], mis en ligne le 13 décembre 2015, Url : www.ledroitdelafontaine.fr/limaginaire-constitutionnel/, (consulté le 9 octobre 2020), p. 3-4.
[236] Const, art. 1er, al. 1er : «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

concepts fictionnels revêtent un aspect pragmatique, permettant au droit de parvenir à ses fins. Les ambitions de la norme juridique peuvent aboutir au résultat espéré[237]. La question de savoir comment le juge constitutionnel doit être considéré, demeure. Pour certains, le Conseil constitutionnel ne représente qu'un juge vaguement extraordinaire, présent pour montrer le chemin au législateur[238]. Ces observations reviendraient à présenter la norme suprême comme une simple règle du jeu, avec des normes relevant simplement de la description[239]. L'importance du juge se justifie par le fait, que ces règles du jeu revêtent des valeurs fondamentales.

Depuis la décision constitutionnelle *Liberté d'association*[240], il est évident que les décisions prises au sein de cette juridiction à la différence des autres, possèdent un caractère politique[241]. Dès cet instant, l'application d'un jugement réaliste ne semble pas être une solution profitable pour le juge constitutionnel, ainsi que pour la tâche qu'il se doit d'accomplir. Il ne faudrait pas détourner le Conseil constitutionnel de son objectif initial. Dans ses travaux, Georges Vedel lui-même faisait état d'un double discours. Il expliquait que cette institution juridique avait pour tâche de protéger les individus et les groupes, contre le législateur. Ce dernier exerce pourtant la souveraineté nationale[242]. Si nous nous fondons sur une vision réaliste, faisant du juge constitutionnel un colégislateur, alors il devient son propre adversaire à combattre. Il s'agit d'une perspective illogique, sur laquelle nous ne pouvons nous reposer.

Le fait qu'une norme puisse avoir difficilement des applications concrètes dans la réalité, ne doit pas permettre une atteinte au principe. Le droit constitutionnel, comme les autres disciplines du droit, contraint ses acteurs à se référer à des énoncés précis. Si cette condition n'est pas remplie, ce sont les fondements de la démocratie qui vont être remis en question.

---

[237] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p. 4.

[238] V. pour exemple, L. Favoreu « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, t. 83, 1967, pp. 5-120.

[239] Pour exemple l'article 34 de la Constitution sur les compétences de la loi, ne serait qu'un simple inventaire.

[240] Décision n° 71-144, DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, rec. p.29.

[241] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », Pouvoirs, n°114, 2005, p. 13.

[242] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *Pouvoirs*, n°45, avril 1988, p.149.

B Une mise en pratique de la Constitution fondée sur des énoncés précis

Si les agissements du Conseil constitutionnel au nom des citoyens, peuvent passer pour une application des textes disproportionnée, il n'en est rien. La norme suprême continue de voir son texte être respecté par le juge. Ce rôle de protecteur attribué au Conseil constitutionnel, possède un fondement juridique et sociologique, qui prend place dans un double discours au contenu contradictoire, mais nécessaire. Il se dégage de ce mode de pensée, une partie à forte connotation juridique. Elle est destinée au législateur même, plus précisément à la classe politique et aux partis. Les décisions du juge constitutionnel expriment avant tout des choix de valeurs dégagées, au travers de dispositions que le juge a le pouvoir d'interpréter en toutes libertés[243]. La question est de savoir par quelle manière les juges qui ne sont pas des personnes élues, mais des individus nommés par des détendeurs d'une partie du pouvoir politique, comme le chef de l'État ou le président d'une assemblée parlementaire, peuvent s'opposer aux représentants de la nation souveraine ? De même, il leur est possible d'offrir un nouveau sens à certaines valeurs politiques[244]. Une forme de fiction apparait ici, par le biais d'un système qui s'autoalimente.

La fiction permet au droit d'exister. En retour, dans le but de se perpétuer, le droit va faire en sorte d'accréditer cette fiction. Il ne s'agit pas d'une organisation propre au droit constitutionnel. Elle se retrouve plus ou moins dans toutes les branches du droit, tel le contentieux de l'annulation en droit administratif par exemple. A l'échelle de la Constitution, ce sont les fictions relatives à « l'intérêt général » qui vont être particulièrement visées. Ce terme fortement connoté, va régulièrement être employé comme critère permettant d'apprécier la constitutionnalité d'une norme, ou pour justifier certains agissements, que nous verrons plus tard. Cette situation ne signifie pas que le juge constitutionnel profite de ce mécanisme et manque de probité. Au contraire, cela indique encore une fois que sa tâche est complexe, plus particulièrement lorsqu'il veut être pleinement efficace. Voir le juge constitutionnel donner une nouvelle tournure à des valeurs, n'apparait pas comme une capacité qui lui est exclusive. Le Conseil d'État ou encore la Cour de Cassation, sont également libres d'en faire autant sur leurs

[243] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *op., cit*, p. 13.
[244] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 150.

domaines respectifs. La différence réside dans la portée des actes du juge constitutionnel.

Une loi ordinaire est en mesure de défaire un arrêt rendu par la juridiction suprême de droit privé ou public. Les décisions constitutionnelles ne rendent en revanche des comptes, qu'à la Constitution. Les juges du fond sont eux aussi obligés d'opérer des choix de valeurs, notamment lorsque la loi nationale est écartée au profit d'une règle internationale. Cette dernière est aussi capable, de prévoir des droits fondamentaux pour les citoyens. Ce sont ces mêmes juges nationaux qui décident si ces conventions sont d'effets directs ou non, en fonction de la précision de textes qu'eux seuls jugent. Cette pratique va à l'encontre du positivisme d'un auteur comme Carré de Malberg. Pour sa part il estime que ; « La Constitution se fait uniquement au moyen de textes : les intentions de ses auteurs ne comptent pas ou, du moins, elles ne possèdent pas force constitutionnelle[245] ». La Constitution devient un gigantesque éventail, permettant de dissimuler le véritable pouvoir du juge[246]. Le concept fictionnel permet de dévoiler un nouvel aspect de la réalité, dont les effets se font ressentir par le prisme de l'interprétation[247]. Le déni qui est fait concernant la portée réelle de ces fictions juridiques, entraîne des malentendus sur la caractérisation du droit.

La fiction la plus nocive pour l'ordre juridique, serait celle expliquant qu'il n'existe pas de fictions en droit. Le cas du juge constitutionnel, nous permet de nous en rendre compte. La fiction développée au sein du droit constitutionnel, peut être estimée comme trop compromettante. Le simple fait de les avouer, pourrait être perçu comme discréditant, et synonyme de complication pour le système organisationnel. Preuve de cette réalité gênante, rares sont les juges ou les juristes qui ont admis qu'il était fréquent de reconnaître cette capacité à « juger ce que l'on veut ». Cette théorie ne rentre, ni dans les croyances des juristes se reconnaissant dans la doctrine du droit naturel, ni ceux positivistes, et encore moins ceux qui ne se réfèrent exclusivement qu'aux textes et à la jurisprudence, excluant la moindre forme d'interprétation[248]. La fictivité du droit est principalement mise en cause par des théoriciens réalistes, se revendiquant inspirés par

[245] R. Carre De Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1984, p. 107.
[246] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *op., cit*, p. 14.
[247] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, p. 4.
[248] J.-M. Belorgey, « Avant-propos », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 364.

la pensée sociologique du droit[249]. Cette « réalité » qui aurait été créée par les juristes au cours de l'histoire, aurait conduit à leur auto-isolement, les enfermant dans un univers de pures formes[250].

La création d'un droit constitutionnel élaboré par les juristes pour les juristes, nous fait prendre conscience des éventuels risques de le voir mettre à l'écart les principales préoccupations de la société dans son ensemble. Le droit constitutionnel ne peut exister que pour lui-même. Il doit servir la communauté, en se préoccupant de la volonté générale des citoyens. En veillant à conserver cet objectif du droit constitutionnel, le juge veille à ce que les politiques dans leurs prises de décisions, n'oublient pas qu'ils agissent au nom de ceux qui les ont élus.

II Un droit constitutionnel soumis au problème de la représentation

Le juge constitutionnel mène une action qui pourrait être considérée par certains de ses détracteurs, comme trouble. Afin d'éviter de se voir accusé d'ingérence dans les affaires de la vie politique, le Conseil Constitutionnel souhaite légitimer son action, en précisant agir au nom des citoyens. Ses actes seraient guidés par son devoir de faire respecter la volonté générale (A). Cette dernière ne saurait être intouchable. Elle pourrait être bafouée, y compris par ceux ayant pour tâche de représenter les citoyens au Parlement (B).

A Le juge constitutionnel face à la fiction de la volonté générale

Le droit constitutionnel trouve la raison de son existence, dans le fait qu'il doit rester en toutes circonstances, au service des citoyens. En théorie la norme suprême a pour ambition de prévoir les bases d'un régime politique, utile au développement d'une société. Cette dernière à son tour, offrirait un cadre de vie à toute une population, pour

[249] V. pour exemple « It is only because we adopt this fiction that we can talk solemnly of the government 'of laws not men' », H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3ème éd., pp.11-12.
[250] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, coll. L'antiquité au présent, 2008, p. 277.

qu'elle puisse jouir d'une vie paisible, protégée par tout un corpus de règles juridiques, garantissant une vie stable. L'existence d'une réalité juridique irait de pair avec une existence sociale. Elle aurait une double justification. Sur le plan interne, le discours mythique conduirait le droit à se prendre pour objet. L'imaginaire juridique serait le résultat de la réflexion du droit sur lui-même[251]. Cette situation tend à prouver la présence d'une véritable quête d'identité autour du monde juridique, expliquant pourquoi le droit n'a jamais été en mesure de trouver une définition exacte concernant sa nature. Sur le plan externe, cette recherche d'une fondation juridique sous-entend qu'une valeur transcendante extérieure à la réalité juridique est à l'œuvre[252]. Le droit s'est attaché à élaborer des concepts abstraits qui progressivement, auraient été considérés comme des figures de l'être.

Ces notions s'apparenteraient à des réalités, qui possèdent une vie propre. Elles sont dotées d'une objectivité, que l'on ne saurait nier. La connaissance juridique permettrait de manifester toute l'adéquation intellectuelle qui en ressortirait[253]. Le droit devient l'objet d'une affirmation absolue[254]. Le droit constitutionnel construirait par le biais de ces procédés, sa fiction[255]. L'être juridique qui finit par émerger de ces appréciations, est le résultat de ce nouveau formalisme[256]. Le droit constitutionnel tenterait par cette technique, d'être le « médiateur entre le ciel et la terre[257] ». Par ces observations la solution à l'interrogation sur la capacité des juges pour s'opposer au pouvoir élu, reposerait sur plusieurs éléments. Tout d'abord selon Vedel, le Parlement législateur est un pouvoir « constitué ». Cette expression signifie qu'il ne peut exprimer la volonté générale, que dans le cas où il respecte les conditions que la Constitution a posé. Sont donc ici concernées, les règles de formes et de procédures qui prévoient l'exercice du pouvoir législatif. Cela inclut aussi un respect des règles de fond, touchant aux principes que la Constitution réclame, afin de limiter le contenu des textes législatifs[258].

---

[251] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann, coll., Le Bel Aujourd'hui, 2007, p. 123.
[252] J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, Paris, PUF, coll., Thémis Philosophie, 1996, p. 5.
[253] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, *op., cit*, p. 279.
[254] L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, Flammarion, Paris, coll. Champ historique, 1982, p. 63.
[255] Y. Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, Le Seuil, coll. Hautes Etudes, 2011, p. 151-152.
[256] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, *op., cit*, p. 282.
[257] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, *op. cit*, p. 96.
[258] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 150.

En partant de ce principe, le juge constitutionnel qui censure une loi car il lui reproche de ne pas respecter un droit, ou une liberté que la constitution aurait définie et se serait engagée à garantir, accomplit bel et bien son devoir[259]. En effet, en pointant une telle loi incriminée, le juge constitutionnel reproche au Parlement, d'aller à l'encontre de la mission, selon laquelle il se doit d'exprimer l'intérêt général au nom de la nation. Par ses jugements, le juge constitutionnel est amené à apprécier le « droit », au sens le plus large possible. Il va au-delà de la conception normativiste qui s'attache au discours juridique du législateur. Une distinction sera opérée entre le droit exprimé et le discours doctrinal sur le droit[260]. L'approche axiologique est l'autre conception, sur laquelle le juge va se reposer. Dans ce cas de figure, le droit permet d'exprimer la solution la plus juste ou équitable[261]. Encore faut-il que le juge ait une connaissance solide des valeurs qu'il est censé protéger. Ici, il s'agit principalement de celles véhiculées par la volonté générale. Il ne peut être reproché au contrôle de constitutionnalité de porter atteinte à cette dernière. La raison en est évidente, la juridiction constitutionnelle même, représente un pouvoir à l'origine constitué.

Par ce fait le juge constitutionnel en personne, ne pourrait s'opposer à une révision de la Constitution, qui permettrait au législateur de se débarrasser d'une norme constitutionnelle incompatible avec la loi. Cette situation revient à écrire que le pouvoir constituant, la meilleure expression de la souveraineté nationale, peut se permettre à posteriori, de s'opposer à la censure du Conseil constitutionnel. Non seulement il peut agir ainsi, mais il le fait en préservant la souveraineté nationale et la volonté générale. La seule condition est bien entendu que les pouvoirs publics et, si nécessaire les citoyens par le biais du référendum, puissent mettre ces dispositifs en action, tout en respectant la procédure appropriée. Dans ce contexte, c'est la révision de la Constitution qui serait invoquée. Ce dernier élément nous emmène à penser que le juge constitutionnel se doit d'être surveillé. De lui dépendent beaucoup de facteurs importants pour la démocratie et la volonté générale.

Si le Conseil constitutionnel peut se voir accuser de mettre en péril la volonté générale, encore faut-il savoir ce que cette dernière désigne exactement. En effet, le

[259] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 150.
[260] O. Pfersmann, « Les modes de la fiction : droit et littérature », in F. Lavocat (dir.) *Usages et théories de la fiction-Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVIè-XVIIIè siècles)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. Interférences, 2004, p. 48.
[261] E. P. Haba, « Sciences du droit-quelle « science » ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *Archives de philosophie du droit*, t.36, 1991, pp.167-169.

terme est souvent revendiqué par les organes politiques, que cela soit pour justifier une action, ou au contraire en sanctionner une autre, supposée aller à son encontre. Le terme est vague. Nous le voyons son emploi atteint ses limites, lorsque le Conseil constitutionnel prétend défendre la volonté générale contre le Parlement, lui-même représentant du peuple.

B Le juge constitutionnel, un représentant supposé des citoyens

Le discours politique fait de la notion de « volonté générale », une expression passe-partout. Elle permet de justifier dans le débat, toute sorte de prétentions. Bien que le terme soit régulièrement employé, rares sont ceux qui rappellent son sens originel, celui qui fait écho à sa valeur première pour justifier le besoin de la défendre. Cette volonté générale à laquelle il est souvent fait mention, en particulier par le Conseil constitutionnel, représente dans ses prétentions une certaine forme de fiction. Le terme est souvent employé, sans savoir ce qu'il signifie réellement. Les échanges politiques en font un objet nébuleux, mais peut-être que cette « volonté générale » l'est depuis ses origines. Expliquer la volonté générale s'avère complexe. Il n'existe pas de véritable définition pour la présenter. Il s'agit d'un terme jugé trop vague, incapable de désigner quoique ce soit de précis. Dans la vision propre au légicentrisme de 1789, la loi est réputée être l'expression de la volonté générale. Elle est la manifestation d'un désir créé par ceux qui seront soumis à cette norme, ou leurs représentants[262]. Ce texte se forme à la suite d'une délibération mélangeant les différentes volontés individuelles, semblables selon l'Abbé Sieyès, à une fermentation. L'ensemble de ces volontés, forme finalement un tout unique[263].

La loi demeure l'expression de la volonté générale. Tout le droit est contenu dans ces textes de lois. Les actes provenant d'un autre organe en seront considérés comme l'application. La Constitution représente un texte qui va bien au-delà d'une simple règle

[262] D.D.H.C., art. 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

[263] E. J. Sieyès, Séance du 7 septembre 1789, *Archives administratives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, tome VIII, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, Collection les archives de la révolution française, 1884, p. 593.

de jeu. Elle possède aussi un sens politique. Il devient alors possible de considérer le Conseil constitutionnel, comme un représentant du peuple. Cela peut aussi bien inquiéter, que rassurer. Il est nécessaire de garder à l'esprit que, la représentation implique l'idée d'une fenêtre donnant sur une réalité qui appartient au passé, par le biais de l'image. La représentation propose une substitution de l'image au réel. Lorsqu'elle fait sienne la réalité qu'elle propose, cette matérialité disparaît. La représentation s'attache à l'idéalisation, à l'absence et quelque part aussi, au vide qu'elle tente de compenser[264]. Pour Jean Luc Nancy « la représentation n'est pas d'abord la copie de la chose, mais la représentation de l'objet au sujet-la constitution de l'objet en tant que tel[265] ». L'idée de la représentation peut s'apparenter à une illusion, pour donner l'impression que quelqu'un prend part à la conversation. La fiction cherche à prendre la place, de ceux qui ne peuvent participer physiquement au débat.

Bien évidemment, le pouvoir politique se veut représentatif de la population. Pour cette raison, il assure au nom d'une légitimité quelconque, sinon par la force, la gouvernance. Sans gouvernements, il ne pourrait y avoir de gouvernés et inversement. Pour asseoir ses prérogatives, le gouvernement va chercher à mettre en valeur ceux pour qui, il prétend prendre les décisions. Est alors utilisé tout un champ lexical pour désigner la population, comme par exemple « peuple », ou « nation » entre autres. Le pouvoir politique tente ainsi de justifier ses actions, en semblant agir seulement au nom de la volonté de ses mandants[266]. Lui ne ferait que traduire au mieux, les aspirations de ses citoyens. Deux hypothèses peuvent être dégagées, à partir de la question liée à la représentation par le juge constitutionnel. L'une voit le Conseil constitutionnel devenir un colégislateur. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen permet au juge constitutionnel de coexister avec le contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il empêcherait la promulgation d'une loi votée par le parlement, qui lui aussi agirait au nom de la volonté générale, le ferait en tant que contre-pouvoir du désir parlementaire[267].

Cette démonstration des prérogatives exercées par le Conseil constitutionnel, ne peut se justifier que si l'on considère le juge constitutionnel, comme un représentant du

[264] R. Barthes, *La chambre claire : note sur la photographie*, Paris, Cahiers du Cinéma-Gallimard-Seuil, 1980, p.8.
[265] J.-L. Nancy, *Au fond des images*, Paris, Galilée, coll., Ecritures/ figures, 2003, p.74.
[266] D. Turpin, « Représentation et démocratie », *Droits*, n°6, Janvier, 1987, p.79.
[267] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *op., cit*, p. 14.

peuple, ainsi qu'un législateur[268]. L'autre hypothèse verrait le contrôle de constitutionnalité, comme une altération de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La Constitution viendrait remplacer la loi dans ses prétentions à représenter la volonté générale. La souveraineté appartiendrait non plus au législateur, mais au constituant. Il faut cependant rappeler, que la volonté de ce constituant découle de la norme suprême. Elle se retrouve opposée au législateur, par le biais du Conseil constitutionnel. Cette dernière juridiction deviendrait la représentante du peuple constituant[269].

Le problème réside sur le jeu de mot fait avec la notion de « représentant ». Si le Conseil constitutionnel est le représentant du peuple, cela s'est opéré sans que ce dernier ne lui ait donné son consentement explicite. Pour autant, il semble que ce besoin des citoyens d'être représenté se soit imposé de lui-même, afin de combler une lacune du système juridique. En devenant le représentant des citoyens, le Conseil constitutionnel est en mesure de pallier aux éventuels excès de pouvoir des organes politiques, tout en agissant au nom de la démocratie.

Paragraphe 2 Un droit constitutionnel conciliant la volonté générale avec celle des organes politiques

Afin que les lois dictées par les gouvernants aux gouvernés, soient jugées comme démocratiques et par conséquent en mesure de servir la volonté générale, il est nécessaire que les citoyens prennent part au processus d'élaboration des lois. Il n'est cependant pas possible, de voir l'ensemble de la population participer physiquement à la création d'une norme. Des individus vont être désignés par l'intermédiaire des élections, afin de représenter les personnes qui les ont élus. Le pouvoir politique va avoir parmi ses membres, des personnes chargées de représenter l'intérêt des citoyens. De cette manière, le caractère arbitraire du pouvoir politique disparaît. Les obligations prises sont légitimées par le fait, qu'elles sont dictées par la volonté du peuple français (I).

[268] M. Troper « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in P. Comanducci & R. Guastini (dir.) *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp.132-133. (131-144)

[269] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, p.184.

Néanmoins, la notion de « représentation » politique atteint rapidement ses limites. Différentes figures du pouvoir politique sont contraintes d'agir au nom de la volonté générale. En certaines circonstances, il va être difficile de savoir qui a véritablement un rôle vis-à-vis de la population, et qui n'en a pas. Tous les membres de la société ne sont pas nécessairement représentés par les mêmes personnes, ce qui peut entraîner des conflits en fonction des visions de chacun (II).

I La fiction de la représentation citoyenne, au travers du pouvoir décisionnel

En théorie les représentants des citoyens agissent au nom de leurs électeurs, afin de faire entendre la volonté de ces derniers, au pouvoir en place. La notion de « représentation » renvoie à plusieurs formes d'appréciations, si bien qu'il est difficile de savoir exactement à quoi correspond le rôle d'un « représentant » (A). Même la Constitution semble retranscrire avec peine cette notion, au travers de ses textes. De nombreuses incertitudes demeurent autour de cet idéal, apparemment altéré par la pratique politique au fil du temps (B).

A Une difficile représentation de la volonté générale par le pouvoir politique

Si la notion de volonté générale était déjà complexe à appréhender, celle touchant à ceux qui sont en mesure de l'exprimer et d'agir au nom des citoyens, l'est tout autant. Il existe différentes façons de faire pour le compte d'un autre. De même, les raisons de recourir à cet acte sont légions. Il peut se trouver dans le geste pour autrui une justification noble, si le représentant souhaite agir véritablement dans l'intérêt de tous et qu'il a, de par ses dispositions, les capacités de faire au mieux. Au contraire, les décisions prises au nom de ses semblables, peuvent lui servir à se déresponsabiliser d'éventuelles retombées négatives. Également, les aspects opportunistes seront tempérés si le mandataire de la confiance collective, justifie ses gestes par le fait qu'ils lui ont été dictés au nom du bien commun. Au final la véracité des faits importe peu. Les différentes hypothèses qui vont être ici exprimées à propos de la représentation,

renvoient avant tout à une appréciation variable de la notion. Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler clairement que le principe du consentement par l'intermédiaire d'un représentant, s'avère être une véritable fiction. Cette dernière est nécessaire à l'ordre juridique. Cet aspect fictif ne peut être occulté, dans le souci d'éviter de voir un jour une fiction mise en péril par la réalité qu'elle a dédaignée.

D'un certain point de vue le représentant peut être considéré, comme celui qui incarne l'autorité juridique par l'exercice de son pouvoir politique. Sous un autre regard, le représentant se révèle être capable de reproduire une volonté déjà bien présente, grâce à un texte en mesure de la mettre en place. Par certains aspects la volonté générale émane de la figure du représentant. D'un autre côté, le représentant s'échine à faire en sorte que ces idées prennent corps. Le juge constitutionnel français se doit de trouver une position, pour réunir ces deux considérations. La notion de représentation peut ainsi continuer à être celle mise en place au cours de la Révolution française, avec la loi comme seule émanation de la volonté générale. Cela serait pourtant nier l'évolution du concept, et le fait qu'il a été précisé que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. De même, si le juge constitutionnel est relié à la fonction constituante, des conséquences plus troubles en découlent. Un choix s'offre à lui. Le juge peut stopper ses fonctions visant à trancher des litiges, pour se concentrer sur des visées propres aux organes politiques. Autre possibilité, s'il décide de poursuivre dans ses activités juridiques, alors il doit se contenter de perpétrer une volonté déjà exprimée par la norme suprême. Il perd son statut de représentant, pour être un exécutant.

Curieusement, au travers de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, c'est la notion de volonté générale qui a le plus retenu l'attention des juristes. Nous pouvons constater qu'elle n'est qu'une infime partie des valeurs dégagées par le texte. Ce dernier semble plus se focaliser sur les idéaux liés à l'équité entre les différents citoyens. Comme le souligne Pierre Joxe, le texte de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen soulève de nombreuses ambiguïtés sur ce point. De manière évidente, il peut être admis que la loi se réfère au droit en général et s'oppose finalement à ce qui est illégal. La réalité juridique rend pourtant la chose plus complexe. Elle présente la loi comme la règle de droit rédigée par le législateur, par le biais de l'Assemblée Nationale et du Sénat, puis promulguée par le Président de la République. Ces derniers n'ont cependant pas l'exclusivité de la création de nouvelles règles. Les institutions de l'Union européenne ont également la capacité de créer de nouvelles normes, comme nous le verrons plus précisément par la suite. Les règles internationales

n'œuvrent pourtant pas exclusivement pour le peuple français, comme le suggérerait la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ou les idéaux de Rousseau, mais pour les citoyens d'un ensemble de pays sans distinction.

Ceci tend à indiquer que la volonté générale englobe des échelles variables. Le texte se montre imprécis sur ce qu'il entend, lorsqu'il utilise l'expression « volonté générale ». Jean-Jacques Rousseau l'un des penseurs ayant marqué de son empreinte la Révolution de 1789 avait su éviter cet écueil, en précisant que la volonté générale ne pouvait être représentée. Par la même occasion, il avait ôté aux députés leur capacité à représenter les citoyens, en expliquant que toute loi qui n'aurait pas été ratifiée par les citoyens est nulle[270]. Le régime parlementaire qui est le nôtre serait alors, incapable de représenter ses citoyens. Cette idée irait à l'encontre de la Constitution et de son article 3. Il prévoit une souveraineté nationale appartenant au peuple, mais qui s'exerce par le biais de représentants, ou par le référendum[271]. Il est possible de constater en premier lieu que d'après la norme suprême, le représentant est celui qui exerce la volonté nationale, au nom du peuple. La représentation ne doit cependant pas, être confondue avec l'élection. Mélanger les deux principes viendrait à admettre que le peuple n'exerce plus la moindre souveraineté, au moment où ses représentants ont été élus. Le mot « souveraineté » apparaît finalement comme équivoque, au point où il devient difficile de lui donner un véritable sens[272].

Chercher la véritable signification des mots employés par la norme suprême, nous révèle que les fictions peuvent naître de l'usage qui est fait de ces expressions. Le principal piège provient de termes qui à priori possèdent une signification évidente. Le contexte dans lequel ils sont employés et la portée du texte où ils sont inscrits, nécessitent une véritable analyse, afin d'en éviter une valeur abusive. Le mauvais emploi d'un mot au sens trop large ou équivoque, devient propice au détournement du texte originel, pour servir d'autres causes que celles originellement envisagées.

B La difficile représentation de la volonté générale par la Constitution

[270] J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris, éditions Flammarion, coll. GF, 2012, p. 130.
[271] Const., art. 3, al. 1 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».
[272] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français», *op., cit,* p.17-18.

L'usage qui est fait d'une expression, varie en fonction des individus et de la démonstration qui cherche à être faite. En ce qui concerne le terme « souveraineté », il parait évident qu'un emploi à des fins intéressées ne peut être empêché. De même lors d'un débat politique, une expression peut être sciemment mal employée, afin de convaincre de manière plus efficace, le public présent. Dans le cas d'un texte juridique, il serait tentant de privilégier l'hypothèse selon laquelle, donner plus de sens à la philosophie du texte de loi plutôt qu'aux mots même, ferait plus de sens pour garantir la sécurité juridique. Là encore, les dérives qui pourraient en découler seraient trop importantes. Le simple emploi du mot « philosophie » parait déjà trop abstrait. Nous le voyons plus clairement ici, protéger les valeurs constitutionnelles s'avère être un exercice ardu, tant la signification du texte peut justifier des actions extrêmement opposées. Les conséquences de l'utilisation de la norme suprême à mauvais escient, invitent le citoyen consciencieux à veiller à ce qu'aucun mauvais usage n'en soit fait, au nom de la démocratie.

L'emploi de la fiction pour comprendre la norme constitutionnelle interroge sur la proportion d'imaginaire, tolérable pour comprendre le texte constitutionnel. Il est intéressant d'analyser par exemple la mesure selon laquelle une juxtaposition d'idées reçues, dictées par l'imaginaire, est amenée à construire un mythe collectif[273]. « Il s'agira d'abord, […] d'arracher l'imagination à la situation dépendante que lui impose la philosophie classique. Une fois repéré le rôle radical et constituant de l'imagination dans les processus cognitifs individuels comme dans les processus de création historique, on pourra étudier la place et les fonctions de l'imaginaire dans la genèse et la survie des institutions. C'est ici que nous retrouverons le discours juridique, discours éminemment institué et plus que tout autre postulant sa propre transparence comme son adéquation aux objectifs sociétaires conscients et, pourtant, discours traversé par cet « imaginaire » qui ordonne son symbolisme et subvertit secrètement sa logique[274] ». La question de la place de l'imaginaire dans le concret, n'est pas une problématique nouvelle. Aristote déjà s'interrogeait sur la portée de celle-ci. Son rôle et sa nature sont troubles. D'après Aristote, « l'imagination est mouvement qui advient à partir de la

[273] Sur ce sujet v. pour exemple, C. Backes, « Idéologie et inconscient », in É. Balibar, L.Goldman, P. Macherey (dir.), *Centenaire du Capital*, Paris, Mouton & Co, 1969, pp. 170 et sv.
[274] J. Lenoble, F. Ost, *Droit mythe et raison, op. cit*., p. 185.

sensation en acte[275] ». Chez les juristes, cette présentation peut bien entendu faire écho à l'acte de création que représente la norme constitutionnelle, fondation de l'Etat.

En ce qui concerne l'imagination nécessaire pour construire la fiction, la doctrine conventionnelle explique que « plusieurs traits s'en dégagent qui confirment la place subordonnée qu'une tradition philosophique polarisée par l'être et la raison réserve à l'imagination : d'abord l'imagination est reléguée au plan psychologique et coincée entre l'intellection et la sensation sous la dépendance de laquelle elle opère ; ensuite son activité est de simple rémanence selon des processus de reproduction et de recombinaison des contenus sensoriels ; enfin, ses productions elles mêmes décalques affaiblis des images sensibles, sont suspectées d'illusion, de tromperie et de déficience[276] ». La notion de fiction en arrive à être assimilée à « un champ de mine[277] » ou à « un nœud d'apories[278] ». L'emploi de la fiction par le juge constitutionnel permet ainsi de prendre le problème auquel il est confronté et l'apprécier sous un angle nouveau. « Au lieu d'aborder le problème par la perception et de se demander si et comment on passe de la perception à l'image, la théorie de la métaphore invite à relier l'imagination à un certain usage du langage, plus précisément à y voir un aspect de l'innovation sémantique, caractéristique de l'usage métaphorique du langage. Le changement de front est déjà en lui-même considérable, tant de préjugés étant liés à l'idée que l'image est un appendice de la perception, une ombre de la perception[279] ».

Pour que l'imagination en lien avec le juridique fonctionne, il est nécessaire qu'elle ait une force référentielle. Elle doit pouvoir exister en dehors du discours politique. Il ne s'agit pas là de quelque chose d'évident. Déjà dans son usage poétique, le langage n'existe que par lui-même et reste sans référence. Pour sa part, la fiction aurait « une double valence quant à la référence : elle se dirige ailleurs, voire nulle part ; mais parce qu'elle désigne le non-lieu par rapport à toute réalité, elle peut viser indirectement cette réalité, selon […] un nouvel « effet de référence » (comme certains parlent d'« effet de sens »). Ce nouvel effet de référence n'est pas autre chose, que le pouvoir de la fiction de redécrire la réalité. On en verra plus loin la virulence sous la

[275] Aristote, *De l'âme*, texte établi par A. Jannone, trad., E. Barbotin, Paris, *Les Belles Lettres,* coll., Universités de France, 1966, p. 78. (120 p). V. également R. Lefebvre « Du phénomène à l'imagination : les Grecs et la phantasia », *Études phénoménologiques*, n° 22, 1995, pp. 97-136.
[276] J. Lenoble, F. Ost, *Droit mythe et raison, op. cit*., p. 186.
[277] P. Ricoeur, « L'imagination dans le savoir et dans l'action » *in* Henri Van Camp (dir.), *Savoir, faire, espérer. Les limites de la Raison*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, coll., Générale, 1976, p. 210.
[278] *Ibid*.,
[279] *Ibid*., p. 212.

figure de l'utopie[280] ». Comme nous l'avons écrit précédemment, le droit a pour objet de représenter le réel. La norme constitutionnelle en tant que norme fondatrice, est la pierre centrale de cet édifice, qui vise à redéfinir ce qui est vrai ou non. Par exemple, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Par cet écrit, le texte constitutionnel tente d'établir une vérité universelle. Malgré sa portée généraliste, le texte ne trouve pas une application concrète en toute circonstance. Qu'en est-il de la liberté des enfants, soumis à l'autorité de leurs parents ? La question se pose également pour les personnes en situation de dépendance.

La rédaction d'une Constitution ne suffit pas pour figer les principes juridiques d'un pays et leur offrir une application concrète. Encore faut-il que les valeurs du texte ne se perdent pas au cours de l'histoire de l'État. Cette situation prouve l'utilité de revenir régulièrement au sens originel du texte, afin que ce qui y était prévu ne serve pas à alimenter les besoins circonstanciels d'une époque précise. Le risque serait de voir le principe de base, définitivement dénaturé.

II La fiction de la représentation des citoyens disputée par les figures du pouvoir politique

La fiction de la représentation constitue une fiction si trouble, fondée sur une définition tellement incertaine, qu'il devient rapidement facile pour une figure politique de revendiquer un titre de représentant des citoyens. Le symbole du chef de l'État joue de cette image, sans que ses fonctions ne permettent nécessairement d'attester d'un rôle particulier à l'égard des citoyens (A). De même, l'ordre étatique semble également profiter de la complexité de cette notion pour asseoir certaines prérogatives confiées à des organes spécifiques (B).

A Le mythe archaïque du renouveau, reproduit par la Constitution

[280] *Ibid*.,

En ce qui concerne la fiction et le mythe politique, Ernst Cassirer souligne le fait que les nouvelles croyances ne se démarquent pas réellement des anciennes. « La théorie du culte du héros de Carlyle ainsi que la thèse de Gobineau sur la différence intellectuelle et morale intrinsèque des races n'ont cessé de faire l'objet de discussions. Mais celle-ci sont toujours demeurées académiques. Aussi a-t-il fallut quelque chose de plus pour que ces vieilles idées se transforment en armes politiques efficaces et puissantes. Il a fallu qu'elles puissent s'adapter à l'entendement d'un public différent[281] ». Un auteur comme Bronislaw Malinowski souligne que le recours aux conceptions mythiques n'est employé, que lorsqu'aucune autre technique ne peut être utilisée. Il s'agit en règle générale, de domaines qui dépassent l'homme seul. Les tâches qui ne nécessitent pas d'efforts particuliers, ne possèdent pas de fictions ou de mythologies spécifiques. En revanche dès qu'un danger ou de l'incertitude se dégagent d'une activité, une mythologie finit par en émerger avec son lot de croyances[282]. Le mythe politique s'inscrit dans ces logiques.

Comme nous l'avons écrit précédemment, la Constitution va fonder un modèle de la réalité et de ce qui est perçu comme vrai. « Le trait commun au modèle et à la fiction est leur force heuristique, c'est-à-dire leur capacité d'ouvrir et de déployer de nouvelles dimensions de réalité, à la faveur de la suspension de notre créance dans une description antérieure[283] ». La fiction politique a pour ambition de rendre possible l'irréalisable, en se fondant sur de nouvelles approches. Néanmoins, il reste la question de la vérité censée être délivrée par le droit. Comme l'explique Cornélius Castoriadis, il existe une dissimulation de l'élément imaginaire au sein de la pensée métaphysique, laquelle s'est muée en réflexion sur l'être. Ce dernier apparaît comme déterminé et la raison devient alors la vérité[284]. La Constitution, puisqu'elle a été approuvée par les citoyens, ne peut donc qu'établir des éléments justes. « Toutefois en politique la sécurité ne peut jamais être complètement assurée. L'équilibre que l'on y trouve est toujours plus aléatoire que fixe. En politique on vit sans cesse sur une terre volcanique. Il faut toujours se tenir prêt à faire face à des convulsions ainsi qu'à des irruptions. À chaque moment critique de la vie sociale, les forces rationnelles capables de résister à la montée des conceptions

[281] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat*, Gallimard, Paris, Collection Bibliothèque de Philosophie, 1993, p. 374.
[282] B. Malinowski, *The foundations of Faith and Moral*, Londres, Oxford, University Press, H. Milford 1936, p. 32.
[283] P. Ricoeur, « L'imagination dans le savoir et dans l'action » *in* Henri Van Camp (dir.), *Savoir, faire, espérer. Les limites de la Raison*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, coll., Générale, 1976, p. 211.
[284] C. Castoriadis, « La découverte de l'imagination », *Libre*, n°3, 1978, p. 151.

mythiques archaïques sont fragiles. On assiste alors durant de tels moments, à un retour du mythe[285] ».

Ce dernier se présente comme indépassable. La disparition complète du mythe semble impossible, du fait de son importance lorsque l'État connaît une crise politique d'ampleur. La fiction devient le recours pour pallier certaines carences, nécessaires à la vie en société. Dans ce sens, la fiction constitutionnelle emprunte des éléments aux mythes archaïques, lesquelles se fondent sur l'idée que le monde doit être régulièrement renouvelé. La mythologie nordique liée au Raghnarock par exemple, explique que le monde et ses dieux doivent disparaître avant de se renouveler. La vie devient un renouveau perpétuel, de destruction et de création. La mythologie égyptienne propose également des éléments cycliques semblables avec le Dieu Rê. Ce dernier doit tout les matins, livrer un combat contre Apophis le dieu des ténèbres, pour faire en sorte qu'un nouveau jour puisse se lever. Le mythe constitutionnel propose des éléments semblables. La norme suprême par sa nature même, représente un renouveau politique comme alternative à une société déclinante. Il suffit de lire les premiers mots du Préambule de la Constitution de 1946, pour se rendre compte de ce fait[286].

Mircéa Eliade fait remarquer que dans les cultures égyptienne et indienne, l'intronisation d'un nouveau souverain propose une phase régressive, avant de voir une renaissance se produire[287]. Plusieurs peuples à la culture, à l'économie et à la structure sociale différente, partagent l'idée selon laquelle, « le Monde doit être annuellement renouvelé et que ce renouvellement s'opère selon un modèle : la cosmogonie ou un mythe d'origine, qui joue le rôle d'un mythe cosmogonique[288] ». La disparition de l'ancien monde semble nécessaire, pour établir les nouveaux fondements d'un système politique. « Cette destruction est présente dans le mythe de l'Age d'Or, chez les Grecs ; dans un lieu paradisiaque et dans un temps immémorial, sous le règne de Kronos, les hommes vivaient en compagnie des dieux ; le temps n'avait pas de prise sur eux. C'est bien l'intervention du Temps qui éloigne les hommes des origines et les conduit à la dégénérescence et à la mort[289] ».

[285] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat*, *op. cit.*, p. 378.
[286] « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine… », Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al., 1er.
[287] M. Eliade, *Aspects du mythe*, Paris, édition Gallimard, coll., Idées, 1963, p. 54.
[288] *Ibid*., p. 58.
[289] J.-P. Saïdah, « Drieu la Rochelle ou les illusions de la régénérescence », *in* Y. Vadé (dir.) *Le retour à l'archaïque*, Bordeaux, Presses Universitaires, 1996, p. 198.

Le représentant élu par les citoyens devient dans notre société, le représentant de la reconstruction au nom du peuple. Au sein de la Vème République, la figure du Président de la République apparaît comme centrale, par sa capacité supposée à concrétiser les souhaits des citoyens[290]. L'alignement des élections législatives et présidentielles renforcent l'idée d'un renouveau total des institutions, en un laps de temps assez brefs. La Constitution se présente comme une norme héritière des mythes archaïques, de par sa capacité à mettre en place un ordre nouveau à partir du chaos.

B L'espérance insufflée par le mythe moderne de la Constitution

La compréhension exacte des textes constitutionnels par tous, est essentielle pour permettre le maintien des dispositions prévues. Il apparaît avec l'exemple du Président de la République, qu'une figure précisément définie a plus de chances d'être reconnue comme capable de représenter les citoyens, par rapport à une autre qui serait plus compliquée à désigner[291]. S'il n'est pas nécessairement évident à reconnaître en pratique, ce statut de représentant rattaché au Président de la République reste dans tous les cas, juridiquement reconnu. Il lui permet d'éviter certains aléas judiciaires. Le Président de la République est en effet considéré comme « étant élu directement par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État[292] ». Le fait d'estimer le Président de la République comme chef de l'État, est insatisfaisant et nous indique la véritable symbolique, inhérente aux représentants. Ceux ainsi nommés, sont capables d'imposer leur autorité par le biais de leurs décisions, grâce à la volonté générale. En tant que représentant, la Constitution peut difficilement permettre de contrer une figure telle que le Chef de l'État. Cette volonté générale, prétendument exprimée par nombre d'organes politiques, repose sur un mimétisme de l'équilibre des pouvoirs prévus par la Constitution[293]. La fiction permet de servir l'ordre étatique même. Son usage au sein du droit constitutionnel,

[290] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français», *op., cit,* p.17.
[291] M.-A. Cohendet, *Le Président de la République*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002, p. 28.V. également sur le sujet P. Avril, «Le Président de la République représentant de la Nation », *in Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, pp.31-41
[292] M. Breisacher, Analyse, Cass., crim., 10 octobre 2001, *Bulletin criminel*, n°206, 2001, p. 660.
[293] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français», *op., cit*, p. 18.

passe comme tout à fait légitime et naturel. La fiction permet d'atténuer des réalités dont le droit ne saurait s'accommoder[294].

Le mythe archaïque nous l'avons vu, inspire la Constitution. Un usage moderne peut néanmoins être recensé, dans un souci d'actualisation de récits antiques. Le terme « mythe », n'est pas nécessairement employé. Depuis le XIXème siècle, de nombreux discours dont ceux des romantiques allemands, insistent sur le besoin d'actualiser ces récits, pour permettre le rêve et l'espoir. Dans ce sens, Edgar Morin écrit « de même que l'homme ne se nourrit pas que de pain, une société ne se nourrit pas que de gestion. Elle se nourrit aussi d'espoir, de mythe, de rêve (...) Le plein épanouissement de l'individu a besoin de communautés et de solidarités (...) La solidarité véritable, non pas imposée, mais intérieurement ressentie et vécue comme fraternité[295] ». L'usage du terme « mythe » employé de cette manière, suggère sa capacité à véhiculer un ensemble d'images, pour manifester les attentes spirituelles que peut avoir la société. Ces espoirs entretenus par les citoyens, le mythe politique a su se les arroger, pour construire des nouveaux récits cette fois-ci modernisés.

Le récit supporte la fiction et interroge sur son rapport à la norme constitutionnelle. « Poser à propos des textes littéraires la question de la fictionnalité des normes revient à interroger l'existence, mais aussi le fonctionnement d'une normativité qui serait propre aux textes capables de figurer un monde dont l'identification avec le monde réel n'est pas obligatoire, et dont les prescriptions ne soient pas faites pour être directement appliquées dans ce monde. Cette capacité suppose qu'en lisant, l'usager des fictions littéraires combine toujours deux gestes, très différents sur le fond, mais indissociablement liés dans l'effet produit sur lui par le monde dans lequel le texte l'invite à entrer[296] ». Dans les périodes d'incertitudes, la fiction constitutionnelle va proposer des alternatives à son lecteur. En effet, « la norme n'est pas un énoncé de l'être, elle n'est pas une proposition sur la réalité, et ne peut pas être vérifiée dans le monde de la même manière[297] ». La raison devient ici un élément subjectif, variant selon la perception de chacun.

[294] J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », *op., cit*, p. 112.
[295] E. Morin, « Le grand dessein », *Le Monde*, 22 septembre 1988, p. 22.
[296] A. Duprat, « Mondes décrits / mondes prescrits : Sur la normativité des fictions littéraires », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 65-66.
[297] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions, op. cit.*, p. 145.

Ernst Cassirer écrit que lorsque « la raison nous manque, il reste toujours *l'ultima ratio*, le pouvoir du miraculeux et du mystérieux[298] ». La Constitution est l'aboutissement de cette démarche. En effet, « la norme fondamentale est le résultat d'un acte de pensée « réel » et d'un acte de volonté fictif[299] ». L'organisation rationnel prônée par les rédacteurs de la norme, prospérera dans les périodes calmes et paisibles. En période de crise, la fiction constitutionnelle peut être réeevaluées. Cette situation peut pourtant conduire à une dictature, prétendument capable de réaliser des souhaits exprimés en vain par la population. « Tous les liens sociaux existants- lois, justice, constitution- sont annulés. Seuls demeurent le pouvoir mystique, l'autorité du chef et sa volonté érigée en loi suprême[300] ». Ainsi, « si l'homme moderne a cessé de croire en une magie naturelle, il n'a aucunement renoncé à croire en une sorte de « magie sociale ». Quand un désir collectif est ressenti fortement et intensément, les hommes sont facilement persuadés qu'il ne leur manque que l'homme de la situation pour qu'il s'accomplisse[301] ».

S'il est habituel de présenter la défiance des gouvernés à l'égard des gouvernants, de par leur capacité à prendre des décisions politiques, qui transformeraient progressivement un régime démocratique en régime totalitaire, l'inverse peut être aussi vrai[302]. La fiction constitutionnelle contribue à définir la nature du régime en place. Elle permet également d'installer les rapports entre les gouvernants et les gouverner. Cette état de fait, soulève les limites des régimes démocratiques et la place qu'ils souhaitent confier aux citoyens.

[298] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit.,* p. 377.
[299] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 158.
[300] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit.,,* p. 379.
[301] *Ibid*.,
[302] A propos de cette crainte de voir le peuple prendre des décisions néfastes et du besoin qui semble en découler de surveiller la démocratie v. R. Savy, « Sur deux mythes constitutionnels », *in Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères,* (collectif), Paris, Lexis Nexis, Collection Mélanges, 2009, spé., p.736.

Conclusion du Chapitre 1 :

Accepter la fiction en tant que partie intégrante du droit constitutionnel peut relever de la gageure. La situation sous-entendrait que la norme suprême repose sur une part de hasard. La fiction serait la conséquence d'une pensée imaginative. Le résultat qui en découle proposerait une solution précaire, sur laquelle le contrôle est limité. La fiction est donc souvent considérée comme un élément inapproprié, particulièrement dans le domaine du droit. La connaissance de la législation offre de multiples avantages, à celui qui sait la manier correctement. Au contraire, la personne qui ignore la véritable signification des mots issus du texte constitutionnel, risque de voir leurs implications lui échapper. Le juge constitutionnel demeure la seule bouche de la Constitution. Lui seul est capable d'en proposer une vision qui s'apparenterait à la « Vérité », prévue par la norme suprême. Cette proposition de la réalité demeurerait cependant, extrêmement suggestive. Elle ferait office pour le juge de solution accommodante, pour lui éviter de faire face à la nature complexe de certains éléments.

Afin d'assurer le respect des valeurs de la Constitution, il ne suffit pas de les inscrire sous forme écrite. Il faut également en proposer une pratique, qui permet une bonne application de leurs dispositions. La fiction constitutionnelle assure une transition entre le droit théorique, et le droit qui permet la vie quotidienne de ceux qu'il régit. Loin de la duplicité à laquelle elle est souvent associée, la fiction constitutionnelle va donner corps aux caractères les plus philosophiques de la norme suprême. Il s'agit d'un aspect propre au droit constitutionnel, mais qui aurait tendance à le rapprocher des sphères de la politique. Il serait possible d'attendre que les actions du Conseil constitutionnel soient dictées, uniquement par la logique et le rationalisme. Néanmoins, la norme suprême fonde l'État de droit. Ses auteurs filtrent les éléments présents au sein de la nature, pour créer une norme à mi chemin entre ce qui est et ce qui devrait être. Les éventuelles carences qui s'inscriraient dans le texte, vont conduire à l'élaboration d'une mythologie moderne, dont la divinité principale serait le juridique. La fiction constitutionnelle va porter ces éléments nouveaux.

Les valeurs que le juge ne saura expliquer pleinement, mais qui seront assez fortes pour être suggérées d'après lui par le texte constitutionnel, viendront nourrir ce mythe. La pratique prouve qu'il n'est pas toujours possible pour le juge, d'appliquer des mécanismes dont la faisabilité se borne à la théorie. Les notions de « volonté générale »

et de « représentation » illustrent ces difficultés à défendre en toutes circonstances, les droits des citoyens. Le juge constitutionnel veille à ce que certains abus ne soient pas commis, grâce à des termes à la portée parfois trop abstraite. Le risque demeure et le citoyen s'il n'y prend pas garde, risque de se voir dépouiller du pouvoir politique qui lui a été donné, notamment par des représentants faisant un usage trop abusif de leurs capacités. En attendant la place du juge constitutionnel entre adjuvant ou menace à la liberté du citoyen, reste à déterminer.

Chapitre II La fiction constitutionnelle révélatrice des limites du droit des démocraties

La rédaction d'une Constitution permet de fixer un cadre pour le pouvoir politique. Les prérogatives de chacun sont clairement établies. Les problèmes liés à l'incompétence sont réduits. Le droit des citoyens est ainsi préservé et garanti, ce qui est un gage de stabilité conforme au principe de prévisibilité de la loi et à ses dispositions. Tous ses éléments permettent de sécuriser les membres de la société, s'ils venaient à reprocher à l'État d'exercer une force arbitraire sur ses ressortissants. Le corpus législatif s'inscrit dans une logique de démonstration de la légalité. Le recours aux écrits juridiques pour venir conforter une situation, représente finalement une arme à double tranchant. Si le droit des gouvernés est préservé et que ces derniers peuvent l'invoquer, chaque fois qu'ils sentent une de leur liberté menacée, les gouvernants se retrouvent avec une capacité idoine. En effet, il devient difficile de modifier la forme d'un pouvoir politique, même si l'intérêt général l'exigerait. Le texte constitutionnel empêche cette altération. Il est possible avec cette logique, de voir la norme fondatrice défendre un cas de figure profondément imprécis, déjà au moment de la rédaction du texte. Bien que ce constat puisse être difficile à admettre, il ne fait que témoigner de l'équilibre fragile entretenu par la Constitution, qui grâce à la fiction qu'elle emploie, va permettre au mieux la conciliation des intérêts de chacun. La norme suprême voit son existence caractérisée par une logique double. Par certaines de ses dispositions, elle va affirmer le droit des gouvernés. Le rédacteur du texte est conscient que ces derniers sont majoritaires (Section 1). Il n'oublie pas cependant l'idée que son écrit est avant tout au service de l'État, qu'il contribue à mettre en place (Section 2).

Section 1 L'obligation d'une Constitution capable de garantir le droit des citoyens

En tant que texte comportant des valeurs fondamentales nécessaires pour garantir les droits des citoyens, la Constitution réclame une protection de ses normes bien spécifique. L'usage de la fiction au sein du droit Constitutionnel semble être une réponse du juge envers les institutions politiques. Il s'assure que la portée de son droit ne soit pas dégradée par des abus et des exagérations, comme cela a été le cas à propos des notions de « représentation » ou de « volonté générale ». Le droit constitutionnel doit voir ses principes garantis, ne serait-ce qu'au nom de la sécurité juridique. Il souffre pourtant comme nous l'avons expliqué, de problèmes de légitimités liés aux moyens d'expressions de son droit. Le Conseil constitutionnel est peu présenté au sein de la sphère publique. Ses membres ne sont pas élus. Ses décisions ont une portée obscure pour celui qui ignore les rouages du droit. Il demeure important pour le juge de donner un nouvel angle à son action, en la rapprochant des citoyens. Avec ce stratagème, il tente de renforcer les prérogatives du droit constitutionnel, tout en lui donnant une meilleure place au sein du débat politique, plus en adéquation avec la puissance de la Constitution (Paragraphe 1). Le Conseil constitutionnel tente grâce à l'usage de la fiction, de maintenir l'ordre de valeur du système organisationnel de l'État. Par son action, c'est bien la Constitution qui est en mesure de dicter la règle du jeu aux différents organes politiques, et non l'inverse (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Le besoin pour le juge constitutionnel d'assurer la représentativité du droit

Les pratiques qui sont faites de la fiction constitutionnelle, révèlent qu'elle est avant tout employée pour masquer certaines pratiques du pouvoir politique. Au nom d'un droit qui serait jugé par certains impraticable en l'état, la fiction permettrait l'altération des normes pour aboutir à une réalité que le constituant n'aurait jamais imaginé à l'origine. Face à une telle situation, il semble difficile pour les représentants du droit constitutionnel de préserver l'essence véritable de la norme suprême. Une nouvelle fiction va alors être créée, sur le même principe que celle utilisée par le

pouvoir politique. Cette fois-ci elle est au service du juge. Ce dernier va être en capacité de se réapproprier une partie de son pouvoir. En s'abstenant d'agir de la sorte, il risquerait de le perdre. Les normes constitutionnelles voient désormais leur pratique garantie au nom des citoyens, qui sont censés en être les sujets (I). La fiction possède un rôle neutre, ni négatif, ni positif pour le droit. Ses effets dépendent de ceux qui les manient. Par l'usage du juge constitutionnel, il en résulte notamment l'assurance de voir la Constitution maintenue au-dessus des autres normes. Ce mécanisme permet aux principes constitutionnels de ne pas perdre de leur portée, face à des textes de rang inférieur (II).

I La fiction constitutionnelle, un artifice au service d'un droit pratique

La question de savoir quel organe étatique est réellement capable ou non, d'agir au nom des citoyens, demeure soumise à de nombreuses inexactitudes. Bon nombre de ces représentations semblent s'apparenter à la fiction constitutionnelle, ou du moins à des extrapolations juridiques pour légitimer une pratique politique. La Constitution s'avère capable par des procédés faisant appel à l'imagination commune aux citoyens, de relier ces derniers sous l'égide d'une seule fiction (A). De même, le juge constitutionnel parait avoir développé sa propre manière d'appréhender les sujets liés à la représentation des volontés, par l'intermédiaire de la loi (B).

A L'emploi de la fiction en droit constitutionnel, une solution d'unification

Nous l'avons écrit, il serait difficile de bannir la fiction du domaine juridique. Le recours à ce procédé permet d'appuyer l'explication juridique, afin qu'elle soit comprise par le plus grand nombre. Pour résumer « nous avons donc une imagination pure, comme pouvoir fondamental de l'âme humaine, qui sert a priori de principe à toute connaissance[303] ». Comme d'autres écrits, la norme suprême véhicule sa fiction. Néanmoins la portée de l'imaginaire qui y est lié est plus importante que d'autres textes.

[303] E. Kant, *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, coll., Bibliothèque de philosophie contemporaine, p. 139.

Comme le souligne Ronald Dworkin, « la Constitution attribue seulement des pouvoirs limités à ces institutions et prononcent d'importantes incapacités juridiques pour chacune d'elle[304] ». Les nouveaux enjeux pour les juristes vont donc consister à découvrir ce qui relève ou non de la fiction. Il va être question de découvrir le véritable sens du texte constitutionnel, et d'écarter l'imaginaire qui serait capable de dénaturer la norme. Ainsi « la possibilité pour la pensée de distinguer le vrai et le faux — et, derrière eux, l'être et le non-être — repose sur quelque chose qui ne tombe pas sous les distinctions du vrai et du faux et qui, dans son mode d'être comme dans le mode d'être de ses œuvres — les *phantasmata* — n'a pas lieu dans les régions de l'être telles qu'elles apparaissent assurément établies par ailleurs[305] ». La Constitution représente un texte susceptible d'évoquer tout un corpus en lien avec l'imaginaire.

C'est avec ces éléments que la société dans son ensemble, va être influencée par une fiction commune que les citoyens partageront. « Héritière de ces hésitations et de ces échecs, la théorie de l'imagination reste donc à faire. En ce qui concerne l'imagination individuelle, on pourrait prendre appui sur les intuitions d'Aristote et de Kant pour penser enfin l'imagination comme pouvoir positif d'abolir les déterminations particulières et comme production de formes. Mais en ce qui concerne l'imaginaire collectif — le terme n'existe même pas dans la pensée philosophique — l'occultation et le silence ont été absolus. On ne parvient pas à penser comment une société conçoit et réalise un changement de son dispositif institutionnel et du cortège de représentations théoriques et symboliques qui l'accompagnent[306] ». La Constitution va suggérer une orientation, qui permet de légitimer le régime politique en place. Elle lui confére une forme de grandeur, qui rend sa présence nécessaire et indispensable pour les citoyens sous son autorité. Thomas Carlyle écrivait ; « On trouve à toutes les époques de l'histoire, le Grand Homme, qui est l'indispensable sauveur de son époque ; l'étincelle sans laquelle le feu n'aurait jamais brûlé[307] ».

Ici ce « Grand homme » ne sera pas explicitement personnifié. C'est toute une institution qui va être mis en avant, par l'intermédiaire du pouvoir constituant. En cela, la fiction constitutionnelle apparaît comme novatrice et se démarque des mythes primitifs, qui ne valorisaient qu'un individu clairement identifié. Dans ce sens, Hegel

[304] R. Dworkin, *L'Empire du droit*, (1986), Paris, PUF, collection Recherches politiques, 1994, p. 387.
[305] C. Castoriadis, *La découverte de l'imagination*, *op. cit*., p. 188.
[306] J. Lenoble, F. Ost, *Droit mythe et raison*, *op. cit*., p. 387.
[307] T. Carlyle, *Les héros, le culte des héros et l'héroïque dans l'histoire*, Paris, Armand Colin, 1918, pp. 20-21

présentera par exemple les institutions politiques, comme « un principe de l'opinion publique », qui font à présent partie « de la raison humaine[308] ». La fiction constitutionnelle se détache du mythe romantique pour une approche plus moderne, en adéquation avec les attentes « réalistes » de notre époque. L'individu est remplacé par le système politique qu'il sert par son allégeance[309]. Pour arriver à ce résultat, les dépositaires du pouvoir constituant ont eu à résoudre quelques problématiques en lien avec l'évolution de l'être humain. La société de l'homme a dû opérer une transition pour passer de l'ère de la magie, à celle de la technique. La Constitution peut apparaître comme le résultat de cette transition, plus en adéquation avec la société moderne industrialisée.

Le mythe politique moderne développé par la norme suprême se présente comme assez paradoxal, une fois que ces éléments ont été admis. La fiction constitutionnelle se présente en effet comme chimérique, mais en plus composée de deux éléments qui semblent s'exclure l'un et l'autre. Les détendeurs du pouvoir constituant ont dû combiner des éléments, afin d'allier l'efficacité du mythe archaïque, mais adaptée à l'ère de réalisme et de raison qui est désormais la notre. Suite à la mise en place de cette nouvelle organisation, il a fallut trouver des individus capables de défendre cette logique. De cette manière la Constitution et la fiction qu'elle véhicule, pourraient s'inscrire dans la durée. Le juge constitutionnel est devenu, comme nous le verrons plus en détail par la suite, le responsable de ce qui s'apparenterait à une nouvelle croyance, par moment irrationnelle et souvent mystérieuse. « Rien n'a été laissé au hasard ; toute démarche a été soigneusement préparée et préméditée. C'est cette étrange combinaison qui est l'un des traits les plus marquants de nos mythes politiques modernes[310] ».

Au vu de ces remarques, il parait évident que les fondements qui permettent d'unir les dirigeants à la population dont ils ont la charge, peuvent s'établir de façon aléatoire. Le Conseil constitutionnel a su en profiter pour redéfinir son rapport à l'égard de la loi, et sa capacité à interférer sur sa création. Il va être tenté de faire de la Constitution le seul texte en mesure d'exprimer la volonté générale.

[308] G. W. F. Hegel, *Ecrits politiques*, Paris, Champ libre, 1977, p. 134.
[309] En ce sens la fiction constitutionnelle moderne se présenterait plus comme une héritière de la théorie de la cité idéale développée par Platon. Elle reste néanmoins détachée de l'utopisme suggérée par cette dernière et se présente comme plus censée.
[310] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit*., pp. 380-381.

B La représentation des volontés, analysée par le juge constitutionnel

Le sens d'un mot utilisé par une norme juridique peut varier, pour justifier une pratique politique plus intéressée. Le juge constitutionnel a su également faire usage des termes employés au travers de la norme suprême. Grâce à des approches linguistiques nouvelles, il a été capable de faire évoluer sa fonction. Par la même occasion, il trouvait de nouveaux moyens pour défendre son statut, si particulier vis-à-vis des autres parties du système juridique. Désormais le Conseil constitutionnel sera capable d'expliquer son rapport à la loi. La notion de volonté générale ne désigne finalement rien de bien précis. Tout juste sert-elle par le symbolisme auquel elle est rattachée, à rappeler l'ère de la Révolution française, ou celle de la République débarrassée du pouvoir monarchique, avec un Parlement capable de faire la loi et de réviser la Constitution[311]. Le développement lié à la notion de régime représentatif propre à la Vème République, semble avoir poursuivi le trouble autour de cette loi « expression de la volonté générale ». La pratique de la démocratie et les vicissitudes de la vie politique tendent à indiquer que les citoyens même ceux ayant permis la mise en place de la majorité, n'identifient pas dans la loi l'expression de leur volonté.

Le lien qui unit l'électeur à la norme se caractérise davantage par le respect qu'il éprouve pour l'autorité dont le texte émane, plutôt que par le sentiment d'autolimitation qui s'en dégage. Bien entendu, la crainte d'une sanction reste toujours une des raisons liée à cette obéissance[312]. Dans une logique de défense de la démocratie, les gouvernants sont en mesure de se dédouaner d'éventuelles intentions liberticides, qui pourraient leur être reprochés s'ils venaient à promulguer une loi impopulaire. De cette manière comme l'a expliqué Emmanuel Kant, la volonté générale permet de s'opposer au despotisme, un gouvernement où la volonté personnelle du dirigeant, prime sur la volonté publique[313]. La notion de volonté générale a muté pour être applicable aux attentes du régime représentatif, qui se sert de la volonté cette fois-ci majoritaire, pour

[311] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *op., cit.*, p. 5.
[312] J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », *op., cit*, p. 104.
[313] E. Kant, « De la paix perpétuelle : Essai philosophique », in *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, éd., Auguste Durand, 1853, p.299.

légitimer ses prises de décisions. Malgré nos remarques précédentes sur leur capacité à représenter les citoyens, la volonté générale devient le résultat du vote parlementaire[314].

Peu importe la part prise par la volonté au sein des actes rendus par les administrateurs et les juges, il n'est en revanche pas possible à ces derniers de prétendre à l'expression de volonté générale. Seule la loi peut se targuer de posséder ce caractère originel. Dans ce cas de figure, le droit accumule « fiction sur fiction[315] ». Le législateur arrive à un point, où la réalité finit par s'opposer au discours juridique traditionnel. Cette réalité est le résultat d'une volonté, afin de créer un monde juridique à part[316]. Malgré ces appréciations, l'hypothèse d'une révision constitutionnelle au nom de l'intérêt général fait ressortir un certain malaise à l'égard du juge constitutionnel. En ce qui concerne la révision constitutionnelle, Georges Vedel reconnait que ce mécanisme représente une procédure plus solennelle, par le biais de majorités plus claires que celles qui participent au vote des lois ordinaires. Il s'agit tout de même d'un choix délibéré. La Constitution touchant aux droits et libertés, le besoin d'un accord clair, incontestable et proche du consensus, se fait plus ressentir.

Le juge constitutionnel se présente bel et bien comme le garant de la souveraineté nationale et de la volonté générale, en permettant le respect de ces deux éléments par le biais de la Constitution. Cette dernière représente leur meilleur moyen d'expression suprême et total[317]. Il est donc nécessaire de la protéger à tout prix. Il existe pourtant un réel écart séparant le droit et le fait. Ce fossé offre à la fiction son essence. A partir de ce point, il est possible d'élaborer des constructions artificielles qui vont à l'encontre des réalités biologiques ou sociologiques[318]. Dans ce sens, il convient de faire remarquer que la vision d'une volonté générale désintéressée est désormais révolue, tout comme l'est celle de l'époque glorifiée de la Révolution. En effet la Constitution de 1958 s'est chargée discrètement, d'associer la volonté générale à la sienne. Au détour d'une décision constitutionnelle, le Conseil affirme ainsi que la loi ne peut exprimer la volonté générale « que dans le respect de la Constitution[319] ». En s'appropriant la notion de

[314] P. Joxe, « La loi est-elle l'expression de la volonté générale », *op., cit*, p.13.
[315] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Paris, Collection Forum, 1998, p. 39.
[316] J. Sohnle, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *VertigO*, Hors-série n° 22, sept. 2015. [En ligne] : Url: http://vertigo.revues.org/16343, (consulté le 21 septembre 2020), p. 6.
[317] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 151.
[318] Y. Thomas, *Les opérations du droit*, *op.,cit*, p. 153.
[319] Décision n° 85-197, DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la nouvelle Calédonie*, cons., 27, rec. p.70.

volonté générale, le Conseil constitutionnel a justifié sa volonté d'user du contrôle de constitutionnalité. Il devient l'outil permettant de donner forme à la volonté générale, par le respect de la Constitution[320]. Le caractère obligatoire continue d'être véhiculé par le droit[321].

Si le Conseil constitutionnel ne s'était pas approprié la notion de volonté générale, il aurait pu perdre la qualité de norme suprême liée à la Constitution. A terme la loi prise au nom des citoyens et plus prompte à servir les exigences démocratiques, aurait pu prendre sa place au sommet de la hiérarchie des normes. Pour gagner la confiance de la population, le Conseil constitutionnel a dû prouver par sa démonstration, que la volonté générale était celle exprimée par la Constitution.

II La fiction constitutionnelle comme gage de supériorité pour la norme fondatrice

Par la notion de volonté générale qui a pris de l'importance au sein de la sphère politique, le Conseil constitutionnel a pu assoir ses prérogatives. Lui aussi a prétendu être le représentant des intérêts du citoyen. Il garantit ainsi la pérennité de ses fonctions, face à des organes étatiques élus. Par la même occasion, il donne une nouvelle dimension aux décisions qu'il rend (A). Cette appropriation opérée par le juge constitutionnel est néanmoins nécessaire, pour s'assurer que les valeurs de la norme suprême continuent à prédominer (B).

A La Constitution, dépositaire de l'intérêt général par la volonté des citoyens

En se présentant comme le protecteur des citoyens, le Conseil constitutionnel a tenté de mettre en place une mise à jour de la notion de volonté générale. Désormais elle n'est plus exclusivement détenue par des organes politiques élus. La Constitution aurait par sa nature, automatiquement tendance à exprimer la volonté commune, de même que ses représentants agiraient en permanence au nom du peuple. Cette forme d'action a

[320] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, op., cit.*, p.19.
[321] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *op., cit*, p. 6.

continué d'évoluer, en même temps que la jurisprudence constitutionnelle se développait autour du sujet. Au travers de ses décisions, le Conseil constitutionnel a tenté de minorer les impératifs liés à l'intérêt général qui « peuvent intervenir dans une mesure limitée[322] ». Cette constatation signifierait que la volonté générale ne peut être l'excuse pour aboutir à des dérives multiples, qui outrepasseraient ce qu'envisagerait la Constitution. Pour éviter une trop large interprétation de la norme au nom de l'intérêt général, il a été vivement reproché la mise en place de lois à la portée imprécise[323]. Ces dernières risqueraient de susciter d'éventuels abus, qui pousseraient le juge constitutionnel à outrepasser ses fonctions au nom de l'intérêt général. Néanmoins, le juge constitutionnel a su s'approprier la notion de volonté générale.

Il a été en mesure d'en présenter la version qu'il souhaitait aux citoyens, de même qu'aux différents pouvoirs constitués. La volonté générale fait désormais référence à la représentation utopique d'une autonomie collective. La loi même soumise à la Constitution, peut toujours être représentée comme une expression démocratique. Par ces opérations, l'invisible est en mesure de s'imbriquer « dans la figure du visible[324] ». Le Conseil constitutionnel parvient à créer un pont entre différentes réalités. L'une est soumise aux impératifs de l'existence. Une autre est plus abstraite, ou imagée. Le législateur et le juge constitutionnel se doivent d'exprimer la volonté de tous. Ce qui sert en conséquence l'intérêt général. Les deux termes ne forment finalement qu'un. Le juge constitutionnel en protégeant les normes, contribue dans ces circonstances à préserver la volonté générale, comme l'indique la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ; « La loi est l'expression de la volonté générale[325] ». La tradition rousseauiste permet de légitimer le législateur dans son rôle de protecteur de la volonté générale.

La détermination de l'intérêt général est pleinement libre. Il n'en demeure pas moins que, toute loi du fait qu'elle soit considérée comme le résultat d'une volonté générale, constatée démocratiquement est présumée être d'intérêt général[326]. La conception Rousseauiste encourage à la vigilance, au nom de l'effort d'abstraction qui est demandé au citoyen. Pour les défenseurs de la République, elle permet de faire de la

[322] Décision n° 85-197, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *op., cit.*,
[323] Décision n°2005-512, DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, rec. p. 72.
[324] J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, *op., cit.*, p. 5.
[325] Article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.
[326] J. Sainte-Rose, «Intervention, L'intérêt générale et le juge », *Conseil constitutionnel*, [En ligne], Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/sainterose.pdf, (consulté le 31 juillet 2021).

loi « expression de la volonté générale », une réalité et non une fiction[327], grâce au sens qu'ils ont choisi de lui donner. L'évolution de la notion de volonté générale est représentative de la valeur épistémologique latine proposée pour la norme suprême. La Constitution serait le résultat « d'une opération intellectuelle et matérielle qui consiste à « mettre debout » à, dresser (*constituere*) et finalement à placer devant les yeux (*ante oculos constituere*) un objet de droit qui n'est acceptable pour la raison juridique que s'il n'est pas soumis à d'incessantes et imprévisibles variations »[328]. Au sein du droit constitutionnel, la fiction permet d'appuyer le langage et les concepts de ce dernier[329].

Comme pour la Constitution, la notion de volonté générale a progressivement été dépouillée de son sens objectif, pour servir les intérêts du discours politique, quitte à lui faire perdre sa valeur symbolique initiale. Cette situation tend à prouver que, là où la fiction représente une simple technique juridique pour les autres branches du droit, la doctrine constitutionnelle s'en est servie afin d'instrumentaliser et refléter, l'idéologie de l'État. Les préambules constitutionnels inscrits dans le bloc de constitutionnalité, tendent à indiquer que la norme suprême permet la mise en avant des attitudes spécifiques, ayant eu lieu durant des périodes historiques clés. Nous trouvons dans ce sens, le besoin pour l'État de garantir aux citoyens leur liberté après une période d'occupation, avec le préambule de la Constitution de 1946. Celui de 1958 illustre pour sa part, le fait que dorénavant l'État va tenter d'imposer une rigueur et faire preuve de stabilité, pour inscrire son action dans la durée.

Au travers des textes ayant leur place au sein du bloc de constitutionnalité, la norme suprême est en mesure de véhiculer toute une idéologie centrée sur l'action étatique. Si le juge constitutionnel a voulu réorienter son action autour du citoyen et ses droits à protéger, il ne faut pas oublier que la Constitution est avant tout un texte censé prévoir et par conséquent légitimer, le pouvoir politique en place. Les intérêts des gouvernants et des gouvernés n'étant pas nécessairement compatibles, il parait évident que le juge constitutionnel est amené à occuper deux positions parfois contradictoires.

[327] L. Jaume, « La représentation, une fiction malmenée », *op., cit*, p. 10.
[328] P. Ségur, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *in Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères* (collectif), Lexis Nexis, Paris, Collection Mélanges, 2009, p.741.
[329] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *Droit constitutionnel.org*, [En ligne], Url : www.droitconstitutionnel.org/congrestLyon/CommLF/F-cartier_T3.pdf, p.3, (consulté le 9 juin 2021).

B La Constitution dépositaire de la volonté générale, par son statut de norme suprême

En se réappropriant la notion de volonté générale, le Conseil constitutionnel a profondément altéré les rapports entre les organes politiques. Le juge rend désormais des décisions dans l'intention de servir le bien des populations. La Constitution est également un texte destiné à prévoir les mécanismes du pouvoir, et par conséquent à défendre la place des gouvernants. Le texte de la norme suprême ferait presque office de note d'intention, rédigée par la puissance politique en place. Hormis les préambules des deux dernières constitutions, d'autres écrits matériellement ou formellement constitutionnels sont également capables d'exprimer une idéologie particulière diffusée par l'État. En règle générale, il s'agit de textes édictés durant des périodes de transition pour la logique constitutionnelle. Ils permettent de symboliser le passage d'un esprit constitutionnel à un autre. Cela est d'autant plus nécessaire, lorsque ces normes font échos à une véritable révolution juridique dans la pratique constitutionnelle[330].

En termes de nouvelles logiques constitutionnelles, nous avons déjà mentionné précédemment la décision constitutionnelle du 23 août 1985, relative à la loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie. Cette décision tendrait à prouver que le juge souhaite faire passer la Constitution et ses ambitions, avant la volonté générale. Ce qui signifie au vu du fonctionnement de l'appareil normatif, que la loi ne représente pas les prétentions de l'intérêt général. La Constitution est chargée de ce devoir. Cette dernière offre à la loi sa légitimité. Il n'empêche que l'existence du contrôle de constitutionnalité ainsi que la décision constitutionnelle du 23 août 1985, ont modifié le rapport de force entre la Constitution et l'intérêt général. Il se produit à ce moment-là une transition, provoquant le passage d'un état légal, à un état de droit[331]. Ces éléments amènent à relever que la loi n'est désormais capable de déterminer l'intérêt général, que dans le respect de la Constitution[332]. Dans ces circonstances, il ne peut être reproché au juge constitutionnel de s'attribuer le pouvoir d'interdire quoi que ce soit, aux divers représentants de la nation, ou bien aux citoyens.

[330] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 3.
[331] V. M.-J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, Paris, Collection, Droit public positif, 390 pages.
[332] J. Sainte-Rose, *op., cit*, (consulté le 31 juillet 2021).

Au vu de ces éléments, ces derniers restent libres d'utiliser leur souveraineté pour définir les droits et les libertés, en modifiant ce qui parait nécessaire pour atteindre les objectifs envisagés. La volonté générale vient présenter ses aspects les plus contradictoires. Elle se caractérise par la volonté de tous qui serait centralisée, tout en présentant une dimension volontariste de la part du citoyen. Les règles de droit qui en découlent, prévoient des dispositions dont le bien-fondé est censé paraître évident à tous[333]. La dimension rationnelle qui s'en dégage, ôte tout élément de réflexion à celui qui voudrait en débattre pour proposer une logique différente. La volonté générale vient finalement effacer la personnalité qui pourrait émaner des lois[334], les rendant de ce fait moins aptes à protéger les intérêts des citoyens. La Constitution serait ainsi mise en avant. Le juge constitutionnel s'autorise à réclamer une loi réellement claire et pleinement normative, sous-entendant qu'il n'est pas raisonnable de transmettre par la loi des déclarations de principe. Le législateur devrait se contenter de tirer les conséquences de la Constitution[335].

Il s'agit finalement d'une vision assez réductrice du législateur, loin de la vision optimiste laissée par l'intérêt général. Les dépositaires de la justice constitutionnelle rendent leurs décisions au nom de l'intérêt général, mais prennent garde également à ce que le droit forme un tout cohérent avec la Constitution. Il n'est plus question de décrire le système des normes. C'est son système de justification qui est visé[336]. La Constitution permet d'établir un lien entre l'ordre juridique, et des esquisses de notions juridiques qui n'ont pas de véritables corps. Il est nécessaire que ce soit la Constitution qui puisse retranscrire la volonté générale. C'est grâce à un pouvoir sans équivalent, que l'ordre politique peut être mis en place. La norme suprême au sommet de la hiérarchie des normes, ne peut être contrariée par un autre pouvoir. En déclarant exprimer les intérêts issus de la volonté générale, le Conseil constitutionnel détient la souveraineté. Il est autorisé à agir et à s'exprimer au nom de tous. Seule la représentation peut permettre la souveraineté. Le contraire ne saurait être toléré[337]. La prise de décision politique pour le compte de la population instaurée par la Constitution, répond à un intérêt pragmatique. Elle conduit à croire en un rassemblement autour des mêmes valeurs.

[333] P. Gueniffey, *Le nombre et la raison : la révolution française et les électeurs*, Paris, Ecole des hautes études et sciences sociales, coll. Recherches d'histoires et de sciences sociales, 1993, p. 497.
[334] L. Jaume, « La représentation, une fiction malmenée », *op., cit*, p. 10.
[335] P. Brunet, *op., cit*, p. 7.
[336] P. Brunet, op., cit, p. 16.
[337] V. L. Jaume, *Hobbes et l'Etat représentatif moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, Philosophie d'aujourd'hui, 1986, 240 pages.

La fiction constitutionnelle permet au juge de poursuivre l'héritage légué par les rédacteurs de la norme suprême. Par la même occasion, des principes qui étaient difficilement mis en œuvre, risquant de disparaître si une solution durable ne venait pas garantir leur application, ont pu devenir concrets. Le droit constitutionnel n'est donc plus un droit abstrait, prenant place loin des réalités de la société. La Constitution retrouve une réelle portée au sein de l'appareil juridique.

Paragraphe 2 Le besoin pour le juge constitutionnel de maintenir l'héritage normatif

La fiction constitutionnelle va réorienter autour des valeurs de la norme suprême, les décisions des juges. La Constitution est ainsi utilisée pour promouvoir le droit originel, tel qu'il avait été envisagé par les dépositaires du pouvoir constituant. Elle n'est plus l'objet servant à alimenter les courants circonstanciels, qui s'approprient les préceptes des textes pour servir leurs propres intérêts. En manipulant les notions de représentations et de volonté générale, le juge constitutionnel a pu justifier les obligations de respects liés à la Constitution. S'il s'en était abstenu, il semble peu probable que la Constitution aurait eu aujourd'hui encore, la même portée vis-à-vis du système juridique. Le devoir premier du Conseil constitutionnel est de s'assurer que les valeurs prévues par la norme suprême, ne soient pas éclipsées par des textes inférieurs. La fiction va venir appuyer leurs exigences, pour permettre une mise en pratique du droit constitutionnel, conforme à ce que la *lettre* du texte envisage (I). En se focalisant davantage sur l'esprit de la Constitution plutôt que sur une mise en pratique sans véritable réflexion, le juge est en mesure de proposer une véritable compréhension du texte juridique (II).

I Le rôle des exigences constitutionnelles dans la bonne application du droit

Dans le but de garantir la sécurité juridique, la Constitution sur laquelle repose l'ensemble du système normatif, doit être en mesure de voir ses principes défendus par

le juge. Il ne s'agit pas exclusivement de protéger les textes de la norme suprême, plus important encore ce sont les valeurs qu'elle véhicule qui doivent prédominer (A). Le juge va parvenir à imposer la logique constitutionnelle et la philosophie qui y est véhiculée, au travers de ses décisions. Il va avoir recours à des techniques spécifiques, sous peine de voir les normes constitutionnelles perdre de leur portée (B).

A Une logique constitutionnelle pérenne malgré l'altération de ses textes

En maniant la fiction juridique, le Conseil constitutionnel autorise les valeurs les plus philosophiques de la norme suprême à posséder une véritable existence. Elles vont ainsi être pleinement protégées. La loi constitutionnelle se positionne en véritable « réceptacle de la transcendance politique ». Elle permet à la norme suprême d'unir les citoyens grâce à des valeurs communes, auxquelles ils peuvent adhérer et s'identifier[338]. Dès le début ,la tâche à accomplir n'est pas aisée. Le système juridique français est de prime abord le concentré de traits provenant de traditions anciennes, mêlées à des courants nouveaux et des influences étrangères. Le résultat offre un amalgame extrêmement hétérogène. Il conduit à remettre en cause les exigences de cohérences et de rationalités, obligatoires pour former un ordre juridique[339]. Il est nécessaire d'évoquer le cas où le Conseil constitutionnel considère un élément comme étant non conforme à la Constitution. En règle générale ce n'est pas le fond qui est incriminé mais la procédure. Georges Vedel affirme que dans un système normatif hiérarchiquement organisé, l'incompétence provient du contenu de la norme. Il empêche l'organe d'un degré inférieur de prendre la bonne décision. Dans ce cas, l'incompétence provient d'un vice de procédure. La norme pourrait être édictée, si elle avait recours à une démarche différente[340].

Suite à ces observations, le juge constitutionnel ne serait pas un censeur dont le rôle se bornerait aux interdictions. Sa place finalement se trouve au-dessus de la mêlée en indiquant la voie à suivre ou non, par l'intermédiaire des règles qu'il se doit de

[338] J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2010, p.32.
[339] B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection doctrine juridique, 1998, p. 102.
[340] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 151.

respecter. Déjà évoquées plus tôt, les transitions constitutionnelles vont venir rappeler que la fiction juridique peut permettre d'accompagner la rupture grâce à la continuité, si elle est désirée par l'État pour lui et son droit. Au contraire, la transition peut aussi amplifier la rupture jusqu'à son paroxysme. Ceci correspond au moment où l'État va renier sa forme passée, son ancien ordre juridique, ainsi que les qualités légitimes, légales, parfois même constitutionnelles. L'objectif est de répondre aux exigences, prédéfinies par le nouveau système mis en place. L'arrivée d'un autre régime juridique va aboutir à l'abandon de l'ancien. La négation se limitera en règle générale à des effets abrogatifs, mais peut aussi posséder un caractère rétroactif. C'est le cas lorsqu'il est fait usage d'une déclaration générale de nullité, à propos d'actes édictés par l'ancien gouvernement, mais abandonnés par le nouveau.

Le nouvel ordre politique peut en certaines occasions, procéder à la suppression des cadres politiques et administratifs, issus de l'ancien gouvernement. Il agit de la même façon avec les normes infra-constitutionnelles, mises en place durant la période visée. La fiction juridique constitutionnelle permet de revenir à un contexte, qui ne tient pas compte de la portée passée de ces lois et des conséquences qui en découlent. Ici le législateur va porter atteinte à la représentation du passé, ainsi qu'à sa dimension normative et factuelle. Ces situations entraînent bien entendu, des heurts entre la société civile et l'État[341]. En ce qui concerne le cas des révisions constitutionnelles sur la souveraineté des citoyens, le Conseil constitutionnel ne fait que remettre en cause les mots employés dans des lois ordinaires. Il estime que la portée visée par le texte de loi ne concerne pas une procédure législative, mais s'intéresse directement à une procédure de révision constitutionnelle. C'est par le choix des mots utilisés, que le but du texte est examiné. Le déni total du passé par la fiction constitutionnelle est depuis longtemps révolu. Désormais il semble s'être mise en place une logique d'apprentissage des erreurs passées, pour ne pas les commettre à nouveau.

Plusieurs éléments permettent de rendre compte de l'importance du pouvoir constitutionnel. De multiples affaires ont mené le juge constitutionnel à rejeter des textes dont la précision laissait à désirer, ou qui ne pouvaient être reconnus comme des normes, car ils menaçaient le principe de sécurité juridique. Comme l'avait expliqué Georges Vedel, c'est la nécessité de se protéger de l'arbitraire qui est de rigueur. La décision constitutionnelle du 12 janvier 2002 illustrait la nécessité de « prémunir les

[341] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 4.

sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire[342] ». La décision du 29 juillet 2004 ajoutait que, cette mission doit être accomplie « sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »[343]. Il y a donc une réelle nécessité de respecter les procédures. La prise de telles décisions illustre encore une fois, l'importance pour le juge constitutionnel de pouvoir avoir recours à des lois claires, afin de pouvoir observer précisément les obligations qui en découlent.

Pour ne pas perdre le sens originel de la norme constitutionnelle, il est nécessaire que sa formulation, se passe de toute ambiguïté. Nous l'avons vu avec la notion de « volonté générale », un texte au sens trop vague peut rapidement déboucher sur un usage intéressé, à la justification excessive par rapport à ce que l'écrit pouvait sous-entendre.

B Une logique constitutionnelle à la mise en œuvre délicate

Pour permettre une application de la norme constitutionnelle juste et pleinement légale, il est nécessaire que l'écrit soit appréhendé dans sa forme la plus pure. Aucune de ses disposition ne doit être placée à l'écart, sous peine de voir le juge être accusé de déni de justice. Aux autorités incombe la tâche de comprendre le sens de ces textes et de faire respecter les droits et obligations, qui y sont prévus. Le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel sous-entend l'existence d'une certaine forme de pouvoir législatif. Un pouvoir législatif qu'il compte mesurer, pour éviter d'immanquables dérives qui lui seraient préjudiciables. Il s'agit du sort réservé à toutes règles écrites. Le droit constitutionnel ne fait pas exception. Il suit les mêmes préceptes. La norme suprême possède cependant un statut à part, dû au champ de compétence qui est le sien. Ses dispositions bien qu'étant les plus puissantes, sont les plus difficiles à garder intactes lorsqu'il est nécessaire de les faire respecter. Les règles constitutionnelles sont aussi par conséquent, les plus fragiles.

[342] Décision n°2001-455, DC., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*.
[343] Décision n°2004-500, DC., 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.

L'histoire a prouvé qu'en ce qui concerne les normes rédigées, bien que leurs formulations permettent de les laisser inaltérables, la présence du corpus matériel entourant ces textes, constitue un véritable enjeu « symbolique et stratégique d'appropriation, de transformation ou de négation[344] ». Pour faire appliquer les valeurs constitutionnelles, le juge ne doit pas effectuer de réflexions juridiques qui déboucheraient sur un discours, à la fois unique et cohérent à partir de syllogismes. Il s'agit d'une véritable difficulté. Selon Vedel, le processus intellectuel doit s'apparenter à une démarche proche de l'ontologie[345]. Le juge doit se pencher sur la nature réelle de ce qui entoure les individus. Il n'en demeure pas moins, que de la théorie à la pratique il y' a un pas assez difficile à franchir. La pensée juridique serait une pensée abstraite et positive. Son objet résiderait dans les choses, les personnes ou encore les relations[346]. L'application d'une manière stricte et réaliste d'un droit aussi imagé que celui émanant de la Constitution, reste délicate à mettre en place.

La difficulté n'est pas la même qu'en droit pénal par exemple, où il s'agit de voir si une personne prétendant avoir eu recours à la légitime défense a rempli tous les critères nécessaires, pour voir une annulation de sa responsabilité. De même, la prononciation de la peine fondée sur un calcul mathématique, témoigne d'une application concrète du réalisme juridique en droit pénal. Le droit constitutionnel ne peut prétendre à cette même logique de façon aussi évidente. La Constitution par l'intermédiaire de ses articles, propage une idéologie à la fois sociale et politique. Une promesse qu'elle se propose de mettre en œuvre, par le biais de la légalité inhérente au droit constitutionnel[347]. En ce qui concerne la théorie du syllogisme, Michel Troper tempère la véracité de cette théorie. Elle permet malgré tout de mettre en place une certaine forme de pratique sociale. Selon lui, la légitimité du juge constitutionnel repose sur l'idée qu'il est l'homme capable d'appliquer le texte constitutionnel.

Il parvient à accomplir son devoir grâce à sa faculté de présenter des décisions, dont il émane un sens objectif, connu de tous[348]. Cette idée renvoie d'ailleurs au réalisme juridique américain qui cherche à connaître la pensée du juge, pour pouvoir

[344] P. Ségur, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *op., cit*, p. 741-742.
[345] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 158.
[346] L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, *op., cit*, p. 113.
[347] J.-M. Denquin «Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, Url : http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html, (consulté le 19 mai 2021).
[348] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit*. (consulté le 24 mai 2021).

anticiper la décision qu'il prendra. Le juge constitutionnel doit cependant veiller à ne pas outrepasser ses pouvoirs, pour sauvegarder sa légitimité dans chacun de ses actes. La légitimité du juge constitutionnel n'est pas admise en toutes circonstances. Elle peut disparaître. Il est également possible de la remettre en question par le public, ou le juge lui-même. Ce dernier peut reconnaître que la logique de sa décision, se contente de reposer sur l'arbitraire. Pour ce qui touche à la population, il est finalement sous-entendu que les citoyens sont prêts à accepter une décision, que si elle se fonde sur une logique concrète, indiscutable, qui ne puisse être remise en question. Pour assurer la pérennité de la juridiction constitutionnelle, il est nécessaire que le juge croit ou du moins donne l'impression, qu'il pense se contenter d'appliquer un texte déjà existant. Ce constat rappelle que le pouvoir d'un juge s'établit sur une grande part d'imagination. Cette manière d'agir lui permet de laisser entendre que son droit obéit à une suite d'action logique, permettant d'entretenir une certaine forme d'ordre.

La démarche de réflexion entamée par le juge constitutionnel au cours d'une affaire qui lui sera soumise, va être au centre de l'attention. Ses décisions ayant de multiples retombées au sein de l'ordre juridique, sa façon d'appliquer les normes va inquiéter. L'interprétation est perçue comme un élément trop aléatoire, soumise à la personnalité du juge et à son imagination. Ce dernier élément est d'ailleurs une composante essentielle à la construction de la fiction constitutionnelle.

II Des exigences constitutionnelles autorisant la bonne compréhension du droit

Le processus de réflexion par lequel le juge constitutionnel passe avant de rendre sa décision, est représentatif de la difficulté liée à l'application de la norme suprême. Un droit trop flou dans sa rédaction ne laisse pas apprécier pleinement le sens véritable de ses écrits. Pour pallier à ce problème, il est nécessaire que le dépositaire du pouvoir constituant se plie aux exigences d'une rédaction claire. L'objet du droit apparaît ainsi sans ambiguïté. Malgré ces remarques, le juge constitutionnel est régulièrement contraint d'interpréter le droit (A), en raison d'un texte parfois trop vague. Il donne à croire en un sens, qui n'était pas nécessairement celui envisagé à l'origine (B).

A Un droit constitutionnel à la portée suggestive

L'interprétation est une composante du droit constitutionnel qui alarme. Voir le juge prendre une décision en fonction de sa manière d'appréhender la situation à laquelle il est confronté, sous-entend qu'un autre juge pourrait prendre une décision différente. Dans les autres branches du droit, cela signifie que les demandeurs n'obtiendront pas forcément le même résultat, bien que leurs affaires sont identiques. Ils auront eu en face d'eux, des juges différents. Ce constat signifierait que la justice équivalente pour tous n'existe pas. Il symbolise l'humanité du juge, une personne qui éprouve et qui manifeste un désir bien précis. Pour ces raisons, il lui arrivera de ne pas avoir le même ressenti qu'un autre, lorsqu'il devra appliquer un texte spécifique. La faute est à rejeter sur des normes parfois troubles, qui ne permettent pas de déduire objectivement le bon usage qui doit en être fait. Dans ses travaux, Michel Troper reconnaît que depuis quelques années, le juge constitutionnel se laisse guider par une forme d' « interprétation volonté »[349]. Par cette façon d'agir, le droit est contraint de faire preuve de clarté. Par cette condition, l'autorité de ceux qui l'ont érigé sera assurée. Est rattaché à cet impératif, la nécessité d'avoir un texte clair pour éviter une interprétation trop large des juges.

Des décisions constitutionnelles comme celles rendues le 12 janvier 2002[350] et le 29 juillet 2004[351], doivent cependant être tempérées. L'interprétation ne peut exister que par le biais d'une volonté d'adaptation du texte, déjà préétablie. Elle n'est tolérable que dans certains cas, bien qu'elle se produise systématiquement. Il est impossible d'appliquer la loi sans interprétation. Le problème vient du fait que tout texte peut se voir attribuer diverses significations. Tout individu est libre de concéder un sens à un écrit. Chacun l'analysera d'une façon différente[352]. Là réside le problème de l'interprétation dans le droit. Sa technique correspond finalement à un discours juridique. En tant que tel, il est susceptible de revêtir plusieurs sens. Cette pratique se doit d'assurer le respect des règles, qui régentent d'une manière générale la réalisation

[349] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit*. (consulté le 24 mai 2021).
[350] Décision n°2001-455, DC., 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, , rec., p.49.
[351] Décision n°2004-500, DC., 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*,.
[352] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit*. (consulté le 24 mai 2021).

des tâches intellectuelles discursives[353]. Elle se préoccupe également des déterminations spécifiques, qui autorisent la production juridique.

Chaque nouvelle modification se doit d'être cohérente avec la précédente. Il est obligatoire pour elle de s'intégrer dans une chaîne à la fois sans fin, mais aussi récursive. Il ne s'agit cependant, que d'un maillon soumis à la cohérence globale. C'est une solution qui apparaît comme autoréférentiellement limitée[354]. L'interprétation renvoie à un procédé complexe, mais nécessaire lorsque l'on se rend compte du fossé entre la théorie et la pratique du droit. Sans cette solution, certains préceptes originaux seraient inadaptables dans la réalité quotidienne. Dès le début il a existé une tendance à placer la loi sur un piédestal dans des considérations utopiques, sans se soucier de l'application de tels principes au quotidien. L'inconvénient pour le juge constitutionnel réside dans l'histoire, sur laquelle le droit constitutionnel s'est fondé. Des textes trop utopiques ou philosophiques présentant la norme, peuvent empêcher la bonne application des principes constitutionnels. Il est difficile de garantir leur effectivité au quotidien. En résulte, une nécessité de se référer à des textes précis. Une véritable mystification autour de la genèse du droit constitutionnel subsiste. Est particulièrement visé, le moment où l'État et son droit ont émergés des limbes, pour parvenir à exister pleinement.

Il s'agit bien entendu d'une période hors du temps. Elle voit l'acte constituant atteindre la juridicisation entière de la société politique[355]. De même, la raison première pour rédiger une Constitution parait évidente. Il s'agit de fixer un droit, afin d'assurer la préservation de principes qui pour les constituants, ne doivent pas être dissociés du pouvoir politique. La norme suprême vient pallier les lacunes d'une simple parole orale, à laquelle on ne peut se fier. L'écrit est le dépositaire d'une certaine forme d'autorité, auquel le discours non-écrit ne peut prétendre. Il ne peut jamais être clairement rappelé par la suite en des termes identiques, la faute à une parole arbitraire et aléatoire. Que la fiction intervienne dans le droit constitutionnel écrit, apparaît comme encore plus troublant. Dans l'histoire des civilisations, c'est l'oral qui a su propager au mieux le mythe verbal. Les croyances qui ont permis le rassemblement de groupes se sont ainsi mises en place, malgré leur caractère non écrit. La rédaction permet une sauvegarde de

[353] G. Kalinowski, « L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques », *Archives de philosophie du droit*, tome 30, *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, p.171.
[354] J.-L. Vuillerme, « L'autorité politique de la jurisprudence », *Archives de philosophie du droit, op., cit*, p.101.
[355] F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, coll. Histoire et document, 1999, p. 187.

la parole, et ne peut se passer d'elle. Sans discours oral, il n'y aurait rien à relater dans les textes. La fiction en droit constitutionnel ne se borne pas à analyser ce que la Constitution choisit de présenter, mais également ce qui peut être matière à réflexion autour de la norme suprême[356].

Le droit constitutionnel, malgré la fiction qui lui est attribuée et qui permettrait selon ses détracteurs de servir le bon vouloir des juges, se caractérise par tout un corpus de connaissances. Il touche aussi bien à sa pratique, ses traditions, mais également de façon générale à ses usages. Rien n'a cependant vocation à durer éternellement. La Constitution et toute sa législation n'y font pas exception. Dans ce cas, ce phénomène peut s'accélérer si le juge fait un usage non intentionnellement erroné du droit. Il possède alors la conviction d'agir, comme les rédacteurs de la norme suprême l'auraient voulu.

B Un droit constitutionnel assimilé à un savoir de croyance

Le droit constitutionnel symbolise un lien avec les grands principes juridiques du passé. Les Constitutions en règle générale, sont rédigées au cours d'instants historiques chargés en symbolique. Considérées de la sorte, elles sont les dépositaires d'une mémoire passée qui ne saurait être altérée. L'utilité publique réclame cependant des mutations, qui passent par des transformations dans l'usage fait des normes. Le droit ne peut être tel que Cicéron l'avait imaginé, lorsqu'il résumait la loi véritable comme émanant de la droite raison, conforme à la nature, présente en tous, ne pouvant changer en aucune circonstance. La loi était alors éternelle. Son but était selon lui de guider l'homme vers le bien, grâce à ses seuls commandements et l'empêcher de sombrer dans le mal par le biais de ses interdictions. En aucun cas il n'était possible de contredire cette loi, que cela soit en dérogeant à ce qu'elle prévoit, ou bien en ayant recours à d'autres lois. Ce qui rend la situation encore plus complexe. Cicéron va jusqu'à déclarer impossible l'abrogation complète d'une loi, en privant même le Sénat et le peuple de la souveraineté d'annuler son existence.

Il prévoit l'universalité de la loi de Rome à Athènes. Il faut qu'elle soit inaltérable jusqu'à nos jours, revenant sur l'idée d'éternité et sur l'aspect inaltérable. Cette loi aura

[356] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op.,cit.*, p. 1.

pour rôle de contrôler l'ensemble des peuples, réunis sous le pouvoir d'un seul dirigeant. Ce dernier se présente comme l'auteur de la loi. Celui qui la met en application et sanctionne son manquement. Finalement la personne qui se détourne de cette loi, en vient à se punir elle-même. Il se détourne de sa nature humaine[357]. Ajoutons à ces éléments, qu'il précise que la loi n'est censée n'avoir aucun interprète. Ce point illustre le caractère sacré et solennel du droit, avec lequel on ne peut réellement interférer. Ces aspects concernant un droit inchangeable revêtant une certaine forme de mysticisme, ne sont pas sans rappeler le réalisme juridique américain et ses prophéties, rendant le droit pratiquement immuable.

Ces logiques de raisonnement continuent d'être défendues. Les opinions relatives à un texte ou un énoncé, restent avant tout des savoirs de croyances[358]. Celui qui réfléchit sur un texte où un événement donné, peut être amené à croire par son interprétation qu'il a compris ce qui lui était présenté, sans que cela ne soit nécessairement le cas. La théorie réaliste de l'interprétation est la seule à avoir mis en avant, le fait qu'il existe autour d'une norme juridique plusieurs sens linguistiques. Le choix de la signification demeure indécidable. L'acte d'interprétation ne peut qu'être calqué que sur celui de volonté empirique, fondé sur des motifs juridiques ou extrajuridiques, liés à une position efficace. Partant de ce principe, il est possible de réactualiser ou d'altérer n'importe quelle norme[359]. La règle juridique se présente comme un aspect essentiel de la réalité sociale. Elle constitue une expression de cette réalité par les valeurs, les caractéristiques sociales, économiques et culturelles qu'elle revendique[360].

Néanmoins, la vision de Cicéron reste une composante que l'on ne peut entièrement respecter. Elle va à l'encontre de l'esprit humain, qui ne peut s'empêcher de donner un sens à un ensemble de mots. Force est de constater que le placement des termes est déjà une mise en ordre, qui tend à déformer la réalité. L'usage fait du mot permet de plier la réalité dans un sens positif ou négatif, par rapport à la chose réelle. Donner un sens objectif au réel est donc impossible[361]. Dans ce sens, Ernst Cassirer

[357] Cicéron, *La république de Cicéron*, traduite d'après le texte découvert par M. Mai, Nouvelle édition, revue et corrigée par M. Villemain, Edition Didier et Compagnie, Libraires éditeurs, Paris, 1858, LIII. Chapitre XVII, p. 184-185.
[358] P. Charaudeau, « Ethique et communication», *Colloque Ethichum, penser l'éthique avec les humanités*, Université Paul Valéry Montpellier 3, ensemble de notes personnelles, 16 septembre 2017.
[359] P. Ségur, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *op., cit*, p. 747.
[360] J.-A. Mazères, « Introduction générale », *op., cit*, p.6.
[361] S. Sorlin, « Ethique et communication», *Colloque Ethichum, penser l'éthique avec les humanités*, Université Paul Valéry Montpellier 3, ensemble de notes personnelles, 16 septembre 2017.

explique que nous nous déplaçons dans un monde de symboles liés aux mythes, aux arts ou à la langue. Tous ces éléments donnent un certain sens au monde. Ils possèdent chacun la même valeur intrinsèque[362]. L'imagination apparaît comme préalablement soumise aux images, qui lui sont montrées pour la stimuler[363]. En ce qui concerne l'interprétation du juge constitutionnel, ce dernier possède un raisonnement qui relève des notions qu'il aura identifié au cours de son affaire.

Des choix cognitifs vont inconsciemment se construire, par leur aspect occulte. Ces schémas de raisonnements sont dictés par des valeurs et symboles, auxquels le juriste est exposé de manière tout à fait naturelle. Les choix du juge représentent finalement des options préalables, de par l'adhésion à tout ce cortège de symboles véhiculé par le droit[364]. Il est impossible pour le juge d'empêcher la manifestation de son imaginaire. Le droit bien que créé pour permettre la mise en place d'un système parfait, ne peut accomplir son objectif. La raison de cet échec tient à l'obligation de passer par les hommes, qui eux sont dans leurs comportements et leurs raisonnements imparfaits. Ils apparaissent comme inconscients de la portée exacte de leurs actes. Ils doivent alors interpréter le droit, pour une application dénuée de défauts ou qui tentera de s'en rapprocher au mieux.

Le juge constitutionnel est conscient des pièges de l'interprétation et de la fiction. Il tente pourtant de recourir à ses mécanismes afin de rendre des décisions, soucieuses de faire respecter les principes juridiques de la norme suprême. Il essaye cependant de minimiser l'utilisation de ces méthodes.

[362] E. Cassirer, *Die Philosophie der symblischen Formen, Formen. III, Phänomenologie der Erkenntnis*, Hambourg, éd.,Meiner, coll., Philosophische Bibliothek, 2010, p. 24.
[363] V. dans ce sens, G. Holton, *L'imagination scientifique*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1981, 496 pages.
[364] J.-A. Mazères, « Introduction générale », *op., cit*, p. 15-16.

Section 2 L'obligation d'une Constitution capable d'affirmer les valeurs de l'Etat

La fiction constitutionnelle peut représenter un danger, si son emploi est banalisé. Le juge doit veiller à l'utiliser avec parcimonie. Il reste cependant conscient du fait que, s'il lui est possible d'en faire un usage maîtrisé, cela ne serait pas nécessairement le cas pour les membres des autres organes juridiques. Les membres du Conseil constitutionnel soucieux de jouir de leurs prérogatives, sont dans l'obligation de veiller à ce que ces dernières ne soient pas étouffées par un autre pouvoir. Par un jeu de cause à effet, ce serait à terme la Constitution même qui risquerait de perdre sa puissance normative. La portée de ses valeurs finirait par diminuer. La force contraignante du texte suprême est testée chaque fois qu'un problème de droit est soumis à la juridiction constitutionnelle. Au travers de ses décisions, le juge tente de prouver les capacités du texte. Il veille à ce que son message ne soit pas mis de côté, pour que ses principes soient correctement appliqués. Dans le cas contraire, le risque serait de voir le magistrat être accusé de déni de justice. Si le juge n'est pas mis en cause malgré le mauvais emploi de la norme, l'autre danger serait de voir une disposition constitutionnelle être altérée définitivement par la pratique. Le juge doit être conscient de ses responsabilités à l'égard de la Constitution lorsqu'il exerce ses fonctions (Paragraphe 1). Cette situation n'est pas sans incidence sur son statut juridique finalement assez singulier (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Un juge responsable du devenir de la norme suprême

Afin de permettre la supériorité de la Constitution sur les autres normes au sein de l'ordre juridique, le Conseil constitutionnel doit s'assurer que ce droit n'est pas écarté au profit d'autres règles. Les spécificités de la norme suprême rendent son droit dans certaines circonstances moins accessible de par sa technicité. Elle semble parfois en décalage, avec les exigences du moment. Un droit trop éloigné de la réalité risque rapidement d'être oublié par des lois faisant abstraction de ses dispositions. Le juge constitutionnel a tout intérêt à défendre les valeurs juridiques originelles, en montrant qu'elles sont pleinement effectives. Pour prouver que le droit constitutionnel n'est pas

arbitraire et qu'il répond au principe de légalité, chacune de ses décisions doit se fonder sur les textes de la norme suprême. Par l'intermédiaire de cet exercice, le juge va permettre une meilleure compréhension de la Constitution et rappeler à ceux qui en douteraient son efficacité (I). Son action va également permettre d'éclairer sous un jour nouveau d'anciennes dispositions, à l'image de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le juge va faire référence à de tels écrits, afin que les citoyens ne soient pas spoliés des valeurs qui y sont contenues (II).

I Le juge constitutionnel, artisan d'un droit pratique

Pour s'assurer que le droit prescrit par la norme suprême a une véritable incidence dans la vie quotidienne des citoyens, le juge constitutionnel doit veiller à leur bonne application. Il demeure cependant un magistrat soumis aux mêmes impératifs que les autres. Pour ces raisons, les décisions rendues sur des problèmes de droits doivent se reposer sur des dispositions précises. Aux juges de prouver que les textes sur lesquels ils se reposent, permettent de donner une réponse évidente à l'affaire qui leur est soumise (A). La démarche ici effectuée, ne doit pas être arbitraire. Il est interdit que l'énoncé utilisé, serve des prétentions hasardeuses. Son emploi doit faire sens. Il doit permettre une démonstration de la philosophie défendue par la Constitution (B).

A Le juge constitutionnel contraint à l'usage d'énoncés normatifs

Lorsqu'il rend des décisions de justice, le Conseil constitutionnel est conscient de ses lacunes en matière d'interprétation. Il sait que cette solution peut lui être reprochée. Il a tenté de remédier au mieux à cette situation. Puisqu'il lui faut se fonder sur des dispositions normatives, le juge va concentrer une partie de son activité sur la sélection de ses textes de référence. Vont donc être privilégiés les écrits aux valeurs indiscutables. En revanche, les actes manquants de clarté risquent d'être refusés. Ces derniers seraient l'objet de beaucoup trop de dérives. Bien sûr cela donne lieu à l'application de la théorie de l'acte clair. Seuls des écrits à la précision irréfutable et qui ne peuvent être soumis à

controverse, doivent être acceptés. La sélection de normes, implique l'idée que certains écrits constitutionnels sont plus valables que d'autres. Le juge souhaiterait alors écarter ces derniers, poussé par la difficulté à faire reconnaître leur valeur. Le manque de pertinence d'une norme écrite, invite à s'interroger sur l'utilité de sa présence, au sein du corpus constitutionnel. Pourquoi les conserver ? La question de réviser la norme fondamentale est révélatrice du caractère temporaire du droit, malgré l'illusion de fixité théorisée par Cicéron. Pour être reconnue légitimement, la solution la plus simple pour le juge constitutionnel, serait de suivre des procédures établies au préalable, sans connaissance des détails de la situation pour laquelle la solution constitutionnelle s'applique. Cette réponse pose de nombreux problèmes, plus particulièrement en ce qui concerne le manque d'audace qui pourrait être reproché au juge.

Jean Domat dans son traité *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, explique que les lois ont un caractère de vérité, plus sincère que les autres sciences humaines. Selon lui, ces préceptes ne peuvent être remis en cause par quiconque à la différence des autres sciences, où une théorie peut être contestée par une autre, si elle ne parvient pas à convaincre l'ensemble des chercheurs[365]. La fiction empêche l'existence d'une vérité unique. « Partant de cette prédominance de l'intérêt pour la vérité, en particulier la vérité factuelle, dans le cadre des procédures juridiques (et surtout judiciaires), il pourrait sembler que chaque écart d'elle serait tout à fait contraire à la recherche des solutions justes et objectives des controverses en droit. Cependant, depuis les temps antiques jusqu'à présent, le droit connaît des situations et des exemples spécifiques qui témoignent justement l'opposé. À savoir, parfois, c'est précisément par l'écart de la vérité factuelle, par la mobilisation des ressources de l'imaginaire et du fictionnel dans le raisonnement juridique, que la lutte pour la justice et pour le traitement équitable des sujets du droit est menée d'une manière plus efficace que par les moyens conventionnels, « réalistes »[366] ».

Malgré sa volonté de faire preuve de réalisme, le Conseil constitutionnel éprouve des difficultés dans l'accomplissement de cet objectif. Concrètement, le Conseil constitutionnel ne peut pleinement réaliser les objectifs réclamés par le réalisme juridique. Il est possible de se rendre compte de cette situation dans plusieurs de ces

[365] J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Seconde édition, Edition Pierre Pierre Auboüin Libraire de Meffeigneurs les Enfants de France, Pierre Emery et Charles Clouzier, Paris, 1697, Livre premier, Chapitre 1, p. 3-4.

[366] A. Dimiskovska, « Les fictions jurisprudentielles et le raisonnement défaisable en droit », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 115-116.

décisions, notamment dans une rendue le 29 juillet 2004[367] et une autre le 21 avril 2005[368]. Ces deux décisions du Conseil constitutionnel, permettent de faire la différence entre l'énoncé d'un texte de loi et sa signification d'un point de vue réaliste. Par le biais de ces nouveaux éléments, la normativité ne constitue en aucun cas une qualité de l'énoncé. Elle permet la signification. « Les fictions juridiques, conçues en tant qu'instruments spécifiques de la technique judiciaire, introduisant une qualification fictionnelle des faits existants afin de parvenir à la solution juridique désirée, sont l'une des instances paradigmatiques de ce phénomène[369] ».

Dans son travail, le juge constitutionnel va avoir recours à l'énoncé normatif qui lui semblera approprié. Il n'est possible de considérer l'énoncé comme normatif ou non, que dans le cas où il sera interprété comme étant normatif. Dans ce contexte, n'importe quel énoncé peut être qualifié comme appartenant à une catégorie ou à l'autre[370]. Par les décisions du Conseil constitutionnel du 29 juillet 2004 et du 21 avril 2005, il est possible de comprendre les raisons qui poussaient un juriste comme Hans Kelsen, à désapprouver le contrôle de constitutionnalité des lois. La référence à des textes trop vagues comme par exemple la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, vient compliquer la prise de décision des juges. Ce dernier texte a d'ailleurs longtemps été mis à l'écart des autres normes. La faute revient à ses dispositions, difficiles à appliquer concrètement. Ses textes étaient considérés comme étant excessifs dans leur propos. Par conséquent, ils étaient compliqués à suivre pleinement. Ces normes révèlent néanmoins, la nécessité d'employer la fiction au sein d'une discipline comme le droit constitutionnel. Ainsi, « la fiction juridique représente un procédé complexe de raisonnement juridique, qui puise sa force justificatrice du schéma classique subsomptif selon lequel son présentés ses résultats finals, mais qui, derrière cette façade, cache des opérations spécifiques du raisonnement défaisable, surtout en ce qui concerne le balancement des raisons pour et contre certaine conclusion[371] ».

Certaines normes paraissent inadéquates pour servir la justice constitutionnelle, le juge ne peut en faire abstraction. Il est obligé d'en faire un usage correct. La fiction permet de construire un raisonnement qui permettra au juge de se servir de la norme,

[367] Décision n°2004-500, DC., 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.
[368] Décision n°2005-512, DC., 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*.
[369] A. Dimiskovska, « Les fictions jurisprudentielles et le raisonnement défaisable en droit », *op. cit.*, p. 116.
[370] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit*. (consulté le 7 décembre 2020).
[371] A. Dimiskovska, « Les fictions jurisprudentielles et le raisonnement défaisable en droit », *op. cit.*, p. 116.

pour obtenir le résultat qu'il souhaite. En procédant de la sorte, il est sûr de ne pas être dans l'erreur. De la même façon, la norme constitutionnelle ne peut prévoir que la vérité. Le juge constitutionnel accomplit la tâche dont il est chargé. Aller à l'encontre de ce devoir, signifierait que des normes constitutionnelles ne sont pas appliquées. Cette insinuation équivaut à indiquer un déni de justice. Les valeurs défendues par la norme suprême seraient bafouées.

B L'obligation du juge constitutionnel à transmettre le message de la norme suprême

Malgré tous ses efforts et recommandations, le Conseil constitutionnel est bel et bien obligé de composer avec des textes qui, selon ses propres critères, peuvent être présentés comme étant non normatifs. La faute revient à leur aspect imprécis. Si le juge se privait de dispositions spécifiques, la Constitution dans son ensemble ne pourrait être défendue. Une partie de son discours serait perdue. La difficulté de donner sens à certains écrits, reste pourtant réelle. Le débat sur leur portée précise ne peut être évité. Par exemple, il est possible de s'interroger sur l'analyse d'un texte qui prévoit que « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation[372] ». L'analyse peut être identique lorsqu'est indiqué « La souveraineté nationale appartient au peuple[373] ». Michel Troper fait remarquer que dans ces circonstances, il ne s'agit pas réellement d'une volonté de laisser la souveraineté à la Nation ou au peuple. Il s'agirait plus d'un constat de cette appartenance. Or au vu du fait que ce droit est écrit, la question de l'application des normes au quotidien reste tout de même légitime. Tout droits et textes législatifs sont voués à avoir des conséquences sur le quotidien de la nation.

Évidemment le Conseil constitutionnel est incapable de renier toute portée normative à ces textes, bien qu'ils risquent d'entraîner un pouvoir d'interprétation excessif. Pour être en accord avec ces principes, le juge constitutionnel se doit de reconnaitre ces normes et leur portée, tout en prétendant que le texte possède une signification reconnue par tous sans difficultés[374]. Le respect des valeurs véhiculées par

[372] Article 3 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
[373] Article 3 de la Constitution française de 1958.
[374] J-M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit*. (consulté le 7 décembre 2019).

les textes du bloc de constitutionnalité, forme un garde-fou face à l'utilisation abusive d'un droit fictif, lié à l'interprétation et à l'imaginaire. Par sa nature, l'acte imaginatif duquel découle la fiction est vide. Aucun lien avec la réalité n'est alors entretenu[375]. La multiplication d'images qui serviraient à illustrer le droit, peut représenter à terme un danger. Il existe un risque d'aboutir à une jurisprudence, uniquement fondée sur des concepts. Les problèmes liés au dogmatisme et à la rigidité du système juridique y seraient donc rattachés[376]. Le risque s'accroît davantage, lorsque ces fictions fondent des institutions censées servir le réel, mais trop à l'écart de la société. Le danger est encore plus grand, si elles sont censées être incontestables[377]. Le rôle de protecteur des citoyens mis en avant par le juge constitutionnel s'effondre.

Les citoyens finissent par ne plus être en mesure de connaître le droit qui les protège. Ceci va à l'encontre des notions proposées par des auteurs comme Oliver Wendell-Holmes Jr., et son principe de prévisibilité. L'emploi de la fiction constitutionnelle contribue à la mystification des valeurs du droit, qui en devient opaque. Le discours juridique s'en trouve hermétique pour ceux qui n'ont pas appris à le maîtriser. Cette situation conférerait au droit un certain caractère « aristocratique », le confinant à certains cercles[378]. Si le droit Constitutionnel doit être considéré comme une fiction, c'est-à-dire une histoire qui se raconte, alors elle est soumise aux mêmes impératifs que cette dernière. La Constitution fait appel au travers de sa rédaction, à un récit fictionnel narratif fondateur. Il s'agit le plus souvent d'un texte qui peut se distinguer facilement du reste de la norme. En règle générale, il est presque toujours placé au début. Le préambule de la Constitution de 1958 remplit ce rôle. Le but premier de ce récit est de conter une histoire, afin de dégager des pistes de réflexions pour une interprétation commune du monde, dans lequel cette Constitution serait légitime. Le degré de détails relatif à l'histoire varie d'une Constitution à l'autre, mais il s'agit d'un élément toujours présent.

L'objectif est d'évoquer le passé, ou de relater la situation du pays au moment où la Constitution est promulguée. Généralement cette histoire contée, envisage également l'avenir qui se dessine pour le pays[379]. Dans le cas de la Constitution du 4 octobre 1958,

[375] W. Iser, *Das Fiktive und das Imaginäre- Perspektiven literarischer Anthropologie*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1993, p. 242.
[376] K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, Urban-Taschenbücher, 1983, pp.38-40.
[377] Y. Thomas, *Les opérations du droit, op., cit*., p. 153.
[378] A. Schiavone, *IUS L'invention du droit en occident, op., cit*., p.25.
[379] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p. 2.

il s'agit de rappeler l'attachement aux valeurs révolutionnaires de la France par l'intermédiaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. De même le souci attaché à la personne humaine est indiqué, en rappelant les atrocités commises lors de la seconde guerre mondiale, par sa référence au préambule de 1946[380]. La norme suprême française a choisi d'étoffer davantage son histoire contée, grâce à l'ajout de ces textes en plus du préambule de 1958. La Constitution fait également passer un message sur la nécessité de protéger l'environnement, nouvel enjeu jusqu'ici laissé de côté par les institutions politiques. Enfin dans un souci d'unification du territoire, la norme suprême consacre la deuxième moitié de son préambule aux territoires d'outre-mer[381].

La forme d'écriture choisie pour la Constitution, permet d'apprécier différemment le message qu'elle souhaite transmettre. Ce discours va être assimilé par le Conseil constitutionnel. Il va choisir d'orienter son action, en fonction de sa compréhension de la norme suprême. Il va particulièrement s'intéresser aux écrits qui ont permis d'aboutir au texte que nous possédons aujourd'hui.

II Le juge constitutionnel comme protecteur des normes fondatrices

La Constitution représente plus qu'un simple énoncé normatif. À la différence d'autres textes, elle est la dépositaire du patrimoine juridique de l'État, auquel elle confère les prérogatives de chacun de ses organes. La norme suprême est le résultat de l'histoire vécue par son pays. Elle entretient la mémoire et n'hésite pas à faire si besoin, des rappels par des références à des textes plus anciens. Par ce mécanisme, la norme suprême autorise à perpétuer l'héritage normatif légué au cours des siècles (A). De plus, en élevant certaines de ces normes au plus haut rang juridique, la Constitution permet à des dispositions aussi précieuses que celles relatives aux droits de l'homme, de continuer à être appliquées (B).

[380] Préambule Const., 27 octobre 1946., al. 1er., « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

[381] V. Constitution de la république française, Préambule, présenté par F. Mélin-Soucramanien, Paris, Dalloz, 2017, p.17.

A Le texte constitutionnel comme aboutissement de l'héritage normatif

Au moment de l'écriture d'une norme suprême, le rédacteur n'est pas toujours conscient des enjeux qui seront liés aux dispositions en train de prendre forme. Par moment, il peut simplement être question d'indiquer une valeur qui montrera la voie à suivre pour les futurs législateurs. Le texte constitutionnel dans sa rédaction originelle peut laisser des points vacants, sur lesquels d'autres auteurs vont vouloir greffer de nouveaux éléments. Le but d'une telle manœuvre n'est pas de donner une nouvelle forme à l'ancien texte. Il est ici question de réexaminer le fond légué par les rédacteurs de la norme suprême. La finalité vise la correction, ou encore la révision du texte pour venir préciser davantage la volonté de départ. En retirant le contexte parfois tendancieux de certains écrits, il est possible d'aboutir à certaines révisions. Certaines sont justifiées par la découverte de nouvelles sources du droit. D'autres sont le résultat d'une volonté d'être plus minutieux sur certains points, pour répondre à des besoins qui n'étaient pas originellement envisagés[382]. Au juge constitutionnel de s'assurer que le texte qu'il est chargé de défendre n'est pas dénaturé par des manquements à son encontre. Avec un écrit comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au sein du bloc de constitutionnalité, c'est un héritage juridique de plus de deux cent ans que le Conseil constitutionnel doit défendre. Au vu de l'évolution des modes de pensées sur près de deux siècles, le travail effectué par le juge sur de tels écrits parait inévitable.

Il faut garder à l'esprit que contrairement au domaine littéraire, la modalité déontique propre à la norme doit être rattachée à la non fictionnalité de ceux sur qui le texte s'applique. Dans cette perspective, le résultat souhaité par le discours juridique doit être concret[383]. La Constitution est particulièrement observée lorsqu'elle a recours à une pareille mécanique. Son droit occupe une position particulière en ce qui concerne la portée de ses normes. Celles-ci vont être pour le juge constitutionnel, source de nombreux problèmes. Ces valeurs sont mises en péril et bien qu'elles aient une grande importance, il va parfois être difficile de les faire reconnaître. Les normes constitutionnelles peuvent être pour les individus, des permissions d'agir contre le

[382] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10ème édition., Collection anthologie du droit, 2001, p. 228.
[383] O. Pfersmann, « Les modes de la fiction droit et littérature », *op., cit.,* p.50.

législateur national. Il s'agira alors de droits fondamentaux. Dans le cas d'autorisation à l'égard du législateur seront évoquées des spécifications de l'intérêt général. Pour terminer, les obligations des individus sont considérées comme des devoirs fondamentaux[384]. Le droit constitutionnel utilise tout un champ lexical pour étayer son éventail de valeurs. Les normes constitutionnelles ont la particularité de se trouver à mi-chemin entre le pragmatisme juridique, qui prévoit un droit applicable à tous au quotidien, et un droit plus philosophique, chargé de préciser les valeurs que les textes de lois doivent suivre et encourager.

Le droit constitutionnel est amené à raconter le monde d'après une mythologie à la fois présente avant lui, mais aussi simultanée. La Constitution ne posséderait aucune utilité si sur le plan imaginaire, elle ne pouvait donner forme au pouvoir grâce aux mots qu'elle choisit d'employer. La norme suprême a ainsi pour tâche d'offrir une explication intellectuelle sur la réalité sensible[385]. Entre ces modes de pensées se trouve le Conseil constitutionnel. Il doit tenter de préserver une forme d'équilibre. Sa tâche est de rendre compréhensible la norme suprême et la mythologie qu'elle entend présenter, en l'expliquant si nécessaire. Sans ces éléments, il ne peut y avoir de règles parfaitement applicables. La mythologie doit être comprise, pour que les règles soient appuyées[386]. La tâche du Conseil constitutionnel est de veiller à ce que le droit ne soit pas trop rigoureux, à un point où il figerait la société jusqu'à empêcher la création de nouvelles alternatives. D'un autre côté, il doit veiller à que ce droit ne soit pas trop abstrait, pour empêcher l'arbitraire. Afin qu'une fiction constitutionnelle puisse pleinement exister, il parait évident que l'énoncer ne suffit pas. Il faut aussi croire en elle[387]. Rappelons que la tâche du juge constitutionnel en matière d'application de la norme, s'avère plus complexe lorsque l'on sait que la plupart des règles sur lesquelles il doit veiller, ont été créées avant l'existence d'un contrôle de conformité des normes, et des règles qui régissent son application.

Le juge constitutionnel va devoir unifier l'ensemble des normes qui forme le bloc de constitutionnalité. Le but est de créer un tout cohérent, qui tend à prévoir les mêmes valeurs, dans un but identique. La norme suprême ne peut laisser entrevoir des failles, sous peine de voir des contrevenants à ses écrits en profiter, pour les tourner à leurs

[384] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles», *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, n°80, p. 752.
[385] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, p. 7.
[386] *Ibid*.
[387] C.-M. Pimentel, « Quelques remarques sur les origines intellectuelles du pluralisme politique », in L. Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2007, p.50.

avantages. Pour des raisons identiques, exposer des faiblesses propres au texte constitutionnel met également le droit des citoyens en péril.

B L'existence des droits de l'homme fondée sur la croyance du juge en ces valeurs

Le rôle de conciliateur exercé par le juge constitutionnel s'avère assez ardu à supporter, notamment lorsqu'un texte comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen entre en ligne de compte. Sa mythologie spécifique ancrée dans les idéaux révolutionnaires de la fin du XVIIIème siècle, contribue à en faire un écrit à part. Ce texte reste nécessaire pour le juge. Il ne peut en faire l'impasse. La part non négligeable de libertés fondamentales pour les citoyens contenues en son sein, font de cet écrit un ajout considérable pour la Constitution. Lorsqu'il touche aux droits de l'homme, Georges Vedel rappelle la nécessité pour le juge d'aller plus loin en ce qui concerne son travail d'analyse. Il est difficile de construire à partir de ces valeurs, un discours qui sait être à la fois unique et cohérent. Dans ce cas-là, il s'avère ardu de recourir à la logique des syllogismes. Il ressort de cette situation, une nécessité quasi ontologique. L'auteur soulève alors la complexité du paradoxe soumis aux juges. S'il est impossible de penser les droits de l'homme automatiquement, il devient inconcevable de les proclamer, donc de les défendre[388]. Cela revient à une situation équivalente à celle où se trouve le juge en droit pénal américain, où il est dans l'incapacité de confondre un meurtrier si le corps de la victime prouvant qu'effectivement il y a eu meurtre, n'a pas été retrouvé. Le problème est de savoir si la personne est bien morte, ou si elle n'est pas tout simplement partie sans laisser de trace.

Le dilemme ici est le même. Le juge ne peut pas défendre les droits de l'homme si ces derniers ne peuvent exister concrètement. Rien ne permet d'identifier leur existence, ce qui remet en cause le principe de légalité même. Il est nécessaire selon Georges Vedel, d'accorder à ces droits une âme de transcendance. De la même manière que la foi permet l'existence de la religion, la croyance d'un droit et d'une société plus juste contribue à sa réalisation. Les droits de l'homme ne peuvent exister que grâce aux personnes qui les imaginent. La simple pensée que les droits de l'homme soient

[388] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 158.

possibles et puissent ou doivent être appliqués dans notre droit, permet la garantie de leur respect par les autorités compétentes. Comme le souligne Georges Vedel, il est impossible de penser les droits de l'homme sans y croire. Sur une telle philosophie, va être mis en œuvre une entreprise de construction de la vérité à propos, de l'existence des droits de l'homme. Elle sera reconnue par la législation et rendra impossible toute forme de négation. C'est bien la loi qui permet d'établir la vérité, non l'inverse. La loi ne peut avoir d'équivalence. Cela ne signifie pas pour autant que la loi constitutionnelle représentera la vérité. Elle peut en être une vision erronée.

La Constitution reste une forme d'expression à part. Elle contraint le juge à déterminer la part de vérité en son sein. Pour cela, il va devoir délimiter non seulement les critères qui la constituent, mais il va également lui falloir en redéfinir les contours. En ce qui concerne les droits de l'homme, il est nécessaire de retourner au moment où les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacrent leurs principes. Au moment où ils révèlent leur concept, ils en deviennent les proclamateurs. Le problème vient des destinataires qui constituent l'opinion publique. Ces derniers n'acceptent pas la possibilité pour d'autres, de revenir sur les dires passées. Le juge constitutionnel est pourtant celui, qui va devoir intéragir avec la parole de ceux qui ne sont plus. Il existe un véritable problème de confiance entre l'opinion publique et le juge constitutionnel. Il n'est pas nécessairement évident de constater toute la complexité de la tâche du juge constitutionnel. D'une manière ontologique, la pensée des droits de l'homme sous-entend une existence réelle non contingente et une transcendance, qui se distingue par son universalité et sa pérennité[389].

Ces observations contribuent à révéler le fait que volontairement ou non, même la pensée se voulant être la plus élaborée, concrète, pragmatique ou même réaliste, possède une part d'imagination qui contribue à rendre l'élaboration de ses principes concrets. Le droit constitutionnel représente un exemple permettant de prouver que les fictions intégrées au droit, offrent de multiples possibilités concernant le fonctionnement de ce dernier. Le droit constitutionnel français peut également se vanter de posséder certains paradoxes, qui rendent son application plus complexe que d'autres droits européens. Ainsi dans d'autres juridictions européennes constitutionnelles qui pratiquent un contrôle par rapport à la norme suprême, il est possible de constater un certain avantage. Ces dernières ont la possibilité de se référer à une définition des droits

[389] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 158.

fondamentaux, conçue dans le but de servir ce contrôle. Elle présente comme caractéristique supplémentaire, de provenir d'une source unique et donc de posséder une seule date. La référence est donc bien plus évidente pour le juge qui a besoin d'y avoir recours.

Le travail du juge constitutionnel avec des normes éparses, lui offre certaines opportunités, que ses détracteurs peuvent pointer du doigt. Est principalement visé son champ d'activité, lequel va dépendre de la compréhension des dispositions de la norme suprême. L'intégration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au sein du bloc de constitutionnalité, permet au Conseil constitutionnel de défendre un tout nouveau champ du droit, auquel la Constitution même ne faisait pas grand cas.

Paragraphe 2 Les conséquences de la norme suprême sur le statut de ses juges

L'observation du juge constitutionnel dans son travail d'investigation, nous amène à constater les difficultés qui sont les siennes. Toutes les normes du bloc de constitutionnalité n'ont pas été conçues à la même époque. Certaines à l'image de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, datent de la fin du XVIIIème siècle, d'autres comme le Préambule de 1946 sont imprégnées du contexte lié à la fin de la seconde guerre mondiale. Enfin, des normes sont révélatrices des préoccupations écologiques de notre temps. Chaque parcelle du droit constitutionnel vient identifier des thématiques spécifiques, léguées au cours de l'histoire du droit français. Pour rendre la justice, le juge doit se référer à chacune de ces normes. Ces textes n'ont cependant pas été rédigés dans le but d'être unifiés, pour former un bloc commun. Le juge constitutionnel va devoir réaliser un travail qui sort du cadre de la résolution de problèmes de droit. La nature de son rôle va évoluer, notamment lorsqu'il va lui falloir donner un sens aux normes du passé (I). En ayant un droit de regard sur la manière d'appliquer la norme suprême, le juge constitutionnel va pouvoir définir lui-même ses capacités, sans qu'il ne soit réellement possible pour quiconque de s'y opposer (II).

I Une pratique de la justice constitutionnelle révélatrice de la nature du juge

Pour être en capacité de résoudre les problèmes de droit qui lui seront soumis, le Conseil constitutionnel va devoir rendre ses décisions au vu de toutes les normes du bloc de constitutionnalité. Il lui faut parvenir à adapter certaines normes du passé aux mentalités et aux besoins contemporains. Les textes auquel il lui faut se référer sont obligatoirement harmonisés, pour rendre une solution de droit claire et sans ambiguïté (A). Le travail se révèle des plus délicats lorsque le juge doit faire usage de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen. Longtemps considéré comme un texte symbolique, ce dernier ne possède une existence juridique que depuis la décision *Liberté d'association*. Cette situation n'est pas sans conséquence pour le juge constitutionnel (B).

A Le juge, conciliateur des différentes normes de la mythologie constitutionnelle

Certains juges constitutionnels des autres pays européens, ont un travail d'investigation simplifié, par rapport à ce qui se pratique en France. Pour émettre sa décision, le Conseil constitutionnel doit se fonder sur tout un corpus de textes qui n'ont jamais été créés pour le servir dans ses objectifs. Le juge constitutionnel rencontre des difficultés dans ses investigations, dues parfois à l'inadaptation de ses sources aux objectifs qui lui sont fixés. Il faut ajouter à ces inconvénients un travail de tri, entre diverses règles et principes qui ont été élaborées, ou sont apparues sur près de deux cent ans. Le juge ne peut se passer de certaines règles au cours de son investigation. Les normes peuvent se compléter, sans aller à l'encontre d'une autre. Ce travail de recherche est plus long et ardue, de par la complexité de la tâche. Le juge constitutionnel français doit composer avec des normes provenant d'époques différentes, forcément animées d'esprits divers. Il ne peut pas non plus, perdre de vu l'opinion publique qu'il se doit de rassurer en toutes circonstances. Dans certaines situations, il est nécessaire pour le juge constitutionnel de faire cohabiter le Préambule de 1946 plus approprié pour certains problèmes, avec la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen. Cette dernière se trouve plus compliquée à apprécier, par ses références qui ne sont pas nécessairement adaptées à notre époque.

Une décision constitutionnelle du 16 janvier 1982 illustre parfaitement cette dichotomie. Dans cette affaire le Conseil constitutionnel a choisi de censurer une loi de nationalisation. Pour rendre sa décision, il choisit d'effectuer un rappel de la définition du droit de propriété[390]. Pour accomplir cet exercice, il doit se reposer sur les différents textes du corpus constitutionnel qui abordent la question. Il ne peut en choisir un qu'il préfère à un autre. La tâche se complique lorsque les différents textes n'ont pas la même vision du droit de propriété, selon la période à laquelle ils ont été rédigés. Dans le treizième considérant, les juges se fondent sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La propriété se définirait comme « Un droit inviolable et sacré[391] ». Certains de ces termes, notamment celui de « sacré », peuvent paraître anachroniques au vu de l'époque où se situe le litige. En ce qui concerne cette définition, le juge rappelle dans son quinzième considérant qu'elle provient d'un accord tacite, dû aux référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le « peuple français » y a reconnu des textes donnant une valeur constitutionnelle, aux principes et aux droits proclamés en 1789.

Il a auparavant dans son quatorzième considérant, justifié l'utilisation de préceptes datés par le référendum du 5 mai 1946. Il remémore le résultat où le peuple français a rejeté un projet de Constitution, proposant une nouvelle Déclaration des droits de l'homme qui offrirait des principes différents de ceux de 1789, notamment l'article 17 auquel il a fait référence précédemment. Le Conseil constitutionnel explique que malgré des dispositions peut être plus adaptées à la société actuelle, il n'en demeure pas moins qu'elles ont une valeur constitutionnelle. Elles ne doivent pas être mises de côté. La décision se poursuit en se fondant dans son dix-septième considérant, sur l'article 9 du préambule de la Constitution de 1946. Ce dernier tempère les dispositions prévues par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le juge prouve que l'efficacité d'une norme est liée à la mythologie établie autour d'elle. Le texte de loi représente la conséquence directe d'une mythologie, ce qui peut lui permettre d'assurer son efficacité auprès de la communauté qui adhère à ces croyances. La norme doit être cohérente avec ce mythe fondateur du pouvoir. Ces propos doivent être modérés, car cette exigence de

[390] Décision n°81-132, DC., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.
[391] Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

cohérence est particulièrement présente dans les États totalitaires[392]. Les régimes libertaires se trouvent être plus tempérés sur ce point.

Pour revenir à notre situation, les nouvelles dispositions prévues par le préambule de la Constitution de 1946 s'avèrent être moins solennelles, en ce qui concerne le droit de propriété, par rapport aux textes de 1789. « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité[393] ». La norme de 1946 rappelle ensuite que « …cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes susrappelés de la Déclaration de 1789[394] ». Pour parachever sa démonstration, le Conseil constitutionnel finit par s'appuyer sur l'article 34 de la Constitution, lequel prévoit les domaines de la loi tout en soulignant qu'il ne peut se prévaloir du respect des règles et des principes de valeurs constitutionnelles[395]. La portée de ces différents textes permet au Conseil constitutionnel de justifier sa décision. Par cet exercice, il est possible de se rendre compte du travail effectué par le juge constitutionnel, obligé de naviguer entre les différentes normes, pour rendre une décision.

Ce besoin pour le juge constitutionnel de comparer les différents textes juridiques qui traitent d'un même sujet, n'est pas une simple volonté de sa part mais une réelle obligation. La décision la plus juste possible au regard du droit constitutionnel, sera ainsi rendue. Si chaque écrit peut se compléter, certains peuvent aussi avoir une appréciation différente.

B Le juge conciliateur des différentes significations liées aux droits de l'homme

De la même manière que le juge constitutionnel rencontre des problèmes dans son travail d'investigation pour résoudre des litiges, l'effort d'équilibre afin de prendre en considération les différents textes n'est pas aisé. Apparaît dans de nombreuses situations la nécessité de faire un compromis qui satisfera le plus de monde. Bien entendu, le rôle du juge n'est pas de plaire aux citoyens. Il n'est pas ici question de popularité. En

[392] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p. 7
[393] Article 9 du Préambule de la Constitution de 1946.
[394] *Ibid*.
[395] Décision n°81-132, DC., 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

revanche, ne doit pas être oublié que ce qui prévaut avant tout, c'est l'intérêt général. Le compromis doit respecter la volonté des citoyens, telle qu'elle a été établie au travers des référendums vus. Quelques évidences ressortent de cette situation. Le but de certaines normes constitutionnelles n'est clairement pas évident pour le juge qui entendrait les faire respecter. Le cas de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est sûrement le plus évident. Nous l'avons expliqué, il est difficile d'établir de manière concrète ce que sont les droits de l'homme. Selon Georges Vedel ils prendraient directement leur place dans la croyance en un droit naturel, encore en construction. Les droits et libertés ne peuvent être prévus d'une seule traite. Ils ne sont esquissés que par petites touches successives[396]. Bien qu'il existe des doctrines d'ordre « fixe » en provenance du droit naturel, pour ce qui concerne les droits et les libertés de l'homme ces dernières ont vu leur création s'étaler dans le temps.

Au fil des périodes, des principes sont apparus par différentes vagues de créations. D'autres se sont progressivement développés. Ces innovations ne doivent pas enlever la confiance que les citoyens placent au sein du Conseil constitutionnel. L'aspect progressif qui émane du droit, ne doit pas laisser croire qu'il retire le caractère transcendant du droit naturel. Celui-ci continue de conserver son importance. Le droit naturel ne doit pas être considéré comme un droit à relativiser, ou qui pourrait être réversible car incapable de s'imposer dans la durée, bien au contraire. Cette idée s'accorde parfaitement avec un droit qui évolue constamment. Il propose de nouvelles idées pour s'améliorer et permettre une société plus juste. Lorsque l'un de ces droits est découvert, ce dernier est immédiatement intégré au reste du corpus juridique, perpétuellement en quête d'innovation. De nouvelles améliorations sont engrangées, sans renier les précédentes. Le droit naturel s'accroît au fur et à mesure que le temps passe. Il se complexifie et se précise. Le droit est à l'image d'une technologie qui repousse à chaque fois ses limites, pour s'améliorer et devenir de plus en plus performante. Ce caractère fait du droit une science, qui continue de procéder à de nouvelles découvertes.

Le droit constitutionnel français ne dénigre pas ces plus vieilles dispositions. Il continue de les intégrer à son patrimoine, sans oublier de les respecter. Il existe un certain attachement à ces normes, telle que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, conservée au lieu d'être « mise à jour ». A la différence du réalisme

[396] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 155.

juridique américain, il ne s'agit pas d'une quasi contrainte. C'est un choix délibéré, comme en témoigne le peu de succès rencontré par les éventuelles tentations de moderniser un tel texte. Il s'agit d'une réponse résolument protectrice envers l'ancienne norme, illustrant une certaine forme de défiance vis-à-vis du juge constitutionnel. Pour autant, l'ancienneté d'un texte ne représente pas nécessairement un gage de qualité. Il est nécessaire en certaines circonstances de se détourner des affects passéistes. Refuser une norme sous-prétexte qu'elle remettrait en cause un écrit plus ancien, reviendrait aussi à oublier l'importance des « principes particulièrement nécessaires à notre temps ». Doit être gardé à l'esprit, le fait que le droit constitutionnel est également une entreprise qui a vocation à évoluer.

Cette opposition à une altération de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen représente selon Georges Vedel, la mesure indiquant à quel point les français sont étrangers à l'idée que le juge constitutionnel soit le protecteur d'un trésor immuable. Au contraire, il semblerait qu'il soit perçu comme une personne prête à se débarrasser de ces normes anciennes, à l'occasion d'une quelconque révision constitutionnelle[397]. Dans cette optique, la confiance parait mise à mal à l'égard du juge qui s'est pourtant chargé de défendre les citoyens. Le problème de la position du juge constitutionnel fait encore une fois écho à l'image d'un détendeur de pouvoir, qui représente une épée de Damoclès au-dessus des citoyens. Ces derniers peuvent se sentir à la merci du juge, dont la légitimité à leur égard peut être entachée par l'absence de vote pour le désigner clairement. Il est pourtant difficile de détacher les notions de juge et de législation. La simple évocation du droit naturel fait directement référence à la conscience du juge, preuve que le dernier personnifie le premier. La crainte d'un éventuel gouvernement des juges se ressent encore et parachève cette idée d'un Conseil constitutionnel arbitraire, à la limite du despotisme. Il faut dire que son rôle originel a fortement évolué en peu de temps, sans que quiconque n'ait réellement eu son mot à dire sur la question.

Le rôle du juge constitutionnel inquiète. S'il se présente comme un protecteur des citoyens, rien ne vient pourtant faire rempart dans le cas où son pouvoir finirait par être ressenti comme abusif. En témoigne par ailleurs cette incapacité presque totale, pour remettre en cause ses décisions, ou simplement pour en débattre, si désaccord il devait y avoir.

[397] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, pp. 155-156.

II Une justice constitutionnelle révélatrice de lacunes dans la limitation des pouvoirs du juge

En s'appropriant le contrôle des libertés fondamentales dans l'intérêt des citoyens, le Conseil constitutionnel a révélé les spécificités de ses capacités. Ces dernières ne sont bridées que par le sens qu'il confère au texte examiné, pour justifier son action. Aucun contrôle extérieur ne vient remettre en question ses activités. Ceci qui lui confère un statut particulier, par rapport aux autres juridictions (A). Il ne s'agit pas de l'unique problème. Les textes auxquels le juge est censé se référer, semblent également être variés et dépassent la Constitution seule. Un nombre accru d'écrits signifie également un champ d'action plus large pour la justice constitutionnelle (B).

A La décision du Conseil constitutionnel de devenir gardien des libertés fondamentales

En cas de désaccord, il est difficile de s'opposer à la justice. Les décisions juridiques sont implacables. L'autorité n'a pas vocation à être remise en cause. Pour ces mêmes raisons, le gouvernement a tenu très tôt dans l'histoire de la Vème République, à avoir un allié qui viendrait légaliser son action si le besoin s'en faisait sentir. Tout ceci passerait par le rappel des textes de la norme suprême. Au départ le Conseil constitutionnel devait se cantonner à défendre le champ de compétence du gouvernement, contre les éventuels débordements du Parlement. De son propre chef, il a rapidement dépassé ses attributions par le biais de la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*[398]. Cette décision a permis d'intégrer le préambule de la Constitution de 1958 dans le bloc de constitutionnalité. Il est donc devenu possible, d'effectuer un contrôle de constitutionalité par rapport à ces dispositions. La portée de cette décision ne s'arrête pas là. En reconnaissant le préambule de la Constitution de 1958, la

[398] Décision n°71-44, DC., 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 citée dans ce texte, rejoint le droit constitutionnel.

Par cette décision, le Conseil constitutionnel a fait augmenter drastiquement son pouvoir. Il est devenu le gardien des libertés fondamentales, grâce à la norme de référence de 1789. Ce phénomène atteste la réalité selon laquelle au sein de la force politique, les hommes paraissent suivre des règles finalement assez éloignées de celles qui n'existent qu'en théorie. Pour ce qui touche à la vie sociale et des pratiques politiques nécessaires pour les mettre en place, la pensée rationnelle semble représenter un échec sans appel[399]. Le préambule de la Constitution de 1958 était un texte aux ambitions humbles. Son objectif visait à raconter l'histoire ayant mené à la création de la Constitution. Le préambule faisait office d'introduction dissertative. Sa portée fut augmentée, sans qu'il n'ait besoin d'avoir recours au pouvoir constituant par la décision du 16 juillet 1971. Pour que le Conseil constitutionnel puisse accroître l'amplitude de ses compétences, il a décidé que le préambule devait avoir une valeur normative. Le pouvoir constitutionnel afin de sauvegarder les valeurs véhiculées par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a trouvé une faille dans la norme lui permettant d'élargir ses compétences.

Cette pratique opérée par le Conseil constitutionnel nous ramène à l'analyse d'un auteur comme Dworkin, selon laquelle l'objet du droit serait de fournir aux tribunaux des normes de jugements[400]. Désemparés par le caractère trop généraliste de certaines normes constitutionnelles et par la nécessité de rendre des décisions sans lesquelles un déni de justice serait commis, le juge constitutionnel a dû mettre en évidence le bloc de constitutionnalité afin de motiver ses décisions. Le Conseil constitutionnel a créé son propre mythe, au sens où l'entend Ernst Cassirer. « Le mythe a toujours été décrit comme le résultat d'une activité inconsciente ainsi que comme une libre production de l'imagination. On sait qu'il existe des artisans très habiles et très subtils capables de fabriquer des choses entièrement artificielles[401] ». Le Conseil constitutionnel semble rentrer dans cette catégorie, grâce au bloc de constitutionnalité qu'il a permis de matérialiser. Le juge « traditionnel » est avant tout un gardien du droit. Sa position lui impose un comportement qui l'empêche, sous peine d'être accusé de déni de justice, de

[399] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat*, Gallimard, Paris, Collection Bibliothèque de Philosophie, 1993, p. 17-18.
[400] R. Dworkin, *L'Empire du droit, op. cit.,* p. 388.
[401] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit.,* p. 381.

refuser d'appliquer la loi. Impossible pour lui de la déclarer inadéquate, par rapport au reste de l'ordre juridique.

Le juge constitutionnel par ses fonctions, est autorisé à prendre des décisions de cet ordre. Il est libre de décider si une règle est valable, ou si une autre ne l'est pas. Il lui est possible de l'écarter, s'il estime que sa mise en application conduirait à un résultat injuste pour celui qui devrait s'y soumettre. Il s'agit du pouvoir d'initiative. Le Conseil constitutionnel a redéfini le terrain sur lequel la norme suprême tend à s'appliquer. La décision a été acceptée dans sa forme abstraite et une nouvelle pratique constitutionnelle a germée. La question ne porte plus sur la portée du pouvoir constitutionnelle, mais sur l'exercice de ce pouvoir. Par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel s'est arrogé le contrôle à posteriori des lois. Sa tâche a entièrement été centrée sur les libertés et droits fondamentaux[402]. Le Conseil constitutionnel a été en mesure d'entretenir sa propre légende. Au gré de sa volonté, il a su raconter une histoire cohérente, en faisant appel à l'imagination de ses représentants. « Il appartient au XXème siècle, cette grande époque technique, d'avoir développé une nouvelle technique du mythe. Les mythes ont dorénavant été fabriqués de la même façon et selon les mêmes méthodes que n'importe quelle arme moderne – qu'il s'agisse de fusils ou d'avions. C'est un fait nouveau[403] ».

Le juge constitutionnel parait assez libre, pour ce qui touche à l'exercice de ses prérogatives. Peut-être trop aux yeux de certains, qui verraient dans ses capacités d'initiatives une invitation à pratiquer le droit constitutionnel, selon le bon vouloir des différents intervenants. La norme suprême risquerait de perdre son pouvoir contraignant, par la faute de ceux qui sont chargés de la faire respecter, mais qui la délaisseraient pour appliquer un droit qu'ils élaboreraient et appliqueraient, au gré de leurs envies.

B Le choix des normes de références, laissé au Conseil constitutionnel

[402] M-A. Frison-Roche, « Décision du 16 juillet 1971 relative à la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association », *Mafr*, [En ligne], Url : mafr.fr/fr/article/conseil-constitutionnel-5/, (consulté le 15 décembre 2020).
[403] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit.,* p. 381.

Le pouvoir d'initiative détenu par le juge constitutionnel, représente une des spécificité, liée à son action. Elle n'est cependant pas unique. Elle ne fait que s'ajouter à une autre qui finit de creuser l'écart entre le juge constitutionnel et les autres juges. Un magistrat, qu'il intervienne sur des affaires de droit privé ou de droit public, n'a pas le droit de créer des règles juridiques qui viendraient arranger la résolution du litige, auquel il serait soumis. Le législateur a pris soin de leur interdire les arrêts de règlements. Tout au plus, peuvent-ils se permettre quelques légers écarts dans leur prise de décisions, s'ils ne peuvent s'appuyer solidement sur leurs codes[404]. Or dans la décision *Liberté d'association*, le juge constitutionnel prouve clairement qu'il est au-dessus d'un législateur. De lui-même, il sélectionne les normes qu'il a le droit d'utiliser, et d'élever au rang constitutionnel. D'autres sont laissées de côté. Pourquoi des textes seraient-ils aptes à servir le droit constitutionnel et d'autres non ? Il semble que la solution choisie réponde avant tout à une logique du besoin, inhérente au problème de droit soumis. Le juge constitutionnel indique clairement sa place à part, au sein de l'ordre juridique.

Cette façon particulière d'agir du Conseil constitutionnel, témoigne d'une réalité tendant à prouver que le droit ne peut se réaliser de la façon initialement envisagée. La faute en revient aux nombreuses influences qui se croisent au sein d'une juridiction. Le droit se doit de faire face aux circonstances et aux nécessités[405]. S'il se développe au gré du temps, l'apparition de nouvelles compétences pour les organes étatiques semble indispensable, et va de pair avec ces évolutions. La décision constitutionnelle du 16 juillet 1971 a permis au Conseil constitutionnel d'accéder à un pouvoir plus important encore. Il a pu s'imposer et devenir une véritable juridiction, au service des droits et libertés. Le pouvoir contraignant de la norme suprême a ainsi pu s'accroître. Rappelons que « le droit est une question de droits défendables au tribunal. Cela rend le contenu du droit sujet à diverses contraintes institutionnelles, propres aux juges, qui ne sont pas nécessairement des contraintes pour d'autres responsables, ni pour d'autres institutions. Lorsque les juges donnent une interprétation d'ensemble de la pratique juridique, ils trouvent différentes sortes de raisons, s'appliquant en propre aux juges, expliquant pourquoi ils *ne* doivent *pas* reconnaitre comme droit en vigueur les principes et les

[404] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994, pp. 11-12.
[405] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op.,cit.*, p. 218-219.

normes qui rendraient compte avec le plus de cohérence des décisions de fond de cette pratique[406] ».

Pour parvenir à donner aux textes seulement cités dans le préambule de la norme suprême une portée constitutionnelle, le juge a dû modifier le langage employé pour désigner ces normes. L'appellation « bloc de constitutionnalité » renvoi à l'usage « magique » du langage, tel qu'il est possible de le présenter dans les sociétés primitives. Dans ce sens, « le mot magique exerce une influence prédominante, voire écrasante. Loin de décrire des choses ou des relations entre les choses, il cherche au contraire à produire des effets et à changer le cours de la nature[407] ». Le Conseil constitutionnel a par les mêmes mécanismes, altéré la fonction première du préambule de la Constitution, en offrant une nouvelle valeur aux normes qui y étaient référencées. Les mythes politiques modernes mis en place par la norme suprême et l'usage qui en découle, contribuent à la transvaluation des valeurs juridiques. Le langage du droit s'en trouve par ailleurs altéré. « Le mot magique l'emporte sur le mot sémantique […]. On a mis de nouveaux mots en circulation et les termes anciens sont utilisés dans un sens nouveau en ayant subi, au préalable, une profonde transformation. Un tel changement s'explique par le fait que des mots qui étaient utilisés auparavant dans un sens descriptif, logique ou sémantique le sont maintenant d'une façon magique destinée à produire certains effets et à faire surgir certaines émotions. Nos mots courants sont chargés de sens ; mais ce nouveau langage mordant est, lui, chargé d'affects et de passions violentes[408] ».

Nous pouvons aisément comprendre les logiques qui animent le juge constitutionnel, lorsqu'il confère à un texte comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, une valeur constitutionnelle et une applicabilité, au sein de l'ordre juridique. Cette décision symbolise un rappel des devoirs de la juridiction chargée de veiller sur la norme fondatrice, à l'égard de la société qu'elle est censée protéger. La question de l'effectivité d'un texte du XVIIIème siècle, au XXIème siècle demeure. L'interprétation de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen par le juge, reste. Les risques de voir un texte historique dénaturé, parait présent. Le Conseil constitutionnel semble conscient des inquiétudes que peuvent susciter ses importantes compétences. Il parait accepter quelques compromis, pour éviter que ce pouvoir lui soit

[406] R. Dworkin, *L'Empire du droit, op. cit.,* p. 436.
[407] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit.,* pp. 381-382.
[408] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit.,* pp. 381-382.

un jour retiré, car jugé déraisonnablement élevé. Les contreparties demandées en retour, sont-elles cependant équitables ?

Conclusion du Chapitre 2 :

Utilisées par d'autres organes politiques, la fiction constitutionnelle peut octroyer des capacités suffisantes pour mettre à mal l'équilibre politique. Des prérogatives larges autorisent un rôle trouble, affranchi de limites juridiques. Le bon ou le mauvais usage de la fiction va être évalué, par les choix que le juge constitutionnel va être amené à faire. Le Conseil constitutionnel va devenir un organe cautionnant ou non la fiction, en choisissant de lui donner une valeur contraignante, s'il l'estime en mesure d'apporter une solution juridique à un problème de droit. La fiction permet à la norme suprême d'être un écrit qui porte le réel. La fiction rend le droit valide, mais c'est par l'acceptation du juge de cette fiction, que sa nature première est transcendée. La fiction se détache des liens l'unissant au champ de l'imaginaire, pour servir de nouveaux intérêts. La fiction contribue à établir une connexion entre le droit constitutionnel du présent et les grands principes juridiques du passé altérés. L'usage de la norme continue à être appropriée, pour servir les intérêts de la société moderne et la volonté générale.

Le juge constitutionnel entre ici en concurrence, avec le travail du législateur et la valeur véhiculée par la loi. La fiction vient rendre compte d'une réalité nouvelle. La loi est censée être l'expression de la volonté générale, mais le juge constitutionnel est venu proposer une conception divergente. En procédant ainsi, le juge contribue à créer deux vérités juridiques parallèles. Le visible et l'invisible formeraient deux lignes distinctes au sein du monde juridique. Le Conseil constitutionnel en faisant usage de la fiction, permet de prendre en considération des valeurs philosophiques portées par la norme suprême. Par cette logique, il autorise à rendre compte des subtilités et des spécificités, propres à l'écrit constitutionnel. Ce dernier ne représente pas seulement un texte pour énumérer les interdits. Il suscite également l'inspiration. La fiction devient un élément de réponse qui permet d'appuyer une théorie juridique, sur laquelle le juge va fonder son raisonnement. Le travail du Conseil constitutionnel tendrait à la création d'une œuvre normative, en mesure de répondre concrètement aux impératifs de l'existence.

Ces considérations révèlent néanmoins des interrogations. La démarche du juge constitutionnel est certes toujours appuyée par la norme suprême, mais elle répond avant tout à ce qu'il croit connaître de la Constitution. Il s'agit d'un savoir de croyance, qui anime le juge constitutionnel. Le choix des mots employés par le pouvoir constituant, peut entraîner le juge à tort vers une direction qui n'aurait pas été

originellement envisagée. Lorsque le juge motive sa décision, il effectue un acte d'interprétation calqué sur une volonté empirique, fondé sur des motifs juridiques ou extra-juridiques. Le juge constitutionnel met en avant les lacunes du droit, à savoir celles portées par l'esprit humain. Ce dernier ne peut s'empêcher de donner un sens aux situations qu'il rencontre. Un ensemble de mots est destiné pour lui, à proposer une signification qui pliera la réalité de façon négative ou positive. Le texte constitutionnel en tant qu'œuvre littéraire, n'échappe pas à ces considérations. En ce qui concerne le caractère juridique de la Constitution, son résultat doit cependant être concret. Les implications suggérées par la norme suprême, débouchent sur des conséquences relatives à l'organisation de la vie citoyenne.

Conclusion du Titre 1 :

Par les observations que nous avons présentées sur la nature de la norme et l'usage que le juge en fait, il semblerait qu'une conception d'un droit constitutionnel tourné vers le réel, apparaît comme l'ultime fiction. La norme suprême ne rend pas compte de ce qu'est le réel. Ses auteurs se sont inscrits dans une démarche plus nuancée, en adaptant la vérité pour la rendre plus pratique et intelligible, pour ceux auxquels le droit est voué à s'appliquer. Conscient que le droit constitutionnel ne peut avoir un retentissement parfait au sein du monde des hommes, le juge constitutionnel use de la fiction pour s'assurer de l'effectivité des normes. Le droit constitutionnel se veut être un droit aux appréciations volontairement faussées, afin de s'assurer qu'il puisse être compris pas le plus grand nombre. Dans ce sens, l'article 1er de la Constitution prévoit que le territoire de la République française est indivisible. Cette qualification parait être en contradiction avec la notion de raison, qui occupe depuis longtemps une place importante au sein du droit. Elle est pourtant cohérente. Elle permet d'inscrire le droit comme un élément naturel, qui ne saurait être remis en perspective.

Le droit constitutionnel représente des valeurs éternelles et immuables, nécessaires pour établir une société durable au travers d'institutions juridiques puissantes. La fiction constitutionnelle permet d'assouplir ces mécanismes, en autorisant l'explication de certaines notions qui ne sont pas nécessairement retranscrites dans la réalité. La fiction devient commune, pour être partagée par les gouvernés. La fiction en droit constitutionnel s'apparente à un véritable médium de communication, afin de justifier l'existence d'un pouvoir bon pour chacun. La norme suprême se fonde non pas sur une simple énonciation de la réalité effective, mais sur des concepts fictionnels qui appuient la théorie constitutionnelle, sur ce que doit être l'État de droit fondé à partir de la Constitution. Par la même logique, les réalités dont le droit ne peut s'accommoder, sont atténuées. Le juge constitutionnel est le gardien de la fiction qu'il va choisir de valider, ou non. Il est celui qui va transporter la parole du pouvoir constituant originaire, pour l'adapter à nos jours. Si le droit constitutionnel a pour but de conter le monde, le juge devient un lien entre ce qui a été et ce qui est désormais. La fiction constitutionnelle permet de donner une forme concrète au pouvoir. La norme suprême offre une tentative d'explication concrète de la réalité qui entoure les citoyens.

Le Conseil constitutionnel pour sa part, est chargé d'entretenir une forme d'équilibre entre les appréciations concrètes de la norme suprême et celles qui apparaissent comme trop imagées. Il est nécessaire d'éviter que la Constitution ne devienne un florilège de références trop obscures, qui empêcheraient le non-initié d'apprécier pleinement la légitimité du pouvoir en place. Seule la connaissance juridique est en mesure d'exprimer l'adéquation intellectuelle, qui ressort de la réalité supposée du monde. Il est nécessaire que les mécanismes qui forment la fiction constitutionnelle soient parfaitement compréhensibles, pour que le pouvoir juridique soit pleinement appuyé. Le juge constitutionnel par son rôle de régulateur, veille à ce que la vérité de la Constitution ne soit pas dénaturée. Il va être également chargé, d'ancrer la fiction constitutionnelle dans l'inconscient collectif. Par cette opération, il s'assurera que les membres de la société adhèrent pleinement à l'imaginaire proposé. Au juge constitutionnel incombera la tâche d'expliquer les valeurs fondamentales, qui imprègnent la norme suprême. Ces dernières représenteraient des prophéties du passé, permettant de résoudre toutes les situations juridiques à venir.

Ce besoin d'explications illustre la raison d'exister du droit constitutionnel. Il s'agit d'un droit au service des citoyens. La mise en place d'une réalité juridique devient indissociable de l'existence sociale, nécessaire pour l'homme. Par cette situation, l'imaginaire juridique devient l'aboutissement de la réflexion du droit sur sa propre nature. Le monde juridique serait avant tout en quête d'identité. La fiction constitutionnelle représenterait une façon de transcender cette interrogation.

Titre II La fiction constitutionnelle, fondation d'un récit à la portée nationale

La Constitution est une norme à part au sein de l'ordre juridique français. Il permet de fonder la légitimité du régime juridique en place. La simple affirmation pour justifier du bien fondé de son existence ne suffit pourtant pas. Il est également nécessaire de donner des raisons pour appuyer son existence. Les citoyens doivent croire au bien fondé de ce régime, pour qu'ils en arrivent à le considérer comme juste et bon pour eux. La Constitution ne peut plus être une simple norme. Elle devient le récit créateur de l'État et des institutions qui le compose. Le texte permet de conter une histoire imagée sur l'ordre juridique. Bien que portant les stigmates de la fiction, grâce notamment au choix des mots opérés, l'ordre imposé par l'État ne peut plus être contesté. Il renvoie aux valeurs de la sacralité. Il doit être accepté tel quel, sans être débattu par quiconque. Le récit constitutionnel est donc la Vérité. La contradiction ne peut donc plus être tolérée (Chapitre I).

Les citoyens sont les dépositaires de la signification du texte constitutionnel. Ces derniers deviennent des acteurs de ce système, pour lequel ils sont destinés à jouer un rôle crucial. Au travers des valeurs de la Constitution, c'est la place de l'homme qui va être déterminante, car c'est lui qui devra croire ou non, aux Vérités portées par le texte. La Constitution ne fonde plus seulement l'ordre juridique. Elle fédère également la communauté, auquel le droit est censé s'appliquer. Les citoyens forment alors un ensemble homogène, car ils partagent une croyance unique, celle du droit qui les régit (Chapitre II).

Chapitre 1 : La fiction constitutionnelle ou la création d'un récit juridique de l'État

La fiction constitutionnelle offre au juge un pouvoir, considéré par certains comme trop important. La puissance de ses fonctions va malgré tout de pair, avec la portée juridique de la norme suprême. Un texte de contraintes ne peut être puissant que dans le cas où ses représentants le sont également. Un organe comme le Conseil constitutionnel à l'instar d'autres tribunaux ou organisations étatiques, va faire usage de la fiction dans la pratique du droit qui lui est dévolu. Cette fiction est inhérentes au droit constitutionnel même. La nature de la Constitution exige de relater un état de fait, touchant à la logique juridique. L'état de droit va s'y inscrire. C'est une rédaction, une forme de communication fondée sur le point de vue d'un individu. La nature de l'écrit le pousse à être une fiction, à plus ou moins grande échelle. Il ne s'agit pas d'une appréciation péjorative. La fiction constitutionnelle n'a pas pour but de dissimuler la réalité. Elle incite au contraire à mieux la comprendre. C'est ce que va permettre la norme suprême. Elle autorise à mieux appréhender par son récit, la forme du pouvoir politique qui s'impose aux gouvernés. L'écrit constitutionnel va expliquer et légitimer cette domination. Il révélera son mode de fonctionnement. L'écrit constitutionnel s'il est respecté, permet à une force arbitraire donc injuste, de devenir un état de droit légitimé par la Constitution (Section 1). Une certaine forme de duplicité apparaît alors. L'idée est de plaire aux citoyens, en faisant appel à certaines valeurs qui leurs sont chères. L'objectif est de créer une communauté, rassemblée par un récit constitutionnel. Sa vocation sera de soutenir la forme adoptée par le pouvoir politique (Section 2).

Section 1 Un état de droit, fondé sur l'écrit constitutionnel porteur de la fiction

Pour répondre aux exigences de la démocratie, l'état de droit ne peut adopter que des textes irréprochables sur leur légitimité politique. Sa légalité se juge au vu de la Constitution. Elle-même fixe les prérogatives du régime. La norme suprême est un témoignage historique. Qu'il s'agisse d'elle, ou d'une autre plus ancienne, chacune est amenée à marquer un tournant dans la continuité juridique. La fiction constitutionnelle ne représentent pas forcément un moyen de « tricher » avec le droit. Il est plutôt question de l'arranger, pour permettre des transitions efficaces. L'État peut changer de forme, mais en aucun cas il ne peut disparaître. La protection et la sécurité des citoyens en dépendent. Toutes les règles nouvelles ne peuvent cependant être rédigées en même temps, pour prévoir le comportement de chaque situation. Conscient de ses limites, le législateur va se servir de la norme fondamentale comme d'un prélude. Ce dernier est ici pour annoncer la nouvelle ère juridique, ses valeurs et son but à atteindre. Le texte suprême est plus qu'un écrit à la portée contraignante. Il raconte une histoire qui marque une étape dans le vécu du pays (Paragraphe 1). Ce récit va venir alimenter tout un imaginaire. Ce dernier à son tour va permettre de créer une fiction compatible avec la mythologie constitutionnelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La Constitution comme partie intégrante de l'histoire de son État

La Constitution est un texte qui justifie sa rédaction par les valeurs que souhaite donner un état de droit, au nouvel ordre juridique. Il s'agit d'un texte qui généralement accompagne une ère politique inédite. En ce sens, la norme suprême représente une promesse faite aux citoyens, concernant l'avenir de leur société. Nous le savons pour qu'une règle soit valide, il faut que sa légitimité soit certaine. L'opinion des électeurs est donc importante pour garantir les valeurs de la démocratie. En tant que norme suprême, la Constitution doit garantir au travers de ses dispositions l'entente de ces opinions, pour aboutir à une règle de droit juste. Le Conseil constitutionnel en accord avec ses revendications vis-à-vis de sa capacité à représenter les intérêts des citoyens, va pouvoir grâce à la fiction constitutionnelle, faire respecter certains principes relatifs à

l'application de textes de lois (I). Néanmoins, la volonté politique s'exprime aussi par l'intermédiaire des élections. Cette situation sous-entend des transitions dans les valeurs de l'État. La norme suprême étant par nature un texte qui prône la stabilité juridique, elle doit être en mesure de faire face aux aléas de la vie politique (II)

I Un droit constitutionnel sensible à la question du respect de la volonté citoyenne

En ayant recours aux fictions juridiques, le juge constitutionnel raconte une histoire avec laquelle il doit rester cohérent. Pour ces raisons, s'il veut se présenter comme un défenseur de la volonté des citoyens, il doit se résoudre à certains sacrifices touchant à l'exercice de ses prérogatives. Son incompétence auto-proclamée sur les lois adoptées à l'issue d'un référendum, sont l'exemple d'un compromis passé entre le Conseil constitutionnel et le reste de l'organisation étatique, y compris les citoyens (A). Il s'agit d'une condition nécessaire pour éviter de voir des soupçons sur un juge accusé d'avoir trop de compétences (B).

A Le rapport du juge constitutionnel aux lois référendaires, une valeur fondée sur la simple volonté

Bien avant la décision du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel avait pris des dispositions concernant l'étendue de son pouvoir. Il a décidé de se déclarer incompétent, pour se prononcer sur les lois référendaires ordinaires. Cet exemple illustre un fait selon lequel, la fiction constitutionnelle construit des valeurs propres au juge constitutionnel, notamment en ce qui concerne la relation qu'il souhaite établir avec les citoyens. Le choix de déclarer le juge incompétent sur la question des lois référendaires ne répond à aucune réelle exigence. Seule la volonté du général de Gaulle suffisait à l'époque pour créer une opposition stricte[409]. La décision du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1962 qui touchait à l'élection du Président de la République, permet à la juridiction d'indiquer la portée de son contrôle des lois. En ce qui concerne les textes adoptés par

[409] P. Brunet, *op., cit*, p. 7.

les citoyens par voie de référendum, la décision exprime clairement le rejet de ce type de contrôle par le juge constitutionnel[410]. Dans le premier considérant est affirmé que son pouvoir de contrôle se limite à ce qui est prévu par la Constitution, ainsi que par la loi organique du 7 novembre 1958. Pour cette raison, le contrôle des lois approuvées par référendum, ne fait pas partie de ses prérogatives. L'introduction du référendum au sein de la Constitution en vigueur ne modifierait donc pas la question de la représentation[411]. Pour sa part, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, prévoit les moyens légaux, d'exprimer la volonté générale.

Cela peut aussi bien se faire par la loi, grâce à ses représentants mais également par le référendum qui est dans ces circonstances, un recours effectué par les citoyens[412]. De ce fait, lorsque le Conseil constitutionnel contredit la volonté des représentants du peuple, il s'oppose déjà à l'intérêt général, tel que présenté par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Cette nouvelle solution choisie, lui permet de tempérer les accusations, visant un pouvoir démesuré et arbitraire. Le juge constitutionnel se déclare donc, incompétent pour contrôler les lois référendaires qui sont « l'expression directe de la souveraineté nationale »[413]. La position du Conseil constitutionnel peut s'expliquer par l'idée que cela sous entendrait des décisions, pouvant aller à l'encontre de la volonté générale du peuple. Il reste cependant la possibilité, de s'approprier l'analogie au fondement de notre système constitutionnel en place depuis la Révolution française. Il n'y a donc pas de graduation entre les différentes manifestations de la volonté générale.

Le Conseil constitutionnel a décidé de donner une autre signification à la norme suprême. Le juge a relevé des failles dans la norme et a anticipé les difficultés, en utilisant la fiction comme solution. Par sa démarche, le juge admet que « suivre une règle n'est pas la même chose que reproduire un sens préétabli, comme si nous étions en train de feuilleter les descriptions des situations, en utilisant la règle comme un algorithme rigide. De même, promulguer une règle n'est pas non plus distribuer des sens préétablis pour l'usage futur. Apparemment, quoi que 'suivre une règle' veut dire, ce ne concerne pas un contenu sémantique stocké en elle et qui est retrouvé à partir

[410] Décision n°62-20, DC., 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*.
[411] P. Brunet, *op., cit*, p. 7.
[412] Art. 6, Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.
[413] Décision n° 92-313, DC., 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne*.

d'une série de signes[414] ». Il a donc été décidé de reconsidérer l'utilité et la portée du contrôle de constitutionnalité. Ce mécanisme n'a pas pour ambition d'enquêter sur toutes les lois, peu importe leurs auteurs. Cette logique se justifie en remontant aux origines de la création du contrôle de constitutionnalité. Le juge se réfère à son rôle de régulateur des pouvoirs publics, de même qu'à sa place. Elle permet l'équilibre des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel use donc de la fiction pour se présenter comme un opposant aux institutions étatiques, mais pas aux citoyens.

Ces hésitations sur le rôle que doit occuper le juge constitutionnel sont des échos à la nature propre de la Constitution, et le rôle que doit jouer le juge constitutionnel lorsqu'il est nécessaire de s'assurer de sa validité. L'objectif de « la pensée de la norme fondamentale est le fondement de la validité des normes constituant un ordre moral ou juridique positif, c'est-à-dire l'interprétation de la signification subjective des actes posant ces normes comme leur signification objective (c'est-à-dire comme normes valides) et les actes concernés comme des actes posant de normes. Ce but ne peut être atteint que par la voie d'une fiction. C'est pourquoi il convient de remarquer que la norme fondamentale […], n'est pas une hypothèse […], mais une fiction qui se distingue de l'hypothèse par le fait qu'elle est accompagnée ou doit être accompagnée de la conscience que la réalité ne lui est pas conforme[415] ». Par les décisions qu'il rend, le juge constitutionnel est amené à altérer la réalité des hommes. Il doit cependant veiller à ne pas endommager leur volonté.

Le Conseil constitutionnel aurait tendance à se présenter comme une institution au-dessus du jeu politique. Son souci de la démocratie permettrait à ses juges de laisser passer les éventuelles entorses à la norme suprême, tant qu'elles sont consenties par le vote des citoyens.

B Le juge constitutionnel obligé d'encadrer l'imaginaire social

Le Conseil constitutionnel se présenterait comme une organisation chargée d'encadrer la volonté des citoyens, face aux souhaits des institutions étatiques. Le

[414] B. Van Roermund, « Les normes de droit comme images. Comment suivre une règle malgré le paradoxe wittgensteinien », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), Normes et fictions, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 178-179.
[415] H. Kelsen, Théorie générale des normes, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1996, pp. 344-345.

peuple est souvent considéré comme la composante inconnue de l'équation politique. « C'est le groupe et non l'individu qui est le véritable sujet moral[416] ». Quelques auteurs sont même allés jusqu'à présenter la volonté du peuple, comme profondément anarchique et se reposant avant tout sur sa volonté, ainsi que sa tendance à faire ce qui lui plaît[417]. Le rôle du juge constitutionnel serait de veiller à ce que l'imaginaire social ne se détache pas des contraintes propres aux institutions politiques. Comme l'écrit Paul Ricœur, « nous n'atteignons l'imaginaire social qu'à travers les figures de la conscience fausse[418] ». La solution de représenter les citoyens par une autorité élue, conduirait à une obligation de confiance vis-à-vis d'une élite dirigeante. Cette forme de dévotion serait mise à mal par les aléas politiques, de même que le nombre d'interprétations relatives à la démocratie[419].

La compréhension de l'institution repose généralement sur une approche fonctionnaliste. L'institution serait uniquement perçue d'après le rôle qu'elle joue, au sein du système dans son entièreté. L'ensemble formerait une entité réelle rationnelle. Il s'agit d'une vision finalement assez étroite, laquelle n'exclut pas la fiction. Cette seule appréciation supposerait une adéquation entre les caractères de l'institution et les besoins et ressources réels, propres à la société. Dans ces conditions, ils pourraient être clairement identifiés en toutes circonstances[420]. La fiction va permettre de construire une forme de justification et d'idéalisation de l'institution existante[421].

« C'est pourtant dans l'autonomisation de l'institution et dans la constitution corrélative de discours animés d'une logique propre que gît la racine de l'aliénation. Il faut dès lors équilibrer l'explication fonctionnaliste par une approche différenciée faisant sa place à l'irréductible composante symbolique de l'institution. Ce symbolisme est en effet lui même générateur de la « clôture » institutionnelle. […], c'est ce symbolisme qui ordonne les textes sur lesquels l'institution s'appuie, qui hiérarchise les sanctions qui la garantissent, qui inspire les rituels par lesquels elle se manifeste ». L'exercice du pouvoir tient sa capacité à diriger les citoyens d'une « constitution

[416] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit*., p. 384.
[417] M. Duverger, *Les partis politiques*, A. Colin, Paris, 1951, p. 464.
[418] P. Ricœur, « L'imagination dans le savoir et dans l'action », *op. cit.*, p. 228.
[419] L. Jaume, « La représentation, une fiction malmenée », *op., cit*., p.5.
[420] Sur ce point v. C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Editions Seuil, coll., Points Essais, 1975, p. 160.
[421] Sur le sujet v. J. Lenoble, F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique, op. cit.*, p. 187.

symbolique du lien social[422] », laquelle se présente comme une « condition transcendantale constitutive du champ historique[423] ». Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel vont chercher à établir une fiction, qui servira à cadrer l'imaginaire collectif. L'emploi des mots va devoir s'opérer de façon judicieuse. Au sens général, la valeur d'une phrase n'est pas tant caractérisée par son contenu, ou sens objectif. Ce qui prévaut reste l'atmosphère émotionnelle qui va l'entourer. Cette dernière doit être ressentie pour donner une pleine portée à la phrase délivrée par le Conseil constitutionnel.

Il est impossible autrement de rendre compte pleinement de sa valeur, ou la transférer d'un climat de l'opinion à un autre[424]. Le Conseil constitutionnel va susciter cet imaginaire « qui, fonctionnant comme genèse de connexions nouvelles, à l'instar de l'imagination productrice dans le cas de l'expérience objective, crée les multiples médiations constitutives du lien social. Mais celles-ci, à peine produites, s'objectivent nécessairement, entraînant réification et aliénation du procès social[425] ». Cette situation permet au juge constitutionnel de prendre parfois certaines libertés. Comme nous l'avons vu, le Conseil constitutionnel établit une distinction selon la provenance des différentes lois. Cette situation signifie que le Conseil constitutionnel est capable de promulguer une loi, sans que son adéquation vis-à-vis de la Constitution ne soit confirmée[426]. Pour le Conseil constitutionnel, l'emploi habile des mots est parfois insuffisant afin d'obtenir certains effets. Il est également nécessaire qu'il soit accompagné de nouveaux rites[427]. Par ses agissements tendant à justifier son pouvoir, le Conseil constitutionnel tente de montrer la bonne foi de ses actions. Il essaye de se disculper au maximum des accusations qui le rendent responsable de l'existence d'un éventuel gouvernement des juges. Le doute pourtant persiste.

Au travers de l'usage qui est fait de ses prérogatives, nous découvrons l'aspect stratégique propre aux représentants du Conseil constitutionnel. La juridiction tente de tempérer la fiction liée à ses capacités. Cet imaginaire permet néanmoins, la mouvance du droit.

---

[422] J. Lenoble, F. Ost, Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique, op. cit., p. 188.
[423] P. Ricœur, « L'imagination dans le savoir et dans l'action », *op. cit.*, p. 220.
[424] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit*., p. 383.
[425] J. Lenoble, F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique, op. cit*., p. 187.
[426] P. Brunet, *op., cit*, p. 8.
[427] E. Cassirer, *Le mythe de l'Etat, op. cit*., pp. 383-384.

II Un droit constitutionnel sensible à la question des transitions politiques

La Constitution se présente comme le constat d'une époque historique. Ses dispositions préfigurent les nouvelles logiques juridiques qui seront désormais appliquées. Les réflexions propres au droit constitutionnel sont particulièrement sensibles aux notions liées à l'écoulement du temps. Un certain paradoxe se dégage alors. Si la loi se doit de réagir aux nouveaux phénomènes juridiques, la Constitution gage de stabilité encourage la fixité (A). De même, si chaque norme suprême peut être un souvenir des périodes passées, il est possible de se demander si par leurs récits, elles n'altèrent pas les évènements qui ont eu lieu (B).

A Une pensée constitutionnelle centrée sur la fixité du droit

L'accusation de « gouvernement des juges » est un spectre qui plane sur le Conseil constitutionnel, chaque fois que ce dernier rend une décision suscitant la polémique. Le terme est fréquemment utilisé par ses détracteurs, dans un but généralement vindicatif. Le débat est donc régulièrement entretenu pour des raisons plus ou moins valables, sur la vérité ou non de ces propos. La réalité à laquelle le juge constitutionnel est confronté, ne semble jamais être totalement appréciée dans son ensemble. La défiance vis-à-vis de l'autorité, la remise en question de l'ordre, ainsi que le fait de repousser les limites précédemment établies, sont des constantes propres à la nature humaine. Pour ces raisons chaque altération du droit provoque des mécontentements chez différentes parties de la population. Nous l'avons déjà expliqué les normes juridiques doivent être modifiées au gré de leur époque. L'immobilisme ne peut être accepté. Pourtant, un trop plein de mouvance peut très rapidement conduire à l'instabilité politique et à une certaine forme de chaos.

Face à cette épée de Damoclès placée au-dessus de l'État, la pensée constitutionnelle tend pour sa part à la fixité. Par cette stagnation, elle entend définir les conditions qui rendent possible l'exercice du pouvoir politique et l'inscrire dans une

continuité durable, ne serait-ce que pour le contrôle de constitutionnalité, clef de voûte du système juridique. La règle de droit réclame de s'inscrire dans la durée[428]. Cette conception d'un droit statique permet d'indiquer clairement à la société, la direction à prendre. Dans la même optique, le texte normatif impose si nécessaire par le biais de la contrainte, le respect des personnes et des biens[429]. Cet élément non négligeable, contribue au maintien de l'ordre étatique. Il suffit d'observer pour exemple, le droit romain qui a su perdurer et se renouveler au fil des siècles en se transformant à chaque fois profondément. L'explication sur ce qui a permis le maintien de ce droit, se focalise sur sa rédaction dans les codifications justiniennes. Par ce procédé, le droit romain parvenait à s'imposer comme un droit immuable, grâce à sa capacité à offrir une parfaite rationalité[430]. Il serait possible de se demander si le droit romain a su se maintenir car il était rationnel ? Ou si au contraire il était rationnel, car il s'est maintenu ?

Il est nécessaire de concéder que plus une fiction se maintient dans le temps, plus elle a de chance d'être assimilée, car elle a été acceptée par tous. Cela va de pair avec l'ancienneté liée à la formation de la nation, qui permet une structure plus solide de son droit. L'immobilité liée au droit romain et aux coutumes qui ont suivis durant des siècles, ont permis la mise en place en France d'un véritable ordre juridique[431]. Il s'agit d'une fiction qui permet un ordre raisonnable, créé par tout un ensemble d'obligations qui s'impose à chacun[432]. Si cette fiction constitutionnelle est acceptée par la société, il vient un moment où fatalement des bouleversements vont se produire. Sa véracité sera alors remise en cause. Il peut même arriver dans certaines circonstances de voir cette fiction ridiculisée, à tort ou à raison. L'histoire a montré que toute institution ayant connu un certain succès et une apogée exceptionnelle, est vouée au déclin. Il sera plus ou moins lent mais inévitable. L'exemple de l'Empire romain est peut-être l'un des plus flagrants. Fatalement à un moment donné, une autorité en laquelle la société aura fondé sa confiance viendra à abuser de son pouvoir, ce qui engendrera des troubles et une instabilité de l'ordre connu.

Le droit constitutionnel est par sa primordialité, le symbole de l'époque dans laquelle il prend place. Il préfigure une période à venir pour l'histoire de son état. Il est

[428] P. Ségur, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *op., cit*, p.741.
[429] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op., cit.,* pp. 1-2.
[430] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op., cit.,* p. 12.
[431] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op., cit,* p. 2.
[432] S. Weil, *L'enracinement, Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris, 1949, p. 15.

à l'image du temps qui s'étire, se replie et s'accorde avec les flexions de notre conscience. Dans la seconde moitié du XXème siècle ses caractéristiques se sont accordées avec celles du droit, qui s'est ouvert à la flexibilité[433]. Par la suite, la norme suprême sera plutôt considérée comme « souple », pour éviter des interprétations se coupant des réalités juridiques. Cependant à l'image du droit moderne, la pratique constitutionnelle engendre quelques troubles au sein de la population que le texte régente. Il y a une crainte de voir l'histoire se répéter. Les altérations politiques formeraient un cycle. Un régime juridique monterait en puissance, se dégraderait, disparaîtrait pour être remplacé par un autre, dont le destin serait le même que le précédent. Entre les deux, prendrait place une période de transition. Le processus transitoire s'oppose à la dégradation. Il symbolise un effort de reconstruction par une rupture avec les pratiques passées, tout en assurant la continuité vis-à-vis de l'ordre constitutionnel précédent.

Il parait intéressant d'observer les transitions politiques nées à la suite d'un conflit. Dans ces circonstances, le régime antérieur peut se doter d'un caractère illégitime car imposé par la force, justifiant ainsi sa disparition. La fiction constitutionnelle peut alors autoriser un renversement des valeurs, en présentant comme légal la désobéissance aux anciennes règles, afin de créer un ordre juridique nouveau.

B Une pensée constitutionnelle réinterprétant la réalité juridique passée

Lorsqu'un système étatique s'effondre pour laisser la place à un nouveau, les opérateurs de la transition politique vont s'efforcer d'occulter la réalité juridique passée. Ils vont avoir recours à une fiction qui prendra la forme d'une règle de droit. Elle s'en approprie la nature et la force obligatoire. Dans ces circonstances, une opposition délicate et ambiguë va se créer de manière indirecte. D'un côté, se trouvera le fait touchant à la réalité du système juridique ayant existé, de même que l'idée qui en est supposée. De l'autre, cette conception va se heurter au droit fondé sur la représentation juridique, créée à partir de l'aspect rétroactif de la règle de droit. Une nouvelle appréciation du passé est réclamée. Ce cas de figure suggère que le droit va tenter de mettre en place grâce à la fiction, un oubli juridique de ce qui a été. Cette nouvelle

[433] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op., cit.,* p. 210-211.

situation s'accompagne en règle générale, d'un ensemble de procédés symboliques, chargés de réécrire l'histoire[434]. La fiction constitutionnelle qui s'applique actuellement en la matière, répond à une pratique ancienne. Elle remonte au droit romain, qui déjà tentait une législation prévoyant cet oubli juridique.

Des termes tels que *hostis*[435], pour désigner et traduire la négativité à propos du dirigeant précédent, ou *damnatio memoriae*[436], étaient alors employés. Cette dernière expression illustre bien la volonté de sanctionner par l'oubli de l'existence, des actions politiques du dirigeant précédent[437]. Ses décisions et choix à l'égard du droit, seront réputés ne jamais avoir existé. Ceci entraînera leur mise à l'écart de la continuité juridique établie. L'ancien détendeur du pouvoir politique est considéré comme un usurpateur, ayant fait usage de ses capacités sans aucune légitimité. Les nominations qu'il a effectuées, les charges et les dignités qu'il a offerte, les mesures de gouvernement auxquelles il a procédé, tout cela est annulé sans distinctions. Il en va de même pour les décisions judiciaires et leurs effets. Que l'ancien dirigeant soit encore vivant ou mort, ne fait aucune différence pour le Sénat ou l'Empereur. Cette pratique s'opère grâce à un acte abolissant les dispositions passées, en vue de remettre en place un droit vertueux. Ce mode d'action signifierait que le système juridique précédant ne l'était pas, justifiant ainsi sa disparition pure et simple. La logique va jusqu'à priver le déchu de sépulture.

Afin de tourner définitivement la page de son règne renié, l'entretien de sa mémoire par des honneurs est prohibé. L'ancien dirigeant est condamné à l'oubli, comme l'atteste l'effacement de son nom sur les documents officiels, ou la destruction des statues et des monuments qui lui sont dédiés. Le législateur impérial s'octroyait ainsi la capacité de remettre en place une organisation normative passée[438]. Ces considérations n'occultaient pas une vision réaliste. Le législateur restait conscient des limites de telles mesures, ne serait-ce qu'au nom de la paix sociale. Par la force des choses, certains actes sont conservés. Leur paternité est attribuée par contre, à un empereur légitime[439]. La crainte de la rupture dans la pratique juridique, pourrait renvoyer aux angoisses contemporaines. Le progrès peut toujours être assimilé à une

[434] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 5.
[435] Qui signifie « ennemi ».
[436] Qui signifie « condamnation de mémoire ».
[437] Le rétablissement de la légalité républicaine à la libération, à la fin de la seconde guerre mondiale en France, illustre d'ailleurs cette pratique.
[438] V. J.-P. Adam, *Le rétablissement de la légalité impériale d'après le Titre XV, 14 du Code Théodosien*, Paris, Mémoire, 1961, 110 pages.
[439] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 6.

certaine perte de l'idéal originel. C'est cet élément qui mènerait à la décadence selon ses détracteurs. D'une certaine façon, cette dégénérescence peut être assimilée au vu de l'histoire passée, à la notion de grandeur. Dans une société toujours en quête de progrès, la décadence demeure présente à tout moment. Tel un spectre menaçant, elle ne peut être réellement écartée, car il est difficile de voir la forme qu'elle peut prendre.

Il y' a donc une véritable inquiétude, lorsqu'une demande de révision de la norme suprême est réclamée. Difficile de savoir s'il ne s'agit pas des prémices d'un ensemble de décisions, qui mèneront l'État à sa perte. Ces modifications du texte fondateur sont toujours présentées comme des opérations dérogatoires[440]. Pourtant, via le prisme historique et son processus, elles apparaissent comme un moyen pour permettre de caractériser le mouvement des sociétés. Il est nécessaire de procéder régulièrement à une réévaluation de ce qui constituerait ou non, un acte de décadence ou de grandeur[441]. Le droit apparaît comme un dispositif normatif qui d'après Jacques Chevallier, vise à influer sur les comportements sociaux. Il permet de créer tout un éventail de critères. Ils vont prévoir le statut de chacun au sein de la société. La norme seule va permettre d'expliciter les « droits », dont l'individu va bénéficier, les obligations auxquelles il doit impérativement se soumettre, ou sa position dans l'organisation sociale. Elle prévoit les règles à observer et les lignes de conduite à respecter[442]. Pour les théoriciens classiques qui ont élaboré la notion de régime représentatif, il était nécessaire de créer un système qui permettrait le maintien de la liberté et de la sûreté, sans que la sécurité ne vienne supprimer la liberté.

L'existence d'un texte de loi dépend du contexte politique et des ambitions qui animent la société. Autant d'éléments dont doivent être conscients les rédacteurs de l'écrit juridique. En réponse à ces idéaux, la norme constitutionnelle détient la responsabilité du fragile maintien de l'État, et ne doit pas ignorer les besoins des gouvernés. De nombreuses fictions constitutionnelles vont ainsi interférer dans la rédaction de normes situées à des rangs inférieurs.

[440] P. Ségur, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *op., cit*, p. 744.
[441] B. Oppetit, *Droit et modernité, op., cit.*, p. 100.
[442] J. Chevalier, « Présentation de la normativité», *Cahier du Conseil Constitutionnel n°21, Conseil constitutionnel.fr*, [En ligne], Janvier 2007, Url: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/presentation-par-jacques-chevallier.50549.html, (consulté le 12 mai 2021).

Paragraphe 2 La Constitution comme catalyseur de l'imaginaire, source de la fiction

L'ordre juridique impose aux normes, de se conformer à la Constitution. Cette dernière inspire les écrits de rangs inférieurs. Ce phénomène se fait ressentir dès les prémices de l'apparition d'une nouvelle règle de droit. Cela s'étend du moment où une norme est rédigée, jusqu'à sa disparition s'il est estimé que son existence n'a plus aucune raison. La fiction constitutionnelle ne touche pas seulement la norme fondamentale. Son champ d'action influe sur le juridique dans son ensemble. La portée de sa valeur ainsi que les capacités du Conseil constitutionnel, lui permet de s'étendre aux autres domaines du droit, privés ou publics. Cette emprise du droit constitutionnel permet une homogénéité entre les dispositions françaises (I). La fiction est soumise à l'imaginaire de ceux qui la crée. Pour innover, le système juridique doit trouver de nouvelles idées qui vont lui permettre de s'améliorer. Seule l'imagination va lui permettre d'inventer des solutions. Cet effort est le résultat direct de la pensée constitutionnelle (II).

I L'inspiration des textes juridiques insufflée par la norme suprême

L'usage de la fiction au sein du droit constitutionnel n'est pas l'apanage du juge. La norme suprême a également une fonction à l'égard des autres textes. Elle offre un cadre législatif, auquel les autres écrits doivent se conforter. La fiction constitutionnelle va pouvoir s'appliquer au droit en général, dans le but d'accroître son action. La philosophie qui imprègne la rédaction de nouvelles dispositions juridiques, trouve son inspiration dans une partie de la fiction constitutionnelle (A). Au travers de ce phénomène, c'est l'ensemble de la science juridique qui se trouve altérée (B).

A Des comportements encadrer grâce à la fiction constitutionnelle

En tant qu'objet juridique, la loi permet la contrainte. Les conditions de sa rédaction vont permettre d'augmenter les effets de sa portée. Quelques principes sont à suivre. Nous l'avons vu la fiction de la représentation introduite par la Constitution, autorise les autorités à prendre des décisions politiques au nom des citoyens. Ceci inclut également l'élaboration et le vote de textes juridiques. Pour que la loi vienne se substituer à l'arbitraire, il est nécessaire que ceux qui la rédigent soient également dépendants du peuple[443]. Les politiciens doivent être en mesure de se montrer crédibles, capables d'assumer les responsabilités auxquelles ils prétendent, afin que les votants leur accordent toute la confiance nécessaire à la représentation[444]. Comme pour le Contrat social de Rousseau, ce besoin de croire en l'autorité fortement mis en avant dans la pensée libérale, symbolise un accord entre l'élu et ses électeurs. Bien que ce consentement établisse un lien fort grâce à une part de raison, il est extrêmement précaire et peu se rompre à tout moment. Certains de ses aspects affectifs sont susceptibles d'entraîner la rupture. L'acceptation de la représentation peut être revue à la baisse, dans le cas où la confiance diminuerait.

La notion de représentation politique dans son ensemble, révèlerait un aspect élitiste. Il y'est question de voir des politiciens qui maîtrisent leur sujet et qui prouvent leurs compétences, en se montrant capable de rendre service aux citoyens. Ces éléments donnent du crédit aux institutions politiques. Comme à ses origines au moment de la Révolution française, le choix électoral n'est pas un concours visant à départager diverses options. Il s'agit d'une sélection entre de multiples prétendants, selon leur capacité à inspirer la confiance. Pendant la Révolution cela consistait à comparer les qualités nécessaires à l'accomplissement d'une fonction, et les qualités personnelles symbolisées par les mérites propres à chaque candidat[445]. La représentation prévue par la Constitution permet d'instaurer un droit sécurisant, garant de la stabilité. Grâce à ces conditions, il offre une validité légale à tous les éléments de l'organisation étatique. Le pouvoir d'édicter les règles se préserve de toute forme de velléités arbitraires. La règle peut se présenter comme juste et au service de la communauté. Il faut cependant reconnaître que l'implication de la norme pour caractériser le droit, est assez récente dans l'histoire juridique.

[443] L. Jaume, « La représentation, une fiction malmenée », *op., cit.,* p.5.
[444] V. J. Costa-Lascoux & L. Jaume, « La démocratie et le déclin de la confiance, une rupture dans la culture politique », in P. Perrineau, *Le désenchantement démocratique*, Paris, Editions De l'Aube, coll., Monde en cours, 2003, pp. 67-87.
[445] P. Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, *op., cit*., p. 129.

Kelsen par l'intermédiaire de ses travaux a permis de populariser le terme. L'usage de l'expression était déjà en place au XIXème siècle, au sein de la théorie juridique allemande. Ce besoin de faire référence au concept de normes répond à deux exigences. Tout d'abord, il s'agit de faire usage d'une notion plus générale par rapport à des concepts traditionnellement employés, comme ceux de règle ou de loi. C'est ce que l'on retrouve par exemple dans les traditions révolutionnaire et républicaine françaises. La seconde logique vise à construire une théorie générale du droit positif, qui se fonde sur l'analyse du rapport entre plusieurs normes, interagissant dans un même système juridique[446]. En suivant cette vision, le droit s'apparente à un ensemble de normes juridiques dont la présentation est bien cohérente[447]. Nous le voyons, la notion de règles juridiques rentre dans une logique d'utilité, propre à simplifier certaines explications paraissant trop fragiles. Comme nous avons pu nous en rendre compte, le Conseil constitutionnel considère que la loi a pour but d'énoncer des règles de droit, qui plus tard se verront reconnaître une portée normative[448].

Cet aspect normatif est plus qu'évident à partir du moment où la règle de droit est formulée de manière positive sous une forme impérative, telle que l'on peut l'avoir dans un ordre ou dans une injonction. Cela fonctionne également sous une forme négative, lorsqu'il s'agit d'une interdiction ou d'une prohibition. D'autres nuances sont également à constater, dans le cas où la règle se présente comme permissive. Elle permet certains comportements. Elle peut aussi être habilitatrice, si elle autorise certaines actions. En revanche, la règle ne se cantonne jamais à n'être qu'une constatation ou une description[449]. Elle comporte également de nombreux éléments auxquels ses destinataires ne peuvent déroger. Comme nous l'avons vu précédemment, le droit crée un cadre normatif pour les conduites à tenir. Par ce fait, il impose de respecter des modèles types de comportement, auxquels il faut savoir se tenir. La science juridique par la rigueur qu'elle réclame, met en place un état d'esprit qui uniformise tous les juristes. Comment tolérer dans ce contexte l'imagination qui est à l'origine, censée être

[446] Voir la théorie de la hiérarchie des normes de Hans Kelsen.
[447] E. Millard, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahier du Conseil Constitutionnel, n°21, Conseil constitutionnel.fr*, [En ligne], Janvier 2007, Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html, (consulté le 12 mai 2021).
[448] Décision n°2004-500, DC., 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.
[449] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 128.

propre à chacun ? Cette dernière ne risque-t-elle pas d'aboutir à trop de singularités au sein du droit ?

La place de la fiction constitutionnelle née de l'imagination de ses intervenants, semble soudain remise en question. Nous comprenons les méfiances que la fiction peut susciter, ainsi que les éventuels débordements qui pourraient en découler. Néanmoins elles parait aussi indispensables à la réactivité du droit.

B La fiction constitutionnelle employée afin de compléter la science juridique

En tant que discipline scientifique, le droit semble dans l'incapacité de permettre l'existence de la fiction constitutionnelle en son sein. La science juridique impose une pratique, une manière d'agir qui influence la réflexion de l'esprit. Ce dernier finit par être orienté dans un sens bien spécifique. Le but de ce procédé consiste à mettre en application des règles fondamentales pour la vie des hommes, au sein de l'état social. Par la suite, il sera demandé aux juristes de procéder à un examen sur la manière par laquelle, les actes et les faits se positionnent par rapport à l'application des règles. Ce procédé réclame surtout un esprit d'ordre et de modération. Cette forme de réflexion échappe aux passions, jugées personnelles et destructrices. Il existe ici une volonté certaine de mettre en avant le concret, afin d'aller au-delà d'une simple idéologie[450]. Loin du cynisme, le juriste doit croire aux règles qu'il contribue à mettre en place. Pour les mêmes raisons, il ne lui faut pas douter de leur utilité. L'aspect normatif du droit ne se cantonne pas exclusivement à la simple force contraignante de ses énoncés. Nous trouvons également, un pouvoir persuasif laissé par les images qu'il véhicule. La tradition juridique a mis en place des fictions, au travers de la formulation des normes, « c'est-à-dire qu'on ne considère pas très souvent le caractère ontologique fictif des normes, mais plutôt la présence des fictions dans leur formulation[451] ».

Avec ses mécanismes normatifs le droit est en mesure de transmettre des représentations, mais également des croyances. Le fait que ces dernières transitent par le texte juridique, leur offre une puissance persuasive supérieure à ce qu'elles pourraient normalement prétendre. Nous comprenons par cette occasion la place de la fiction au

[450] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op., cit,* p. 9.
[451] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 143.

sein de la norme suprême. L'imaginaire véhiculé, se trouve ici renforcé par la puissance du texte constitutionnel et sa large portée. Le discours législatif profite aussi de ces valeurs. Il se voit doté d'une certaine aura. Il n'est plus un simple écrit constitué d'énoncés performatifs. Désormais, il se dote d'un discours référentiel qui prétend être l'expression de la réalité[452]. La complémentarité de ces deux aspects du droit, permet d'aboutir à une codification des comportements[453]. Cette situation rattache la règle de droit à un manuel de normalité, expliquant ce qui est toléré ou non. Les dispositions juridiques permettent de stopper toute négociation sur le sujet. Le droit constitutionnel affiche par ce procédé son caractère obligatoire. « Une norme, pour rester valide dans un ordre juridique, doit être minimalement efficace, c'est-à-dire – observée par ses destinataires ou appliquée par le Droit[454] ». L'emploi de la fiction, au seins du droit constitutionnel, jette le trouble sur sa nature véritable. En effet, « une norme fictive ne peut jamais être observée dans la réalité, car la fiction ne peut pas être réalisée dans le monde. Ainsi, la norme fondamentale ne peut pas être à la fois une norme et une fiction[455] ».

Le droit constitutionnel seulement teinté de rigueur formelle à l'égard de l'ordre juridique ne saurait lui permettre de remplir tous les objectifs qui lui sont assignés. Parmi les lacunes à pallier, il est possible de trouver bien évidemment celles relatives à la formalisation. Cette dernière bien que correctement construite, ne peut totalement éviter de générer l'incertitude, notamment en ce qui concerne la portée des énoncés juridiques. Il n'est pas toujours évident de savoir comment remédier à certains cas spécifiques. Par exemple en ce qui concerne l'intégration de normes non constitutionnelles au bloc de constitutionnalité, aucun texte ne prévoyait spécifiquement cette possibilité. Pourtant la pratique en a décidé autrement. Cette réalité s'est opérée car les solutions auxquelles il était possible d'avoir recours en certaines circonstances, ne pouvaient être appliquées mécaniquement, sur le simple fondement de textes mis en place au préalable[456]. Il existe un véritable travail d'interprétation afin de satisfaire les exigences prévues par le droit à l'égard de la société. Bien évidemment, il débouche sur l'usage de la fiction. Ceci autorise différents emplois d'un même texte, pour répondre à de multiples situations bien complexes.

[452] A-J. Greimas, *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Seuil, 1976, Points, p.85.
[453] D. Loschak, « Droit normalité et normalisation », *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p.53.
[454] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 144.
[455] *Ibid*.,
[456] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », *op., cit*, p. 129.

La fiction serait un outil au service de la réflexion juridique. En conséquence elle permettrait à une discipline comme le droit constitutionnel de se perfectionner en s'interrogeant sur les valeurs qu'il lui faut défendre. Comme nous l'avons écrit précédemment, l'ensemble des libertés défendues par la norme suprême n'apparaît pas en une seule fois. C'est donc la fiction, qui va contribuer à découvrir de nouveaux éléments.

II L'imaginaire inspiré par la norme suprême

La notion de fiction est fréquemment rattachée à celle d'imagination. Cette dernière composante semble mal venue au sein de la logique juridique. C'est pourtant l'imagination qui permet l'évolution de la législation, en proposant de nouveaux concepts conformes aux idéaux précédemment établis. En tant que norme suprême, la Constitution va être la première référence pour créer ces règles originales. La portée supérieure de ces écrits, contraint les nouveaux textes à respecter les valeurs qu'ils suggèrent (A). La supériorité de la norme constitutionnelle est cependant remise en question, car il est possible de s'interroger sur la source de sa propre légitimité (B).

A Le texte constitutionnel un système référentiel de l'imaginaire juridique

L'une des principales caractéristiques de la fiction en général, réside dans la capacité de créer des constructions imaginaires. Le droit constitutionnel est amené à utiliser ces mécanismes pour élaborer des notions, que la société devra de respecter. Otto Pfersmann écrit ainsi ; « La loi peut être limitée par la constitution comme le règlement peut être limité par la loi, mais ni la constitution, ni la loi, ni le règlement ni aucun autre acte juridique ne sont limités, à première vue, par la réalité physique[457] ». La Constitution va prévoir une réalité propre à la société, en édictant des règles à respecter pour que cette réalité devienne perceptible. La Déclaration des droits de

[457] O. Pfersmann, « Les modes de la fiction : Droit et Littérature », in F. Lavocat, *Usages et théories de la fiction. Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVIè-XVIIIè siècles),* Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. Interférences, 2004, p. 43.

l'homme et du citoyen a créé des obligations vis-à-vis de l'être humain, afin de s'assurer du respect de son existence. La Charte de l'environnement a érigé des contraintes vis-à-vis de la nature, au nom de la santé et la salubrité publique. Cette place que tient la fiction au sein de la norme ne saurait être niée. La fiction permet la mise en place d'un droit considéré comme plus juste. Nous en concluons que ces mécanismes de la fiction ne se limitent pas aux domaines artistiques, mais également aux matières régies par la raison, à l'image du droit constitutionnel propice à l'interrogation, au débat et à la recherche de réponse. Dans ces nouveaux domaines capables d'innovations, la fiction va jouer un rôle d'ampleur. Ce mouvement sera en adéquation avec les enjeux du monde, tout en combinant le savoir de la théorie générale avec la pratique.

Il est possible d'évoquer l'ingénierie pour donner l'exemple du dépassement perpétuel, entre des notions de fiction et de raison[458]. Le droit constitutionnel lui aussi va devoir répondre aux nouveaux enjeux soumis par l'innovation. Des limites vont devoir être fixées. La fiction s'apparenterait ainsi à l'hypothèse. Tous les éléments propres à la fiction devraient ainsi être éliminés, une fois leur but accompli[459]. En ce qui concerne la Constitution la fiction revêt un aspect à part, du fait du caractère pragmatique de la norme fondamentale. Cette dernière « doit être présupposée parce qu'il n'y a pas d'autre manière de justifier l'ordre comme un ordre juridique légitime. Sans la norme fondamentale, la science du Droit ne pourrait ni analyser ni interpréter l'ordre juridique comme tel. C'est donc dans un domaine scientifique que se trouve la réelle raison d'être de cette « norme »[460] ».

Le droit constitutionnel se présenterait comme un programme de vérité, présentant un système à la fois autonome et indépendant. Tout en étant ouvert et fermé, ce mode de fonctionnement réclame un maximum d'autonomie[461]. Dans ce contexte, cette rationalité est assurée par la Constitution et le Conseil constitutionnel. Ils permettent la cohérence entre l'ensemble des normes, sur les critères établis par le texte suprême. Celle-ci est donc la seule à même d'édicter des vérités auxquelles les autres textes doivent se confronter, s'ils veulent être en mesure d'assurer un ensemble homogène, synonyme de perfection. Seul ce que la Constitution prévoit peut être considéré comme valable. C'est ce qui sera finalement retenu lors d'un litige entre deux

[458] J-A Mazères, « Introduction générale », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 15.
[459] R. Bachelard, *Epistémologie*, Paris, P.U.F., coll. Sup, 1971, p. 138.
[460] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 143.
[461] B. Edelman, « A propos des inventions juridiques », *op., cit*, p.192.

normes qui se contrediront. Le recours à une vérité unique si elle peut sembler arbitraire, offre tout de même l'avantage d'être irrévocable. Elle ne peut être contredite ou remise en question par la suite. Elle a pour ambition d'être générale dans son application. Il existe donc en droit, de réels garde-fous à la rêverie ou à une imagination trop vague. Hans Kelsen a cherché à mettre en place un véritable système concret, préservant le droit de concepts trop vagues et imprécis.

De ces éléments dépendent la nature de la Constitution. « La norme fondamentale du Droit, en tant que supposition, peut être comprise comme une hypothèse. Néanmoins, un détail interdit cette façon de la comprendre : cette norme garde dans sa propre formulation des éléments qui contredisent la théorie dont elle est issue. La norme fondamentale n'est pas une simple supposition, elle est aussi un type de formulation en contradiction avec les conditions de sa propre production. Sa "production" est une infraction à la production normative. Autrement dit, la norme fondamentale n'est pas une hypothèse parce qu'elle n'est même pas possible dans l'ordre juridique[462] ». La logique du droit se replie alors sur elle-même. Cette situation parvient à la rendre cohérente dans son ensemble. Le système est désormais en mesure de mettre en place ses propres vérités, capables de s'auto-créer selon sa volonté.

Il est possible de se demander si la garantie d'un droit en capacité de se maintenir dans la durée, ne vient pas compenser les incertitudes d'une pratique juridique née de la fiction. Ces constructions fictives permettent pourtant de justifier plusieurs situations, acceptées par notre législation, y compris la place de la norme suprême.

B La légitimité du texte constitutionnel remise en cause par sa nature d'écrit

Le recours à l'interprétation et à la fiction en général, inquiètent les ressortissants du droit. Ce malaise est également perceptible chez ceux qui créent la norme, qu'elle soit constitutionnelle ou autre. Elle sous-entend que l'énoncé est susceptible de revêtir plusieurs sens. Le principe de prévisibilité de la loi demeure incorrect, puisque les conséquences de l'application d'un texte peuvent varier. Les répercussions de la décision *Liberté d'association* avec un Conseil constitutionnel qui décide subitement qu'il est capable de se prononcer sur la question des libertés fondamentales, nous fait

[462] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., pp. 152-153.

même douter de l'application d'un tel principe en droit constitutionnel. Malgré ces éléments, la solution de l'interprétation se présente comme utile au vu de la nature spécifique de la norme suprême. La nécessité de cet usage signifie pourtant que le texte juridique n'a pas la portée aussi évidente, que celle à laquelle il pourrait prétendre. Il s'agit d'un relatif échec. Pire encore, sa portée impérative est remise en question par son manque de clarté. La signification de l'écrit dépend des mots employés et de la tournure des phrases écrites dans le texte.

La conjonction de ces éléments sous-entend des valeurs multiples. Elles sont parfois confuses, ce qui peut conduire à une mauvaise application du texte en toute bonne foi. Il n'aurait alors pas été compris correctement. Autre problème, l'écrit peut être contradictoire dans ses prétentions. Citons également comme c'est le cas en droit constitutionnel, la situation où la norme se voit être appliquée pour des contextes auxquels elle n'était pas initialement prévu. Par exemple, le préambule de la Constitution de 1958 se voit doté d'une portée juridique, sans que rien ne le prédestine à être appliqué concrètement face à certains problèmes de droit. Le texte n'est initialement pas pensé comme une véritable norme. L'existence de la Constitution représente la condition qui permet d'attester de sa suprématie. La norme suprême est la seule qui permet de vérifier la recevabilité des normes inférieures, par rapport à l'ordre juridique français[463].

Dans cette situation, la fiction permet-elle la légitimité de la Constitution ? Il est possible de se demander quelle norme la reconnaît, comme un acte de droit légitime. Il en faut apparemment un pour chaque écrit à la portée contraignante. Si elle s'est elle-même reconnue comme un acte de droit légitime, alors c'est une décision arbitraire qui remet en cause l'ensemble du système législatif dans sa cohérence, mais également dans sa légalité. Pour ce qui touche au statut de la Constitution, « la norme est en contradiction avec la réalité parce qu'elle n'est pas une norme formellement présente dans l'ordre, puisqu'elle n'a pas pu être créée au moyen d'un acte de volonté réel, d'un acte subjectif dans le monde des faits objectivé par la figure du législateur[464] ». En droit interne, il apparaît impossible de concevoir l'existence de règles supra-constitutionnelles, ne serait-ce que d'un point de vu ontologique[465]. Plusieurs théories viennent en renfort pour maintenir la cohérence juridique de la Constitution au sein de

[463] P. Ségur, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *op., cit*, p. 141.
[464] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 153.
[465] B. Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *Les Petites Affiches*, n°29, 8 mars 1995, p.12.

son propre système. Par une logique identique, ce sont aussi les dispositions de la norme suprême qui en deviennent par moment hasardeuses. Il est concevable d'affirmer que la Constitution tient son statut d'acte de droit, par des dispositions qu'un écrit plus ancien aurait prévu[466]. La légitimité du texte qui permet finalement l'autorité de l'État, viendrait du régime antérieur, grâce à sa norme suprême.

D'après Otto Pfersmann, l'acte normatif formellement constitutionnel serait le résultat après lequel, il n'est plus possible de suivre la piste de la continuité juridique. Il représente la « première Constitution historique ». Le législateur sait qu'il ne s'agit pas de la Constitution originelle du pays. Elle représente néanmoins les normes suprêmes issues de la dernière révolution juridique[467]. Nous reviendrons sur cette notion par la suite. Les circonstances dans lesquelles le nouveau texte fondateur rentre en vigueur peuvent à elles seules, justifier des dérogations à la légalité de l'écrit inédit en place. En 1940 lors de l'occupation allemande en France, est théorisé un droit résistant mis au service des valeurs républicaines de la France libre, afin de tenter la sauvegarde de l'impératif moral. Il s'agirait d'un droit entre parenthèses, qu'il serait possible de remettre en vigueur à la libération. Il ne serait ni supprimé, ni abrogé, seulement mis de côté avec l'intention de le réappliquer au moment opportun.

Naît alors l'idée d'un droit en pause, approuvé par les pratiques constitutionnelles. La Constitution n'en demeure pas moins une norme particulièrement attachée à l'Etat, au point que si ce dernier doit disparaître, le texte en fera de même. La nature spécifique de ce lien entraîne naturellement de nombreuses interrogations.

[466] H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, *op., cit*, p. 264.
[467] O. Pfersmann, in L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz-Sirey, 20ème éd., coll. Précis Dalloz, 2018, p. 111.

Section 2 Un écrit constitutionnel doté d'un récit fictif justifiant la forme de l'État

L'ordre juridique prévu au sein d'un état légal propose une logique assez claire, lorsqu'il s'agit des normes de rangs inférieurs. Chaque texte obtient sa légitimité s'il respecte les écrits qui se trouvent au-dessus de lui. Dans le cas de la Constitution, nous nous trouvons en face d'un paradoxe. Si le texte suprême est capable d'affirmer la conformité des dispositions en dessous de lui, aucune règle qui lui serait supérieure ne vient indiquer si les normes constitutionnelles répondent au principe de légalité. Autre problème, si cela était le cas la chaîne serait sans fin. Elle nécessiterait d'autres écrits, chacun plus puissant que l'autre pour confirmer le caractère juste de celui plus faible. La norme suprême est le gage de la légalité sur laquelle repose l'ensemble du système juridique. Elle est par la même occasion, le texte le plus faible en ce qui concerne ses propres critères nécessaires à l'état de droit. Une fiction constitutionnelle doit être employée dans ce contexte, pour que la cohérence relative à la hiérarchie des normes reste intacte (Paragraphe 1). Cette exigence parait d'autant plus indispensable pour l'État, qui tient ses pouvoirs politiques de la Constitution. Sans texte pour légitimer son pouvoir, il devient le symbole d'un régime despotique sans réelles capacités de contraintes sur ses sujets (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Une norme constitutionnelle privée de la légitimité d'un texte supérieur

La question de connaître le droit par lequel la Constitution tient sa légitimité demeure. Il est possible de se demander si dans chaque régime juridique, il n'existerait pas une forme d'illégalité. Un moment où la règle aurait été tordue, pour permettre l'émergence d'un pouvoir politique. Il serait acceptable de penser que la légalité d'un état, repose sur l'acceptation des citoyens à son encontre. S'ils ne se révoltent pas alors ils sont satisfaits, peu importe sur quels principes le régime se fonde. Au cas où le système étatique serait remplacé, une nouvelle Constitution viendrait mettre à mal la période passée. La fiction qui en découlerait, permettrait de prendre de la distance avec l'ancien pouvoir en place. La nécessité se fait encore plus forte, lorsque l'ancien État

visé s'est présenté comme particulièrement injuste. La période prenant place après la fin du second conflit mondial et l'ère de Vichy, nous permet d'observer les fictions constitutionnelles employées dans ces contextes spécifiques (I). L'écriture d'une nouvelle norme suprême demeure cependant un acte exceptionnel, synonyme de renouveau pour le droit en vigueur. L'acte est généralement considéré comme une cassure dans la continuité établie (II).

I La fiction constitutionnelle une protection contre les actes d'un État despotique

L'exemple que nous donne la période après le Régime de Vichy, nous aide à comprendre les enjeux liés aux transitions politiques, suite aux actions menées par un état despotique. En ces circonstances, la fin apparente d'un état de droit ne signifie pas la fin de l'application de ses valeurs. Du fait de l'absence de norme au-dessus de la Constitution, il n'existe pas de réelles règles permettant de la légitimer. Le respect du modèle Républicain pour l'État semble être une condition nécessaire à son accomplissement (A). La norme suprême n'est pourtant pas qu'un simple écrit pour prévoir des dispositions. C'est aussi un récit fictionnel capable de réunir un peuple, à la suite de temps troublés (B).

A L'exigence d'un pouvoir politique respectant le modèle républicain

Les transitions entre régimes politiques permettraient la chute d'autorités, dont l'existence serait gommée par le nouveau corpus législatif en place. La légitimité du nouvel état est encore plus forte s'il fait suite à un pouvoir despotique. Dans l'histoire récente française, la période de Vichy s'apparenterait à une interruption dans la bonne continuité juridique, touchant la République et son droit. Cette pensée est d'ailleurs inscrite dans le Manifeste de Brazzaville du 27 octobre 1940, puis reprise par l'ordonnance de la même date[468]. D'autres normes permettront de poursuivre cette idée

[468] *Manifeste relatif à la direction de l'effort français dans la guerre lancé de Brazzaville le 27 octobre 1940,* suivi de Ordonnance n°1 du 27 octobre 1940 *définissant les pouvoirs du Chef des Français Libres*

pendant l'occupation[469]. Ces écrits s'accordent sur l'aspect légal, émanant de la forme républicaine du pouvoir politique et lui confèrent une forme juridique[470]. Il en ressort également, l'idée d'un pouvoir officieux à l'intérieur du pouvoir légal. Un faux pouvoir usurperait la place des véritables gouvernants. Ils exerceraient des prérogatives qui ne seraient pas les leurs. Peu importe le type de domination en place ou la façon par laquelle elle a été consacrée, la forme républicaine doit continuer à exister d'une façon ou d'une autre. Ce besoin implique d'agir dans l'ombre de ce qui est présenté, comme l'état français. La légitimité d'une telle action est d'ailleurs justifiée dès le début par le Général De Gaulle. Dans le manifeste de Brazzaville il explique que les Français n'acceptent pas la servitude.

Dans ces circonstances, c'est une fiction cette fois-ci méta juridique qui est employée. Elle permet d'expliquer la fausseté du gouvernement de Vichy qui devient despotique, tout en expliquant que le vrai gouvernement est exilé ailleurs, hors de la capitale. Le gouvernement de Vichy devient un faux pouvoir, au service des ennemis de la France. Par conséquent, le régime de Vichy n'est pas le représentant du pouvoir politique français. Il ne peut l'être à cause de sa nature qualifiée d'inconstitutionnelle par le Général De Gaulle. Le régime de Vichy crée de ce fait une rupture fortement abusive dans l'ordre juridique français, pour mettre en place une nouvelle domination. Si nous pouvons comprendre la non acceptation du régime de Vichy car arbitraire et illégal, comment pouvons-nous légitimer en revanche l'existence de la Constitution du 4 octobre 1958 ? Quelle norme qui lui serait supérieure, permettrait de légaliser le texte fondateur de la cinquième République en France. N'oublions pas qu'il est lui-même successeur d'une autre République. Le mécanisme mental nécessaire pour envisager cette situation n'apparaît pas comme évident, concédait Jean Carbonnier. Par les actions sous-entendues, de multiples images en découlent pour chacun. Certains le perçoivent sous un angle fiscal, d'autres s'attachent à son caractère laïque. La plupart des juristes de droit public à force de l'avoir étudié, en sont venus à le considérer comme une abstraction[471].

---

et instituant un Conseil de défense de l'Empire, *Journal officiel de l'Afrique française libre et de l'Afrique équatoriale française*, 1er novembre 1940, n°22, p. 750-751.

[469] V. pour exemple, *Ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la Libération nationale, J.O.F.R.* n°1, 10 juin 1943 (Edition d'Alger), p. 1. Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre et créant le Comité national français, J.O.F.L., n°11, 14 octobre 1941, pp.1-2.

[470] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 6-7.

[471] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op., cit.*, p. 170.

Cette vision est prolongée au travers du débat sur le lien entre la Constitution de la cinquième République et le texte précédant. La limite entre un acte légal mais exceptionnel et une action purement arbitraire, sont ici extrêmement floues. Aucun texte d'un niveau semblable à celui d'une Constitution ne prévoit explicitement sa fin de manière pleinement légale. En terme de stabilité politique il y'aurait un risque trop grand, qui verrait un régime tomber à la première contrariété rencontrée par un politicien. Même durant la fin de la seconde guerre mondiale, la transition politique s'est opérée par étape. Tout d'abord c'est le territoire de la Réunion qui a été touché[472], puis les colonies françaises[473], avant le territoire métropolitain à la fin de l'occupation[474]. Finalement par ces mécanismes, peu importe les altérations politiques la forme républicaine du gouvernement français est garantie. Elle exclut par la même occasion toute autre forme de pouvoir qui ne répondrait pas à ce critère. Dans la même optique, peu importe le régime en place, la République ne peut disparaître et reste toujours présente. Il s'agit d'une valeur inaliénable[475]. Cet élément sert la fiction qui permettrait le déni d'un pouvoir, comme celui du gouvernement de Vichy. Ceci facilite le rétablissement du régime antérieur. Un voile est alors jeté sur les actions politiques passées, en les déclarant « nul et de nul effet[476] ».

La Constitution offre des limites aux altérations qui peuvent être imposées au pouvoir politique. Si la forme républicaine de l'État n'est pas respectée, la norme suprême incite à la désobéissance et à l'ignorance de la nouvelle forme de gouvernement émergeante. Cette persuasion contenue dans la norme suprême est avant tout possible grâce à l'histoire contée au travers du texte juridique. Ce dernier va met en place une fiction, dans le but de légitimer son existence.

---

[472] Ordonnance n°46 du 2 mars 1943, *relative au rétablissement de la légalité républicaine dans l'île de la Réunion*, J.O.F.C., n°3, 18 mars 1943, pp. 12-13.

[473] V. pour exemple Ordonnance n°52 du 20 avril 1943 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine dans la colonie de Madagascar et dépendances*, *J.O.F.C.*, n°6, 3 mai 1943, pp.39-40. Ou encore, Ordonnance du 4 janvier 1944 *relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Guyane*, *J.O.R.F.*, n°2, 6 janvier 1944, p. 18-19.

[474] Ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, *J.O.R.F.*, 10 août 1944, p.688.

[475] Ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, art., 1er : « La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ».

[476] Ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, art., 2 al. 1er: « Sont, en conséquence, nuls et de nul effet tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit promulgués sur le territoire continental postérieurement au 16 juin 1940 et jusqu'au rétablissement du Gouvernement provisoire de la république française ».

B Une transition politique appuyée par un récit fictionnel rassembleur

Le récit fictionnel proposé par la Constitution doit rendre réaliste ce qui est inconnu pour son lecteur. L'écriture va permettre de proposer une nouvelle réalité, rendant tangible ce qui était invisible. Ce procédé reste fragile. Il ne permet pas de pallier aux lacunes intellectuelles déjà sous-jacentes[477]. Pour rétablir le modèle républicain à la suite du second conflit mondial, l'ordonnance de 1944 va par exemple se présenter comme plus réaliste. Il est indiqué, qu'elle reviendra sur d'autres actes pris durant l'occupation en temps voulu[478]. Elle peut aussi ménager les sensibilités pour ce qui touche aux atrocités commises durant la guerre. Son rédacteur sait qu'il est dans l'incapacité d'occulter ces événements. La logique juridique mise en place par le récit fictionnel propre à la nouvelle Constitution, va tenter d'harmoniser les principes de légalité et de légitimité par rapport au régime de Vichy. Tout d'abord, le nouveau gouvernement cherche à réprimer les actions du régime passé. Les actes du gouvernement et le droit mis en place à partir du 16 juin 1940, sont ainsi condamnés. De même les actes perpétrés par ceux qui ont collaboré avec l'Allemagne, vont être jugés en vue de sanctions pour trahison contre la France. Le choix de la date s'inscrit dans l'idée qu'il s'agissait encore des points de vue juridique et factuels, du gouvernement de la France.

Avant cette date, le Général De Gaulle n'aurait pu s'opposer aux actions du Maréchal Pétain. Après ce jour, le caractère républicain étant ôté le gouvernement perd son caractère légal. Le pouvoir en place devient une autorité de fait, au lieu d'un gouvernement de fait. Il n'est plus légitime et ses actes ne peuvent plus être validés[479]. Ces éléments facilitent l'arrivée d'une nouvelle norme suprême. Vichy devient une période de politique illégitime, inconstitutionnelle. Comme pour l'ancien droit romain, cette époque doit être écartée pour permettre ici, la réhabilitation du droit républicain. Pour autant comme nous l'avons évoqué, la fiction ne peut pallier à tous les problèmes. Il convient de faire preuve de réalisme face à certaines situations. L'héritage de Vichy

[477] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p.3.
[478] Ordonnance du 9 août 1944 *relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental*, art., 7 : « Les autres actes de l'autorité de fait dite « Gouvernement de l'État français » sont validés provisoirement jusqu'au constat de leur nullité par ordonnances additionnelles.
[479] V. M. Duverger, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait (à propos du gouvernement provisoire de la République), *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger,* n°61, vol. 51, 1945, pp.73-100.

est l'objet de précautions, en fonction des situations soumises au droit républicain. Des actes qui n'ont pas encore été annulés par les ordonnances de la France libre, sont dans un premier temps accaparé par l'État français légitime, lequel agit au nom de la continuité de l'État[480]. Il peut tout aussi bien être question de lois ou de décrets entre autres. Certains de ces textes n'ont pas reçu de validation définitive,ou n'ont pas été déclarés nuls aujourd'hui encore[481].

En ce qui concerne les préjudices subis par les familles et les éventuelles retombées qui pourraient peser sur l'État français venant succéder au régime de Vichy, la règle est claire. Le régime juridique légitime ne peut voir sa responsabilité mise en cause pour les actes perpétrés par le gouvernement précédent. La justification parait fantaisiste. Les actes ont été déclarés nuls et non avenus, ce qui englobe aussi les effets passés, bien que les souffrances ont été réelles. Pour les plaignants, le fondement sur la voie de fait ne change pas la situation. L'ordonnance du 9 août 1944 permet donc l'irresponsabilité de la République légitime. Le droit constitutionnel ici n'a pas vocation à s'intéresser à l'humain. Il démontre la place accordée par le texte aux symboles et aux institutions politiques mêmes. Il n'est pas encore utilisé dans l'optique de défense des libertés individuelles que nous connaissons aujourd'hui. Si les victimes du régime de Vichy peuvent être indemnisées, ce n'est que dans un premier temps grâce à une base volontaire et forfaitaire. Des lois bien particulières ont été promulguées à la suite du second conflit mondial, mais seulement à partir des années 60, période où le droit constitutionnel tente de se rapprocher des citoyens.

Enfin pour permettre l'avènement d'une nouvelle Constitution, sans qu'il lui soit reproché un manque de légalité par des opposants politiques, il faut mentionner le travail fait par le Gouvernement provisoire de la République. Il permet de s'assurer que l'action engagée par la France libre, s'accorde avec le principe de légalité républicaine d'exception. Ce constat finit de prouver que le véritable État français était celui présenté sous le nom de France libre. Il y a donc une distinction entre l'état géographique et l'état politique. La véritable puissance politique française était située, là où se trouvaient ses idéaux républicains prévus par la Constitution. Cette logique permet de justifier la place de la France aux côtés des pays vainqueurs du second conflit mondial. Cette volonté de transition politique est confirmée par les français, à l'occasion du référendum

[480] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », op., cit, p. 8.
[481] V. D. Rémy, *Les lois de Vichy, Actes dits « lois » de l'autorité de fait se prétendant « gouvernement de l'Etat français*, Paris, Romillat, coll. Retour au texte, 2004, 256 pages.

du 21 octobre 1945 qui confirme la rupture avec la IIIème République et lancent donc le débat à propos de la création de la IVème République[482].

Le récit fictionnel raconté par la Constitution permet de rassembler les citoyens au sein de la société. Nous le voyons avec l'exemple de la IVème République, et les conditions de sa création. En revanche, l'ambition de ce droit n'est pas de réparer les torts causés. Tout au plus s'agit-il de se dédouaner des actes passés, en faisant reconnaître le caractère illégitime du pouvoir précédant. L'état légal se trouve dissocié et irresponsable de ce que l'autre a commis.

II L'État de droit combinant la fiction constitutionnelle à la volonté collective

La promulgation d'une nouvelle Constitution représente un évènement particulier dans l'histoire d'un pays. Au sein d'un état de droit, l'apparition de la norme suprême est censée répondre aux besoins exprimés par les citoyens. Elle continue néanmoins à être perçue comme un texte à l'aura spécifique. Créer une Constitution signifie un réel chamboulement, à un point où le nouveau texte équivaudrait fatalement à un nouveau régime politique (A). Bien que cette idée ne soit pas nécessairement exacte, il est vrai que le nouvel écrit a pour ambition de faire abstraction de la législation passée. Il proposerait un renouveau de la politique (B).

A Une nouvelle Constitution nécessairement assimilée à une transition politique

La création d'une Constitution pour la IVème République est le résultat d'un besoin pour l'État français de tourner la page du second conflit mondial, et de l'occupation allemande par le Régime de Vichy. La Constitution par l'intermédiaire de son récit fictionnel permet de voir son efficacité renforcée. L'instauration des normes seules ne permet pas d'assurer la puissance constitutionnelle. Nous le voyons avec les régimes despotiques qui peuvent usurper sa place légitime. De même, l'opération effectuée au sortir du second conflit mondial se justifie par le fait que, seul le régime

[482] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit,* p. 8.

Républicain peut être accepté pour les institutions politiques françaises[483]. Comment légitimer de manière légale la création de la Constitution de 1958 ? Quelle logique peut être opérée ? Il apparaît au vu de l'exemple de la IV République, que le rôle premier d'une Constitution est de symboliser une transition politique dans l'histoire d'un pays. Si Charles De Gaulle a obtenu de manière légale les moyens de mettre fin à la Constitution de la IVème République pour en créer une nouvelle, la capacité de ceux qui lui ont offert ces pouvoirs ont pour leur part été remis en question.

Cette situation a cependant signifié la fin d'un régime qui bien que reconnu ainsi, ne correspond pas exactement à la réalité. En effet il s'agit d'une République, mais la Constitution actuelle ne la présenté pas comme la Vème. Le texte fondateur est d'ailleurs intitulé « Constitution du 4 octobre 1958 »[484]. Il aurait pourtant été logique de le nommer « Constitution de la cinquième République », pour marquer une nouvelle étape évidente. L'existence de la cinquième République s'apparenterait à un véritable mythe fondateur, dont la réalité pourrait être remise en question. L'idée conforte la vision théorique à tendance moniste, qui identifierait le droit comme un tout homogène. Il se confondrait avec l'État. Dans cette perspective, une unique autorité serait présente[485]. Il ne saurait en exister deux au sein du même espace, une autorité étatique et une autre provenant du droit. Les rédacteurs de la Constitution du 4 octobre 1958 semblent s'être parés, en prévention d'éventuelles accusations touchant à la légitimité de la norme. Cette dernière ne marque pas une réelle césure avec le régime politique précédent.

Il n'est pas ici question de remettre en cause le statut de « République » propre à notre régime politique dans sa forme. Sa place de « cinquième » pourrait cependant être débattue. Dans les textes officiels, la cinquième République n'est jamais présentée de la sorte. Le journal officiel nomme notre Constitution actuelle, comme celle du « 4 octobre 1958 ». De même, les intentions de ses créateurs quant à leurs ambitions de mettre en place une nouvelle République, mettant un terme à la quatrième, peuvent être remis en cause. Charles De Gaulle lui-même présente son projet comme une Constitution, dont le but est de « sauvegarder la chance ultime de la République[486]». Un tel discours ne fait pas mention d'une fin de la quatrième République. Il s'agirait plutôt d'un projet, qui

[483] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p.4.
[484] C. Chabrot, « Ceci n'est pas une Vème République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/2, n°82, p. 257.
[485] J. Carbonnier *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op., cit.,* p.18.
[486] C. De Gaulle, Discours du 4 septembre 1958.

viserait à la maintenir en place et à assurer sa pérennité. André Malraux jettera le doute, puisque de son côté le même jour il annoncera un passage de flambeau entre les deux Républiques, la quatrième et la cinquième[487]. Il semble donc qu'il y avait bien une réelle volonté de transition. Sur le plan légal il n'existe rien de concret. Il s'agirait plutôt d'un prolongement.

Comme nous pouvons le constater régulièrement, le droit ne peut tolérer les non-dits et les approximations. Par ce biais si aucune réponse concrète n'est apportée, il se trouve toujours quelqu'un pour combler les blancs. Des fictions liées à la norme suprême peuvent se former. La responsabilité incombe à un manque d'informations et à des approximations. Le pouvoir de la pensée collective a un impact sur la perception du droit constitutionnel et la réalité juridique. En ressort finalement un imaginaire, que même la législation va finir par se réapproprier.

B Un réagencement du réel, fondé sur une Constitution nouvelle

Il n'est pas nécessaire que quelque chose existe réellement pour qu'il prenne corps. Il suffit simplement qu'un grand nombre de personnes croient en son existence. C'est bien ce qui est arrivé pour l'intitulé de la cinquième République. La Constitution elle-même a fini par répandre cette contre vérité relative à l'existence ou non, d'un nouveau régime politique. Résultat d'une croyance persistante, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 sera nommée, « loi de modernisation des institutions de la cinquième République[488] ». Rappelons que pour qu'un objet de droit soit reconnu, il faut obligatoirement qu'un texte de loi le reconnaisse. Par cette condition, son existence est juridiquement véritable. Le choix des mots employés, qui conditionnent pourtant l'usage du droit, permet d'indiquer la réalité en mesure de s'imposer aux citoyens. Ici, nous voyons que le changement de Constitution sous-entend nécessairement, changement de régime politique. Cette supposition ne se fonde pourtant sur aucune vérité concrète. Il suffit d'observer le débat politique et ceux qui prêchent pour une nouvelle Constitution.

[487] A. Malraux, Discours introductif du 4 septembre 1958.
[488] Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République, *Journal officiel* du 24 juillet 2008, p. 11890.

Automatiquement dans l'imagination collective, cela équivaut à créer un nouveau régime politique se substituant à une cinquième République, elle-même à l'existence bancale. Pour en revenir à notre actuelle norme suprême, celle-ci tiendrait sa légitimité de la précédente, qui pourtant n'autorisait pas explicitement son abrogation. Kelsen explique que chaque Constitution, tire sa légitimité de la précédente et qu'en remontant cette piste, celle-ci débouche sur la Constitution originelle, la première d'entre toutes[489]. Cette observation pourrait être démentie. Légalement il ne peut y'avoir de nouvelle Constitution qu'en cas de révolution, au sens juridique du terme[490]. Dans ce contexte, le nouveau texte fondamental deviendra la première Constitution historique, déjà évoquée précédemment. Cette dernière englobe l'ensemble des nouvelles normes à valeurs constitutionnelles, qui proviendraient de la dernière révolution juridique[491]. Selon Vedel il n'existe pas de réelle révolution absolue. D'après lui, chaque révolution équivaut à la fois à une rupture de la tradition, mais également à un usage établi de cette tradition[492].

Ces considérations permettent de supprimer les problèmes liés à des incarnations précédentes de l'écrit juridique. Elles seront considérées comme n'ayant jamais existé. Le procédé rentre ainsi dans une certaine logique du droit naturel, qui tend à imposer une forme fixe à l'ordre juridique en vigueur, au point de tendre vers une forme d'antiévolutionnisme. Ce mécanisme déteint directement sur les institutions. Il conduit chacune d'entre elles, à être présentées comme existantes depuis tous temps, sans avoir de fins, car promises à une pérennité éternelle[493]. De ce fait, on supprime les éventuels problèmes de légalité liés à l'apparition du nouveau texte suprême. En ce qui concerne la légalité de la Constitution de 1958 et, même de tout autre norme suprême, nous pouvons dire que le pouvoir constituant tient sa capacité de deux fictions juridiques, celle de la représentation que nous avons déjà présentée et celle de la volonté collective qui manifeste une opinion.

Cette impression nous amène à penser qu'au-delà de la norme suprême au sommet de la hiérarchie des normes, se trouve un autre pouvoir, celui des citoyens qui peuvent appuyer ou protester contre le pouvoir en place. Ce sont eux qui sont capables de légitimer les normes qui leurs sont imposées, à condition bien sûr d'être réactifs très tôt

[489] H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op.,cit,* p. 264-265.
[490] X. Magnon, « Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *Revue française de droit constitutionnel*, n°59, 2004/ 03, p. 596-597.
[491] O. Pfersmann, *Droit constitutionnel, op., cit,* p. 111.
[492] G. Vedel, *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1949, p. 51.
[493] J. Carbonnier, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur, op., cit.*, p. 12-13.

et de s'opposer à la première mesure allant contre leurs intérêts. Il est nécessaire d'éviter de voir le pouvoir politique leur échapper complètement[494]. La collégialité se présente comme un élément essentiel, pour assurer la mise en place de la norme suprême. Les volontés psychologiques multiples sont amenées à se transformer en une volonté juridique, capable d'assurer le développement de l'organe politique. La Constitution pour sa part prévoit par la fiction juridique les méthodes pour exprimer cette volonté, au travers de l'organe politique. La procédure permettant la mise en place de la Constitution de 1958 a en outre, bénéficié d'un référendum. Ce dernier vient pallier les limites d'un organe collégial.

Les citoyens représentent une force contraignante à l'égard de leurs propres gouvernants. Si le législateur décide des compétences d'autrui, il est également en mesure de prévoir les règles touchant à ses propres capacités, lesquelles sont liées à sa volonté juridique. Les gouvernés doivent continuellement veiller à ce que leurs libertés ne soient pas touchées, pour réagir rapidement avant que la pratique ne se développe. Le maintien d'un régime démocratique, n'est donc pas exclusivement l'apanage des politiques.

Paragraphe 2 Une norme constitutionnelle au service d'un récit de l'État unificateur

La norme constitutionnelle ne représente pas seulement un texte juridique. Elle est aussi la dépositaire d'une histoire. Pour traduire ce sentiment, un véritable récit fictionnel va venir prendre forme par l'intermédiaire de la nouvelle Constitution. La rédaction d'un texte de cet ordre est le symbole du retour aux origines pour le droit. Si la norme suprême est pour certains la manifestation d'une volonté visant à tirer un trait sur le passé, alors cela signifie que les pratiques juridiques anciennes et les habitudes antérieures n'ont plus cours. La confiance entre les gouvernants et les gouvernés déjà fragile en temps normal, est menacée de se rompre définitivement si les futures intentions politiques sont mal interprétées. L'objectif du récit fictionnel transmis par la Constitution est de restaurer, ou du moins garantir le soutien des citoyens envers la

[494] G. Orwell, « Lettre à Dwight Macdonald, 5décembre 1946 » *in Ecrits politiques (1928-1949). Sur le socialisme, les intellectuels & la démocratie*, Marseille, Agone, coll. Banc d'essais, 2009, pp.346-347.

nouvelle forme étatique (I). Autour de valeurs communes partagées il est fréquent de voir des dispositions spécifiques être rappelées, au travers des différentes normes suprêmes qui ont existé. Des dispositions qui au gré du temps, ont fini par être rattachées à l'esprit constitutionnel français. De ce fait, le risque de les voir disparaître est minimisé (II).

I Les citoyens unis à l'État, grâce au récit fictionnel porté par la Constitution

La pratique constitutionnelle d'un pays est le résultat de ses traditions juridiques. Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant de voir certaines valeurs revenir constamment au sein des nouvelles dispositions de la norme suprême. Cette situation est le symbole d'un attachement particulier pour ces textes. Le droit constitutionnel ne saurait apparemment se concevoir sans eux. En règle générale, il s'agit d'écrits à la portée forte, obtenus à la suite d'un important événement politique dans l'histoire de la France. Les inspirations du droit constitutionnel peuvent être multiples et anciennes (A). Ces valeurs reconnues sont nécessaires pour obtenir la confiance des citoyens envers leurs gouvernants (B).

A Un droit constitutionnel aux racines profondément ancrées dans l'histoire

Traditionnellement il a été souhaité de faire de la politique, une activité à part. Elle est laissée à une catégorie de citoyens spécifiques, qui y consacrent leurs journées. Tout le monde n'a pas nécessairement le loisir de s'y adonner. Le peuple est présumé incapable d'exercer ce pouvoir décisionnel. Sa volonté psychologique présentée comme confuse et sa volonté juridique fatalement prédéterminée, l'en empêcheraient. La fiction juridique révèle alors sa capacité à mettre en ordre, ce qui peut paraître dérangé, confus, ou trop abstrait. Elle va permettre de structurer la volonté du peuple ou de la nation. La Constitution américaine et sa phrase « *We the people* » témoigne d'ailleurs de ce lien, unissant la norme suprême et ses citoyens. La fiction juridique liée au texte fondamental, permet également pour le constituant de renouer avec une certaine forme

de droit nostalgique. C'est d'autant plus exact comme nous l'avons vu, lorsqu'il souhaite rétablir une continuité juridique à la suite d'un régime perçu comme illégitime déchu. Pour remettre en place d'anciennes valeurs qui lui semblent importantes, le constituant va se référer à un passé normatif lointain, quitte à rétablir des normes constitutionnelles jusqu'ici abrogées.

Il peut également les mentionner dans des articles de la Constitution, ou au sein du préambule[495]. C'est ce que la norme suprême française a fait avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, pour entretenir le souvenir et le passé révolutionnaire du pays. Cette solution a permis la création du régime actuel. La volonté de diriger un peuple réclame un ensemble de règles générales et permanentes, offrant à tous la possibilité de vivre en paix avec ses semblables. Il est nécessaire pour assurer le pouvoir politique, de prendre en compte les besoins moraux et passionnels liés à la démocratie existante. Des conceptions juridiques trop désenchantées et trop rationnelles, risqueraient d'être moins bien acceptées. Ces circonstances réclament que les actes humains se caractérisent par des actions répétitives, dans les mêmes conditions et formes. Ainsi se met en place le rythme de la vie sociale. Il convient néanmoins de constater l'accentuation mise sur les règles constitutionnelles. Les techniques qui les entourent, débouchent sur l'amoindrissement du rôle joué par le récit fictionnel. Indirectement c'est la portée de la Constitution qui se trouve diminuée, comme cela peut être le cas dans la majorité des régimes libéraux[496].

Afin que les hommes puissent être en mesure de s'accorder les uns avec les autres, chaque jour de multiples rapports juridiques voient le jour, cessent, ou circulent sur le fondement de la licéité. Un lien solide est nécessaire pour assurer l'aspect paisible de ces rapports. Le fait que les lois constitutionnelles soient ancrées dans le durable, permet d'assurer un respect machinal des règles. L'habitude permet d'assurer une soumission volontaire. Par le procédé de l'accoutumance, la règle de droit va progressivement devenir une règle de vie, inscrite dans les coutumes de chacun. Il ne peut être pensé que cette vérité est réellement subie. Si cela était le cas, les citoyens auraient trouvé un moyen de s'en émanciper avec le temps. Il est permis de considérer que ces habitudes remontent aux règles anciennes qui permettent l'épanouissement de la personnalité[497]. Si le droit constitutionnel s'est au fil du temps attaché à des fictions

[495] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 8.
[496] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, p.4.
[497] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op., cit.*, p. 2.

spécifiques, il est possible d'estimer que d'autres ont été acceptées au vu de leur potentiel. Elles permettaient de rendre un service nécessaire. Ces règles suivies, progressivement considérées comme habituelles, sont amenées à être présentées comme justes. Leur utilité prouvée au fil des époques, tend à indiquer qu'elles servent la justice.

Le droit constitutionnel dont la valeur s'amplifie grâce à la continuité, trouve par la même occasion sa légitimité. La légitimité est à prendre ici comme la continuité dans le temps. Il s'agit d'une permanence insensible à toutes formes de variations. Elle permet d'offrir à la vie sociale, un élément qui existe. Ce dernier est alors considéré comme ayant déjà pris place par le passé, ce qui justifie qu'il devra toujours être. La légitimité oblige les hommes à vouloir ce qui doit être[498]. La Constitution obtient sa véritable valeur, grâce à la fiction qu'elle permet de mettre en place. Voir la puissance normative de la Constitution dépendre du respect de ses règles écrites, représente une fiction sur les constitutions. La légitimité de la norme légale ou non, repose sur la capacité du récit à rendre compte de cette supposée légalité. Il ne doit pas nécessairement être fidèle à la réalité scientifique. En revanche, il doit être irréprochable en ce qui concerne la capacité de faire appel à l'imaginaire, pour ce que la connaissance ne peut intégrer[499]. Toutes ces appréciations amènent à identifier la Constitution comme une norme à part. Les contraintes qui s'imposent aux autres textes normatifs, ne la concernent pas.

Le renouveau juridique par la norme suprême ne signifie pas que les dispositions vont effacer ce qui existe. De trop grandes modifications de la règle, risqueraient d'effrayer les citoyens dans l'inconnu. Le rédacteur va piocher des références au travers d'anciens écrits pour rassurer. La fiction reposerait sur la promesse de grandes modifications, tout en sauvegardant un certain statu quo qui concernerait les valeurs véhiculées. En faisant appel à des préceptes identifiables, il devient plus facile pour le nouveau texte d'être accepté par les citoyens.

B Un droit constitutionnel à la puissance soumise aux croyances des citoyens

[498] S. Weil, *La pesanteur et la grâce*, Plon, Paris, 1948, p. 197.
[499] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p. 7.

Par ses aspects les plus singuliers, la Constitution semble être au-dessus du jeu de la légalité. Le rôle de superviseur des différentes règles, empêche son rédacteur d'en fixer à la norme suprême. Dans le cas inverse, il serait sous-entendu qu'il existe des principes supra-constitutionnels qui échapperaient au contrôle de la norme suprême. Cette dernière serait dans l'incapacité de les prévoir. Dans cette perspective, l'aspect souverain qui définit en règle générale le pouvoir constituant, parait peu compatible avec la notion de contrainte qui ne pourrait s'imposer à lui, sans remettre en question sa souveraineté. Il ne peut y'avoir de souverain, si l'on admet la transcendance de certaines normes[500]. La question de la place des traités internationaux peut bien entendu être posée. Bien que techniquement la Constitution soit au-dessus des traités, il n'empêche que dans la pratique, la Constitution doit être modifiée pour accepter le traité. Il s'agit plus d'un mécanisme pratique. Il permet à davantage de pays d'adhérer à une même norme. Pour autant, l'interrogation touchant aux poids de la Constitution et du juge national face aux exigences communautaires, n'est pas encore réglée. Elle sera un peu plus détaillée ultérieurement.

La pratique liée aux traités est cependant introduite ici, car elle amène à s'intéresser à un autre élément. Les exigences imposées par la hiérarchie des normes, telles que prévues par l'article 55 de la Constitution, permettent d'écarter une loi qui s'opposerait à un texte international. En revanche, il n'en est pas de même pour l'application d'une loi contraire à la norme suprême. Sa simple existence ne suffit pas pour la placer au-dessus des autres écrits. Il lui faut penser à prévoir, sa propre supériorité sur les textes juridiques tiers. Une Constitution puissante et efficace va être dotée d'un récit fictionnel propre et performant. Les règles qu'elle va prévoir apparaissent comme secondaires. La norme suprême écrite représente bien le fondement permettant l'exercice du pouvoir de l'État, auquel elle est liée. Néanmoins, ces éléments ne représentent aucun lien avec les effets prévus par les textes que la norme suprême contient. La valeur de la Constitution ne suffit pas à assurer la portée de ses règles. Le récit fictionnel va permettre d'assurer la mise en place du pouvoir politique. Plus le récit sera bien raconté, plus la valeur de la norme suprême sera importante.

Les règles juridiques, souvent considérées comme trop techniques, ne peuvent seules créer un sentiment d'appartenance commune, au point de vouloir que ces normes soient immuables à jamais. Le récit fictionnel pris au sérieux permet de justifier

[500] G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, p. 91.

l'existence de ces normes, parfois extrêmement lourdes et descriptives. Il doit être capable d'imposer l'autorité de la Constitution et par conséquent, légitimer l'exercice du pouvoir en place. Il permet d'insuffler une véritable forme d'autorité pour la rendre concrète. Le principe seul ne peut suffire. Il est possible que les citoyens ne soient pas disposés à le suivre. Le récit fictionnel va donner corps à ce pouvoir, au point d'inspirer une part importante de la population. Bien entendu cette histoire fait usage de l'imagination, mais celle-ci sert l'idée suggérée pour conter le réel. Il s'agit d'une réalité que l'observation des éléments matériels seuls, ne peut suffire à rendre compte. Le lien entre les différents éléments relève du fantasme[501]. Le récit fictionnel doit partager cette chimère entre un maximum de personnes.

Dans ces circonstances, il est possible de s'interroger sur les raisons de devoir s'imposer un mécanisme relatif au contrôle de constitutionnalité. Ce raisonnement juridique paraît plus politique que pratique. Il serait plus évident de tirer les conséquences dues à la contrariété de la loi vis-à-vis de la Constitution, en écartant tout simplement son application[502]. La question de la puissance propre à la Constitution face aux autres normes, ne va pas nécessairement de soi. La norme suprême tend à s'imposer par la pratique. La reconnaissance de la Constitution en tant qu'acte de droit, se présente finalement comme floue. La théorie de la Constitution première de Kelsen qui donnerait sa valeur à une Constitution plus récente, peut donc être démentie. Chaque nouvelle Constitution efface la précédente et prend le titre de Constitution première. Peu importe, qu'il existe ou non, une véritable Constitution première. Le fait est que fiction ou non, il y a bel et bien une norme suprême en vigueur avec sa qualité d'acte de droit, ici remise en cause. Qu'elle soit première ne change en rien la question de sa validité. La réponse apparaît en conséquence assez simple. Elle démontre les limites matérielles du droit.

Si la place de la Constitution au sein de la hiérarchie des normes peut être remise en question, il semble opportun de s'interroger sur le besoin de sauvegarder certaines normes particulières. Des textes spécifiques peuvent sembler indispensables, par l'usage que le juge constitutionnel en fait. Dans le même mouvement, cela équivaudrait à écrire que d'autres ont une utilité moindre, donc à établir une hiérarchie entre les normes du texte suprême.

[501] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* pp.4-6.
[502] P. Brunet, *op., cit,* p. 11.

II Un récit fictionnel propre à rattacher directement certaines dispositions à la France

Les valeurs dégagées par des normes constitutionnelles spécifiques, résonnent comme un écho à l'histoire de leur pays. Elles continuent de prévoir des besoins particuliers, toujours nécessaires aujourd'hui encore. Il n'est donc pas surprenant de voir leurs textes traverser les époques, au gré des réformes politiques, ou de changement de régime. De par l'ancienneté de ces dispositions il serait possible de s'interroger sur leur puissance, par rapport à d'autres écrits constitutionnels plus récents. L'objectif serait de savoir s'il existe une hiérarchie, au sein même des normes de la Constitution (A). Dans tous les cas quelques une de ces normes représentent un enjeu pour les politiques françaises (B)

A Des normes constitutionnelles éventuellement supérieures à d'autres

Au sein de la norme suprême, certains problèmes de hiérarchie sont à soulever. Est particulièrement interrogée la place qu'une norme constitutionnelle peut avoir sur une autre, et qui peut conduire le juge constitutionnel à un dilemme. Les différents textes sont loin de former un tout unique. La Constitution ne doit pas se soumettre à une autre norme. Pour cette raison, elle se présente comme appartenant à un domaine à part. Il ne peut être considéré qu'il existe des éléments, propres à la supra constitutionnalité. Cela équivaudrait à reconnaître que le texte suprême obéit à des considérations d'ordre idéologiques, morales, sociales ou politiques, propre au droit naturel[503]. La norme suprême ne peut être rabaissée par des considérations juridiques au-dessus des siennes. Dans le cas contraire, il serait nécessaire de constater un droit supérieur à la législation, tel que le postulat jusnaturaliste le conçoit[504]. Il faut cependant rappeler que le Conseil constitutionnel lui-même sème le doute, pour ce qui touche à l'existence de la supraconstitutionnalité.

[503] X. Magnon, « Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *op., cit*, p. 597.
[504] M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », *La supraconstitutionnalité, Journée de la Société de legislation comparée*, 15ème Journées juridiques franco-italienne, Rennes, 7-10 octobre 1993, RIDC, numéro special, vol. 15, 1993, p.337.

Dans sa décision du 27 juillet 2006, le juge considère qu'il existe une identité constitutionnelle française[505]. Le Conseil Constitutionnel voit en l'article 88-1 de la Constitution[506] , une véritable exigence constitutionnelle. Par cet article, il serait possible de prévoir une obligation de transposer des directives face auxquelles, seuls « une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France[507] », peuvent s'opposer. Il ne s'agit pas d'une forme de réflexion propre à la juridiction constitutionnelle. Le Conseil d'État a adopté dans la même période une approche similaire, mais avec une formulation différente[508]. L'expression employée par le juge constitutionnel français peut cependant se révéler problématique. L'idée qu'il existe des « principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », laisse supposer que toutes les normes de la Constitution ne posséderaient pas la même valeur. Il y'aurait une hiérarchie des normes au sein de la norme même. Si nous suivons cette interprétation jusqu'au bout, il existerait des normes constitutionnelles dont la protection primerait sur les autres de même rang, ou qui mériteraient plus d'acharnement dans leurs défenses.

Le simple fait de se référer à « la France » dans un terme général, provoque de nombreux sous-entendus. Il existerait des valeurs constitutionnelles qui seraient indissociables de l'État français. Peu importe la forme politique voulue. Au gré des changements de régimes que cela soit des républiques, ou des empires par exemple, ces principes seraient inaltérables. Modifier l'une de ces normes, signifierait transformer la « France » même. Ces principes « inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » pouvaient être considérés jusqu'ici comme purement symboliques, donc sans réelles portées car infondées juridiquement. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juillet 2006 a reconnu à ces valeurs une réalité juridique effective. Il a contribué à créer une catégorie de normes constitutionnelles spécifiques et supérieures aux autres. Il s'est pour cela fondé sur des considérations historiques, juridiques, sociologiques. Le juge s'est même permis d'empiéter sur le domaine de la philosophie[509]. Il reste difficile malgré ces éléments d'expliquer clairement ce qui constitue ou non, un principe

[505] Décision n°2006-540, DC., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l' information*, rec., p. 88.
[506] Const. Art. 88-1 : « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 ».
[507]Décision n°2006-540, DC., 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 19, rec., p. 88.
[508] C.E., ASS., 8 février 2007, n°287110, *Société Arcelor Lorraine*, rec., p.55.
[509] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? » *Revue française de droit constitutionnel*, n°83, 2010, p. 453.

« inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ». Il est possible de s'interroger sur les raisons qui ont amené le juge constitutionnel, à avoir recours à un concept difficilement maîtrisable.

Concrètement, il n'existerait pas de réelles différences d'ordre juridique entre deux normes constitutionnelles. Il paraîtrait en revanche que certaines normes pourraient être valorisées, afin de spécifier une particularité du droit français. Le besoin symbolique de les conserver et donc de les protéger, soulèverait un enjeu politique.

B Des normes constitutionnelles symboliques de la politique française

Certaines normes constitutionnelles seraient mises en valeur au détriment d'autres, dans le but d'afficher les ambitions politiques de l'État français. L'origine de l'existence d'un concept aussi problématique réside selon certains auteurs, dans sa capacité à mettre hors d'atteinte le principe de souveraineté nationale, qui ne peut être mis en dehors du cadre politique-géographique de la nation[510]. En ce qui concerne l'identité constitutionnelle et sa définition, elle ne peuvent être considérées comme une spécificité française. Les droits italiens[511] et allemands[512] ont déjà évoqué cette notion au sein de leurs propres jugements. Le juge italien met en avant la sécurité juridique des particuliers. Il s'assure ainsi que le droit communautaire ne vienne pas annuler des arrêts, qui invalideraient des normes européennes[513]. Généralement cette allusion à des normes intrinsèquement liées à l'État même, ne peut être évoquée sans raviver certaines tensions. La question de l'identité ne peut commencer à être traitée qu'avec sa critique[514]. Loin de ces appréciations, il reste envisageable de raconter cette notion d'une manière philosophique.

Sous cet angle, il ne s'agit pas de rappeler des similitudes ou des points de consubstantialités. Ce qui intéresse, ce sont les propriétés de cette fameuse identité. Ces dernières permettent à un objet de rester idoine, et de ne pas modifier son essence de

[510] G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op., cit*, p. 79.
[511] V. CC. ital., 13-21 avril 1989, n°232/89, *SpA Fragd c/ Amministratione delle Finanze*, FI, 1990, I, p. 1855.
[512] V. CC. all., 29 mai 1974, 2 BvL 52/71, *Solange I*, BVerfG, vol. 13, p. 271.
[513]L. Daniele, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers de droit européen*, Bruxelles, 1992, p.3.
[514] C. Lévi-Strauss, *L'identité Séminaire interdisciplinaire*, PUF, Paris, 1977, p.331.

manière significative[515]. En ce qui concerne la norme constitutionnelle cela signifierait que contrairement à la spécificité, l'identité ne peut s'obtenir ou se perdre, selon d'éventuelles imitations. Parmi les normes propres à l'identité constitutionnelle, il s'en trouvera certaines sans équivalence par rapport aux normes des autres pays. Il ne faut cependant pas penser qu'elles relèveront exclusivement du contrôle opéré par le juge national. Le développement d'un droit communautaire propre à l'Union Européenne a fait prendre conscience aux juristes français, qu'il existait certains principes propres à son droit. La notion « d'identité constitutionnelle » va permettre de déterminer la portée de la compétence du contrôle des juges communautaires. Ce besoin de revendiquer une identité propre à la Constitution française, est le résultat d'une crainte anticipée à propos du Traité établissant une Constitution pour l'Union européenne, qui n'a jamais vu le jour. Ainsi son article I-6 prévoyait explicitement un principe de primauté du droit de l'Union européenne.

Le juge constitutionnel français aurait alors perdu la suprématie de la norme suprême. La portée de ses décisions auraient été remises en cause de façon légale. Jusqu'ici le principe de primauté du droit de l'Union européenne est revendiqué par l'arrêt *Costa contre E.N.E.L* du 15 juillet 1964[516], rendu par la Cour de justice des communautés européennes. Il n'est cependant pas explicitement écrit dans un texte normatif. Il continue tout de même à faire jurisprudence. Dans son troisième considérant la cour déclare : « À la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction. Instituer une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, n'est pas sans conséquence[517] ».

Les retombées d'une telle situation sont clairement explicitées dans la suite de l'arrêt. Les droits souverains des pays membres finissent par être limités. Il s'agit d'une nécessité, pour voir la création d'un corps de droits contraignant pour les états et leurs ressortissants. Les dispositions issues des sources communautaires, empêchent la possibilité pour les états de leur opposer une norme inhérente à leur droit national. Le

[515] « Identité », *Le Grand Robert de la langue française*, 3ème définition, 2ème éd., vol.V, p.346.
[516] CJCE, 15 juillet 1964, n°6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L*,
[517] CJCE, 15 juillet 1964, *op., cit,* cons. 3.

fait que les dispositions soient antérieures aux traités ratifiés ne constitue pas un argument valable. La législation européenne est reconnue comme un ordre juridique accepté. Le droit né du traité est finalement considéré comme « issu d'une source autonome ne pouvant, en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. Le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains[518]».

La position prise par le juge communautaire est évidente. Il ambitionne de prendre le pas sur une partie des prérogatives du juge national. Par la même occasion, le juge constitutionnel voit ses capacités entravées, fait auquel il n'est pas habitué. Son rôle risquerait d'être réduit au profit du juge européen. Pour ces raisons, comme cela avait été fait avec les autres organes politiques français, le juge constitutionnel a élaboré une parade contre ce qu'il considérerait être une menace à l'exercice de ses fonctions.

[518] CJCE, 15 juillet 1964, *op., cit,* cons. 3.

Conclusion du Chapitre 1 :

La fiction constitutionnelle ne résulte pas uniquement de la mise en pratique des dispositions du texte. Il ne s'agit pas d'une méthode exclusivement employée par le juge constitutionnel pour masquer la réalité. Ces artifices sont présents dès le moment où l'écriture de la norme suprême est entamée. Le rédacteur par le choix des mots qu'il décide d'employer, procède déjà à une activité de création et donc d'imagination. Elle-même est source de la fiction. Ce constat amène à considérer le texte constitutionnel non pas comme un guide de comportement, mais comme un véritable récit. Il s'agit d'un nouvel élément, propre à distinguer la Constitution d'un code juridique. Chaque norme suprême peut être considérée comme la marque d'un passage de l'histoire. Elles incarnent un tournant dans les pratiques politiques françaises. Cette récurrence rendrait automatique le changement de régime juridique, même si aucune intention ou texte ne viendraient explicitement rapporter ce changement de fait. La Constitution au travers du récit qu'elle conte, est un engagement pour des promesses qu'elle tient par l'intermédiaire des normes auxquelles elle se réfère. Ces allusions offrent à la norme suprême, la capacité d'aborder les vœux et les ambitions des nouveaux gouvernants pour la société. Il ne s'agit cependant que de mécanismes fondés sur l'émotion.

Le récit fictionnel employé, veut faire ressentir l'utilité d'une telle entreprise. Il se justifie par le but de créer chez les citoyens, un sentiment d'appartenance à une collectivité. Tout ceci sert évidemment le pouvoir étatique. Au travers du consentement de la population, il devient aisé de légitimer la nouvelle Constitution. Si elle était refusée en masse, il apparaîtrait un manque évident d'appuis pour justifier son existence. Cette situation ébranlerait un pouvoir politique récemment installé. Une autre forme de gouvernement plus ancien pourrait se passer des considérations publiques sur la Constitution, du fait de sa pérennité. Dans ce sens, l'habitude est un facteur important pour le maintien de la norme suprême. Pour cette raison même au gré des transitions politiques, la Constitution conserve des valeurs spécifiques. Certaines finissent même par être intégrées dans les dispositions françaises. Elles sont considérées comme des « valeurs inhérentes à l'esprit constitutionnel français ». Leurs disparitions paraissent inconcevables. Tous ces éléments amènent à reconsidérer la supériorité de la norme française, en se demandant s'il ne s'agit pas là d'une nouvelle fiction juridique. La Constitution est-elle la norme suprême, car c'est ce qui a été décidé par l'état de droit ?

L'est-elle uniquement car les gouvernants et les gouvernés, l'estiment dans ce sens ? Les revendications soutenues par les artisans du droit communautaire, laisseraient penser pour l'heure à la seconde hypothèse.

Chapitre 2 La fiction constitutionnelle, un récit juridique à la volonté fédératrice

La place du juge constitutionnel sur la scène nationale ne semble souffrir que d'une remise en question, qui touche à la portée exacte de ses compétences. Cette situation ne remet cependant pas en cause, la place de la norme suprême au sein de l'ordre. Sur le territoire, la norme suprême et la mythologie qu'elle promeut paraissent ne pas avoir de concurrence, mettant à mal leurs perspectives. Sur la scène internationale, la Constitution souffre cependant d'être remise en cause par des organisations interétatiques. L'Union européenne est notamment venue relancer le débat sur la suprématie constitutionnelle. Les logiques de coopération internationale sont relativement nouvelles pour le droit constitutionnel. Jusqu'alors il n'avait jamais véritablement eu à se soucier de telles prérogatives. Les mécanismes de l'Union européenne sont venus réinterroger la portée du droit national, en proposant une législation plus ou moins homogénéisé entre les états. Une telle conception du droit a vu ses logiques transcendées sous la Vème République. Le juge constitutionnel doit veiller à rester prudent, lorsqu'il est confronté au droit international. Il perd finalement le contrôle sur une partie de ses capacités liées à la norme suprême. Il n'est cependant pas entièrement soumis à ce droit et conserve néanmoins des prérogatives.

Face à ces contraintes internationales d'un nouvel ordre, le droit constitutionnel doit puiser dans sa mythologie plus ancienne pour rappeler les fondements de son organisation. Elles lui ont permis de s'adapter jusqu'à nos jours. L'usage du mythe constitutionnel parait tout à fait adapté. Il est en mesure de par sa longévité, de jouir d'une certaine forme de vénérabilité dont le droit de l'Union européenne ne peut pas véritablement profiter. Cela se ressent notamment, lorsqu'il est question d'identité. Le droit constitutionnel par ses références à son histoire ou à des événements passés, est en mesure de proposer des éléments qui permettent le rassemblement des populations sur son territoire. La fiction constitutionnelle est alors suffisamment forte pour s'imposer, et garantir son autorité face à ses sujets (Section 1). Il devient opportun d'analyser les qualités du récit juridique proposé par la Constitution, pour comprendre les liens qu'il entretient avec les citoyens. Ces derniers sont en mesure de s'identifier au texte qu'il leur est proposé. La norme juridique se transforme en une source d'inspiration (Section 2).

Section 1 L'ordre normatif national préservé par la fiction de l'identité constitutionnelle française

Le juge constitutionnel doit se préserver des prétentions liées au droit international, notamment personnifié par le droit de l'Union européenne. Il s'agit d'une situation relativement inédite dans l'histoire constitutionnelle, propre aux nouvelles exigences de la fin du XXème siècle. La Constitution de la Vème République est ainsi la première à tester une forme de résistance aux engagements internationaux, tout en assurant l'effectivité de ses normes à l'échelle nationale. Les compétences des tribunaux internationaux sont un frein au monopôle qui pouvait auparavant être celui du Conseil constitutionnel, lorsqu'il traitait d'affaires en liens avec la norme suprême. Désormais, le juge international semble avoir un droit de regard sur son organisation et même un pouvoir de contrainte, qui influence la Constitution. Cette situation nouvelle oblige le juge constitutionnel à réévaluer la mythologie proposée par le texte fondateur. Il peut continuer à exercer une certaine influence, sans remettre en perspective les préceptes du droit international. Il s'agit de conserver une forme d'autonomie, propre au droit national. La défiance du juge international éprouvé par le Conseil constitutionnel n'est pas sans rappeler, la défiance qui anime les détracteurs du juge constitutionnel à son encontre. Nous assistons ici à une véritable mise en abîme (Paragraphe 1). Il semble néanmoins que ces vicissitudes soient nécessaires, pour forcer la fiction constitutionnelle à se soumettre à certaines règles sans lesquelles son récit risquerait de perdre en crédibilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La suprématie du droit constitutionnel, réévaluée par le droit international

Le droit international semble apporter plusieurs contraintes aux logiques inhérentes à la norme suprême, ainsi qu'aux obligations qui en découlent. Le mythe fondateur jusqu'ici était lié à la Constitution. Il est désormais réévalué par les notions dégagées par les traités internationaux. Il semble que ces derniers nuisent aux notions développées par le droit constitutionnel en tentant de les remplacer, ou du moins de

rivaliser avec eux. Le mythe ne peut souffrir d'être comparé. Si cela doit être le cas, la vérité qu'il propose est remise en question, ce qui amoindrit la portée de son récit et sa capacité à convaincre. Sur le plan national, le juge constitutionnel n'était remis en question que pour son action. Il n'était pas interrogé par les autres organisations juridiques sur la qualité du récit qu'il défendait. Le Conseil constitutionnel restait sans égal sur ce point. C'est néanmoins une dynamique qui a été altérée par le développement des autorités internationales, qui peuvent contraindre à des modifications du texte constitutionnel (I). Le droit international est venu pointer certaines lacunes de la norme suprême nuisibles à sa crédibilité, ce qui a nécessairement entraîné une réaction de la part du juge (II).

I Une dynamique constitutionnelle réinterrogée par la pratique du droit international

La Constitution représente le récit fondateur de l'état de droit. Ses dispositions sont celles qui permettent l'émergence des institutions. La norme suprême fonde leur légitimité et leur autorité. Ces mêmes organisations ne sauraient remettre en perspective le texte qui leur a octroyé leurs compétences, sans provoquer de nouvelles interrogations sur leurs propres capacités. Le droit international pour sa part ne souffre pas des mêmes contraintes. Il apparaît comme étant relativement indépendant, face aux autorités nationales. Ses capacités à interroger la norme suprême voire à révéler ses lacunes, sont plus importantes (A). Le Conseil constitutionnel voit ses capacités et son autorité être amoindries par le juge international, en mesure de lui dicter certains comportements. Cette situation inédite reste cependant relativement incompatible avec la nature même du droit constitutionnel (B).

A Une souveraineté supposée de la Constitution disputée par le droit international

L'arrêt *Costa contre E.N.E.L* représente une réelle attaque contre la place de la Constitution au sein de la hiérarchie des normes[519]. Les dispositions prévues par les articles 54[520] et 55[521] de la Constitution se trouvent remises en causes, pour ce qui touche aux questions liées à la souveraineté de la norme suprême. La doctrine constitutionnelle entre en concurrence avec la doctrine européaniste. C'est notamment le cas pour la question des droits fondamentaux. Pour les méthodes d'interprétation « c'est souvent le choix d'une interprétation des droits fondamentaux constitutionnels à la lumière des conventions internationales qui est prévu par les dispositions constitutionnelles »[522]. Ainsi comme l'écrit Delphine Costa : « Parmi les pièges du droit, on trouve ainsi le fait que notre droit interne doive se plier à des sources renouvelées[523] ». Ce constat doit néanmoins être temporisé. Il existe des moyens de concilier les droits garantis par la Constitution et les normes prévues par les différentes conventions du droit de l'Union européenne, ou par les accords internationaux.

La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit la chose suivante : « Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Le droit français prévoit que la loi s'impose à tous, mais reconnaît que les traités s'imposent à ces lois. La Constitution a d'ailleurs été modifiée dans ce sens au travers

[519] Sur ce sujet d'autorité mettant en péril l'hégémonie du pouvoir constitutionnel v. notamment P. Rosanvallon, *La crise de l'Etat providence*, Paris, éd. Points, coll., Points essais, 2015, 192 pages.

[520] Const., art. 54 : «Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

[521] Const., art 55 : «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

[522] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel » . *Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, Hal. Archives,* [en ligne], 2016, Url : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725374/document, (consulté le 19 Août 2020). Par ailleurs l'auteur donne l'exemple de la Constitution espagnole qui prévoit dans son article 10 al. 2 que « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ».

[523] D. Costa, « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit », *op., cit*., p.380.

de ses articles 88-1 à 88-7, afin de permettre des abandons de souverainetés transférés en partie à l'Union Européenne[524]. Cette modification remet en question la notion de loi comme expression de la volonté générale[525]. La vision rousseauiste mise en avant par la Constitution de 1958 est également altérée, par la seule prise en considération de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dans le bloc de constitutionnalité.

Le peuple au sens où l'entend Rousseau, n'aura jamais approuvé ces lois conçues par l'Union européenne qui vise la satisfaction du plus grand nombre de pays. L'arrêt *Simmenthal* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne[526], poursuit le travail entamé par l'arrêt Costa contre E.N.E.L. Il continue de jeter le discrédit sur la puissance souveraine de la Constitution. L'argument juridique et la façon dont il est utilisé dans les conflits internationaux, permet de démontrer la manière par laquelle le droit autorise la construction d'une identité collective, au sein du peuple d'un pays. Dans ce sens, « chaque peuple tend à identifier son système juridique à un idéal universel du droit, et à s'attribuer dans sa vision du monde une fonction messianique au plan de l'histoire universelle. Ce qui apparaît là, c'est la place du droit et de l'activité juridique comme facteur d'identité collective[527] ». L'expression de la France comme « patrie des droits de l'homme », prend une autre valeur à l'échelle internationale. Elle devient minorée. Pour d'autres collectivités, cette phrase devient synonyme d'arrogance. D'autres nations revendiquent cette image, à l'instar des britanniques ou des américains.

Le droit international remet en perspective la portée salvatrice que peut offrir la norme suprême à ses citoyens. Les normes communautaires concurrences les valeurs qui pourraient être véhiculées par une Constitution sur son territoire. Cet aspect du droit n'est pas sans incidences sur l'œuvre du juge constitutionnel. Ce dernier va tenter de préserver son domaine d'activité.

B Le juge constitutionnel une figure écartée par le droit international

[524] P. Joxe, « La loi est-elle l'expression de la volonté générale ? », *op., cit*, p. 11.
[525] DDHC., art.,6.
[526] CJCE, 9 mars 1978, n°106/77, *Administration des finances de l'Etat contre Société anonyme Simmenthal*.
[527] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et Société*, n°50, 2002, p. 142.

La Cour de justice de l'Union européenne avec l'arrêt *Simmenthal*, précise clairement le rôle du juge national, chargé « d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, [le juge] a l ' obligation d' assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu' il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel[528] » . Par cette décision, il est possible de se rendre compte que le droit occupe une place privilégiée pour permettre la gestion des rapports intra-communautaires. Il possède des figures d'un poids symbolique majeur, à l'image du juge ou du législateur, entre autres[529]. Le juge national se doit d'écarter dans ses décisions de justices les éventuelles normes internes, qui iraient à l'encontre du droit communautaire. Toujours présentes dans la législation, ces normes ne seraient pas abrogées, seulement mises de côté. Ce droit international tend à se pencher sur ses rapports avec le droit national dans sa globalité, et non avec le seul droit constitutionnel. Ce dernier parait écarté, ou semble devenir un droit comme un autre. La législation internationale en arrive à créer le doute sur l'effectivité du droit que la Constitution prévoyait. Ces éléments renforcent l'aspect fictif inhérent à la Constitution. Ils jettent le doute sur sa crédibilité.

Cette situation remet en cause le principe selon lequel, le citoyen est censé pouvoir connaître ses droits[530]. Bien qu'il en ait connaissance, le fait de savoir lesquels sont effectifs ou non, relève d'un autre exercice plus délicat à maîtriser. Dans le même sens, l'obligation pour le pouvoir constituant de modifier la norme suprême avant d'accepter une norme européenne qui irait à son encontre, semble superflu et dépassé. Il paraît admis que la règle internationale peut se passer du consentement du juge constitutionnel, pour mettre en place des dispositions contraires à la Constitution. Ceci autorise à réapprécier la portée de l'article 54 de la Constitution. Nous en venons à nous demander si lui aussi ne fait pas dorénavant partie de ces normes mises de côté, pour ne pas gêner la bonne marche de l'Union européenne. À l'échelle internationale, l'idée d'un droit commun aux nations semble également se heurter aux schèmes de pensées, propres aux citoyens de la nation. Pour exemple, l'idée qu'un américain va avoir d'un

[528] CJCE, 9 mars 1978, *op., cit*, cons. 24.
[529] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, p. 142.
[530] Pour citer Dominique Rousseau, « la constitution est ainsi ce qui produit l'être comme être de droit et ce qui permet d'interroger, de réfléchir les conduites humaines ». D. Rousseau, « Question de Constitution », *Politique et sociétés*, n°19, p. 27.

juge, est différente de celle d'un français sur cette fonction. Dans la continuité de ce raisonnement, il n'est point « besoin de chercher les raisons des règles et des comportements des hommes dans leurs différentes activités sociales — parent, citoyen, administré, consommateur, usager,... Les réponses à toutes les questions sur les multiples formes du « sujet de droit» sont dans la constitution[531] ».

En ce qui concerne ces formes de croyances : « L'individu juriste, à travers ses études, puis sa pratique, intériorise de la sorte les éléments d'une psyché collective au moment où il s'identifie à ses figures tutélaires[532] ». La mise en place d'une identité constitutionnelle propre à la France qui dépasserait la contingence des textes, assurerait par le jeu de l'interprétation constitutionnelle la sauvegarde d'un certain nombre de normes fondatrices du droit français[533]. L'identité collective propre aux citoyens français serait conservée, pour permettre une forme de légitimité du droit[534]. Le citoyen comme être de droit ou la capacité de la norme constitutionnelle à réfléchir les conduites humaines, n'entendent pas mettre en place un univers clos qui empêcherait les influences internationales. « En effet, la construction constitutionnelle de l'être de droit se fait dans et par l'image de l'autre que la constitution renvoie. Or, non seulement cette image est en évolution continue sous l'effet des transformations du miroir où s'affinent certains traits — égalité entre nationaux et étrangers — où d'autres apparaissent — dignité humaine, citoyenneté européenne — mais elle incite l'individu à s'identifier dans ce qu'elle projette, c'est-à-dire à se mettre en mouvement, à entrer en relation avec les autres pour devenir être de droit[535] ». Par ce mécanisme, le juge constitutionnel français était capable de préserver le système juridique français, tout en l'associant avec celui de l'Union européenne. Ces contentieux spécifiques tendent à présenter la norme suprême, comme un acte de langage[536].

[531] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 10.
[532] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*,, p. 142-143.
[533] Sur ce sujet voir nottament R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1984, 228 pages.
[534] Voir notamment sur le sujet, E. Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* Paris, PUF, coll., Léviathan, 2003, 352 pages.
[535] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 27.
[536] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], Url : https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-perp.fr/revue-du-droit-public/RDP2014-6-007?em=Le%20droit%20constitutionnel%20continu, (consulté le 31 août 2020), originellement publié dans, *Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°6, 2014, pp.1517-1533.

L'identité constitutionnelle française représenterait une parade qui contiendrait une catégorie spécifique de normes. Ces dernières mettraient en place les limites constitutionnelles à l'intégration européenne.

II Le droit international révélateur de nouvelles dichotomies engendrées par la fiction constitutionnelle

Le texte constitutionnel est porteur d'histoire. Ses récits comme d'autres, véhiculent parfois des incohérences. Le droit international contribue à mettre en lumière, les écarts que sous-tendent les écrits constitutionnels. L'identité constitutionnelle fait parti de ces écarts du langage qui paraissent à première vue être des ajouts artificiels, destinés à appuyer la résistance du juge constitutionnelle aux normes internationales (A). Cette expression permet de souligner l'aspect ancien des normes prévues par la Constitution. Néanmoins au regard de l'histoire française, l'actuelle Constitution qui ne date « que » de 1958, apparaît comme extrêmement primaire (B).

A L'identité constitutionnelle, une fiction du langage pour défier le droit international

La notion d'identité constitutionnelle propre à la France, permet la mise en place de certains artifices. Elles ont des conséquences sur le processus d'intégration des dispositions européennes. Il devient par exemple envisageable, d'interdire la mise en place d'une norme primaire de l'Union européenne. L'application d'une disposition issue du droit dérivé, peut aussi être empêchée. Ces normes constitutionnelles ne sont pas soumises aux principes de primauté et d'effet direct[537]. Cette logique, le Conseil constitutionnel a su l'adapter au cas des traités. Affirmer que toutes les normes constitutionnelles sont réputées spécifiques à la France, sous-entend un obstacle aux

[537] J.-P. Derosier, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *VIIIème Congrès de l'AFDC*, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011.

dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, pour ce qui touche à la capacité des États membres de l'Union européenne. Le juge français fait ici la démonstration d'une véritable « résistance », face aux juges du droit communautaire[538]. Ces derniers ont « choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences[539] ». De là à penser qu'il s'agit d'une volonté claire du législateur français, il n'y a qu'un pas à franchir tant le doute semble permis. La fiction qui voudrait que certaines normes constitutionnelles représentent d'avantage l'esprit français que d'autres, autorise le juge constitutionnel français à garder le contrôle sur ses normes.

Le juge rappelle que les textes de la Constitution sont élaborés avec des mots. Ils forment le récit fictionnel. Les normes et les valeurs qu'elles expriment, dépendent des expressions choisies. Les Constitutions ne seraient que des mots « magiques », émanant d'un texte prestigieux mais finalement « désenchantés par la dure réalité[540] ». La fiction établie autour de la Constitution, paraît s'erroder. En réponse, le juge constitutionnel par sa réaction au droit européen, illustre son ouverture à la philosophie du langage. Les mots ont plusieurs sens. C'est l'action intellectuelle du juge qui va déterminer le comportement à adopter pour certaines situations. Le sens à donner, va créer la norme. Le mot employé a finalement une importance moindre[541]. Dans ce contexte, c'est le sens donné par le juge constitutionnel à l'expression « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », qui va primer. Certes, il a apparemment créé le terme de son propre chef. Les mots choisis vont renforcer la signification pour laquelle il a opté. La mise en place d'un tel principe a pour conséquence, la reconnaissance d'une règle constitutionnelle qui donne la primauté au droit de l'Union européenne. C'est ce que prévoit l'article 88-1 de la Constitution. Dans le même temps, le juge explique que certains principes ne peuvent être abrogés, car ils sont propres à l'État Français[542].

Ce choix peut encore une fois passer pour arbitraire. Le juge constitutionnel a la possibilité de se défendre contre de telles accusations, en invoquant des termes comme « exigence constitutionnelle ». Cette expression reste un concept, une construction de l'esprit qui possède une signification bien déterminée. L'idée soulevée est que le juge ne

[538] L. Burgorgue-Larsen, « Les résistances des Etats de droit », *in* J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, Paris, 2000, p. 423
[539] Art. 88-1 de la Constitution du 4 Octobre 1958.
[540] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *Pouvoirs*, n°126, 2008, p.5.
[541] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.
[542] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *op., cit*, p. 454.

contraint à rien. Son action lui est « imposée » par la Constitution, qui en viendrait à être personnifiée. Le concept en lien avec le travail du juge constitutionnel peut se définir par « son extension, c'est-à-dire par l'énumération des choses auxquelles il se réfère (l'ensemble des phénomènes que le juge constitutionnel a qualifiés d'« exigences constitutionnelles »), et non par son intention, c'est-à-dire par les propriétés constitutives communes à ses référents, comme c'est le plus souvent le cas pour les concepts doctrinaux[543] ». Des décisions fondées sur cette appréciation proposée par le Conseil constitutionnel, restent néanmoins conformes à d'autres. C'est notamment le cas pour celles relatives aux questions prioritaires de constitutionnalité. Le juge constitutionnel explique que son interprétation permet de créer la portée obligatoire[544].

Les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France représentent des exceptions notables à l'article 88-1 de la Constitution et à la suprématie du droit de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel c'est cependant gardé à l'époque, de définir précisément ces principes si particuliers à la France. Bien entendu, la doctrine a fourni quelques pistes sur le sujet[545].

B Une norme constitutionnelle primaire, mais fondatrice de normes plus anciennes

Le concept traitant des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France semble souffrir de carence. Le juge constitutionnel parait maintenir une vision nébuleuse autour des propriétés de ces règles, pour les invoquer lorsqu'il juge que la situation l'exige. La réponse pour définir clairement ces principes n'est donc pas à chercher du côté du Conseil constitutionnel, mais plutôt vers une autre juridiction. L'explication la plus concrète provient du Conseil d'État, lorsqu'il rendait l'arrêt *Arcelor*. Le juge se trouverait face à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle

[543] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, n°80, p. 750. Sur le sujet voir également, C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit,* t. 11, 1966, pp. 25-43, not. p. 29. Le mot « doctrinal » recouvre dans ce cas un sens assez large de façon à pouvoir inclure ce que Otto Pfersmann considère comme un concept théorique général ; v. « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in Louis Favoreu (et alii), Droit des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 2000, pp. 89-140.

[544] Décision n°2010-39, QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B*, rec., p. 264.

[545] V. pour exemple, M. Verpeaux, « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi « Droit d'auteur » », *La Semaine juridique, Edition générale*, n°16, 2007, pp.34-37.

français, lorsque ce dernier prévoirait une disposition qui serait sans équivalents au sein du droit communautaire[546].

Pour faire exception à l'article 88-1 de la constitution, le texte constitutionnel doit prévoir un élément propre et essentiel au système juridique français. Il serait donc nécessaire d'analyser la finalité d'une norme et non son contenu, pour savoir si elle possède une identité constitutionnelle spécifique à la France. Le juge constitutionnel n'a jamais masqué sa volonté de garder le contrôle sur la cohérence de la législation. Il semble vouloir se protéger de l'Union européenne et de ses prétentions, qui touchent à l'exercice des compétences du juge. Si elles se développent trop, elles finiront par porter atteinte à cette fameuse identité constitutionnelle française. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ne semblent pas prendre en considération l'identité constitutionnelle des États membres. La Cour ne se soucie donc pas d'un réel respect des valeurs qui y sont véhiculées[547].

Si l'on se fonde sur les théories propres au droit ainsi que sur son histoire, il paraît évident que le droit constitutionnel n'apparaisse que grâce à la Constitution. Un droit nouvellement formé ne peut être qu'un droit primaire. Il va pouvoir devenir plus performant et complexe avec le temps. S'il existe des interdits fondateurs appartenant à l'ordre primaire, il est aussi possible de trouver tout un corpus de règles qui viennent se greffer sur ce droit. Certains créent des institutions, d'autres des sanctions pour s'assurer du respect des règles primaires. Pourtant au sein de la norme suprême, les règles qui ont un objet régulateur et qui devrait être d'ordre primaire puisqu'elles posent des interdits fondateurs, passent au second plan. Afin que le pouvoir soit entravé dans l'exercice de ses prérogatives, il est d'abord essentiel qu'il soit lui-même créé pour être clairement établit[548]. Les règles constitutives interviennent pour prévoir les modalités de son fonctionnement. Ce n'est qu'ensuite que les moyens de le restreindre seront mis en place. Le droit constitutionnel se voit doté d'une nouvelle particularité. Le rapport entre les règles primaires et les règles secondaires, se trouve finalement inversé. Les règles constitutives sont les premières et les règles régulatrices viennent ensuite.

Le droit constitutionnel établit des connexions spécifiques avec un droit qui n'a parfois pas été initié par la norme suprême. Ces considérations amènent à réévaluer le

[546] C.E., ass., 8 février 2007, n°287110, *Société Arcelor Lorraine*, *op., cit*.

[547] J.-D. Mouton, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin : l'Union européenne : Union de droit, Unions des droits,* Pedone, Paris, 2010, p.145.

[548] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.,* p. 751.

droit supposément mis en place par la Constitution. Une nouvelle forme de fiction en lien avec la temporalité de la norme suprême, est alors établie. Il semble que le texte évolue au sein d'une chronologie, dont il a lui-même même prévu la mise en place.

Paragraphe 2 L'imaginaire constitutionnel porteur de contraintes sur la fiction admise

La fiction constitutionnelle se présente comme une capacité libératrice, pour le juge chargé des litiges qui concernent la norme suprême. Son emploi doit néanmoins rester conforme aux valeurs réalistes prônées le droit. Des limites sont donc imposées à un domaine, qui d'ordinaire n'est censé souffrir d'aucune contrainte matérialiste. Nous parlons ici de la mythologie constitutionnelle. Cette dernière s'inscrit dans un cadre précis. Son action est également contrôlée, pour ne pas obéir à des dictas fantaisistes. Les logiques juridiques et fictives s'assimilent les une aux autres, pour former un tout nouveau. Ce procédé n'est pas sans entraîner certaines contraintes et difficultés particulières, mais nécessaire pour l'organisation étatique (I). La mythologie constitutionnelle reste un élément nécessaire pour assurer l'autorité en place. Par la portée de son texte, la norme suprême est en mesure de créer des figures imaginaires auxquelles la collectivité va pouvoir s'identifier. Des repères vont également y figurer, pour établir clairement la nécessité de la société conçue (II).

I La question des limites imposables à la fiction constitutionnelle

Le juge constitutionnel apparaît comme une réelle autorité, grâce aux compétences que lui confère la norme suprême. Néanmoins, si le texte offre une légitimité aux institutions politiques en place lorsqu'il prévoit explicitement leurs compétences, il semble approprié de s'interroger sur ses propres limites. En effet des questions sur les restrictions à apporter au droit constitutionnel et ses capacités

demeurent. L'autorité et les moyens de contrôle de son action sont une problématique à analyser, pour comprendre les moyens de recours qui peuvent être créées à son encontre (A). La réponse pourrait venir des organisations internationales, mais elles représentent également une potentielle atteinte à la souveraineté nationale. Le juge constitutionnel semble avoir créé des barrières pour éviter d'être amputé de certaines de ses compétences (B).

A Un droit constitutionnel régulateur mais sans réelles prohibitions

Si l'on traite le caractère « primaire » de la Constitution, la fiction autour des principes qu'elle prévoit finit par être altérée. La question de leur applicabilité passe au second plan. Le rapport entre les règles primaires et secondaires que nous avons précédemment évoqué et qui découle de cette situation pour le moins singulière, semble indiquer que la Constitution ne peut être transgressée. Elle ne fait qu'établir le pouvoir en place. Contrairement à d'autres normes, il n'y a pas d'interdits fondateurs. Cette logique s'applique également aux « exigences constitutionnelles » que nous avons mentionnées. « Concept par hypothèse jurisprudentiel stricto sensu, il désigne certainement un ensemble de normes, ou plutôt un ensemble d'énoncés considérés par le juge comme formulant des normes constitutionnelles, mais la normativité n'est pas une propriété commune suffisante pour en proposer une définition intentionnelle, puisqu'elle n'est pas propre à celui-ci : si toutes les « exigences constitutionnelles » sont bien considérées comme des normes juridiques, la réciproque est fausse[549] ».

Les règles régulatives de la Constitution sont finalement l'élément essentiel de la norme suprême. Les autorités semblent avoir la capacité de s'en affranchir assez facilement, sans que cela ne vienne atténuer la portée de la norme suprême. Les règles régulatives sont aisément contournables en droit constitutionnel. Il ne s'agit pas d'une spécificité propre au droit français, mais d'une généralité que l'on peut étendre aux démocraties parlementaires occidentales. Il est donc possible de se détourner des règles relatives au respect des droits, de l'organisation du pouvoir ou de la portée de leurs

[549] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 751.

prérogatives[550]. Le respect des règles régulatives parait obsolète. Une simple révision peut permettre de rendre conforme l'application d'un droit, qui jusqu'ici allait à l'encontre de la règle constitutionnelle[551]. La puissance de la Constitution est remise en question. Elle révélerait les limites d'un texte qui doit plus à la qualité de ses auteurs, qu'à sa réelle valeur.

Lors de l'adoption de la norme suprême le 4 octobre 1958, la doctrine n'avait pas manqué d'exprimer ses nombreuses réserves. Elles furent néanmoins étouffées, par une approbation massive. Le « oui », l'avait emporté avec 82,6% des suffrages en sa faveur. Il est possible de s'interroger. Le texte avait-il obtenu l'approbation des citoyens, ou le Général De Gaulle lui-même ? Les constitutionnalistes qui pour leur part n'avait pas eu leur mot à dire sur la conception technocratique du texte, ne manquèrent pas de pointer les vieilleries et les incohérences de la norme. Les pronostics sur la longévité de cet écrit, n'étaient guère encourageants. Les multiples écarts relatifs à son application, étaient mis en accusation[552]. En ce qui concerne la compétence du juge constitutionnel, remise en doute aujourd'hui encore, il est nécessaire de rappeler que ses capacités ne peuvent qu'être le résultat d'une habilitation constitutionnelle[553]. Dans la même logique qui voit la loi votée n'exprimer que la volonté générale dans le respect de la Constitution, le juge ne peut que vérifier si la loi va dans le sens de la norme suprême. Le caractère contraignant de l'écrit fondateur semble ainsi supposer un caractère fictif.

Cette appréciation ne doit pas servir à dévaluer la Constitution. « Concevoir la fiction comme une technique signifie la concevoir comme un outil pour le Droit, de la même manière qu'elle est un outil pour la Physique ou la Chimique. Mais le problème est que la norme fondamentale ne peut se présenter d'autre façon que par la fiction. Cela nous contraint à poser cette « norme » en dehors du système normatif[554] ». L'utilité de la Constitution peut être remise en question par le simple contrôle de constitutionnalité censé assurer sa primauté. Les exigences liées à la hiérarchie des normes, s'imposent à ceux qui les édictent[555]. Ceci rejoint la vision de Bentham. Il voyait un pouvoir du

[550] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, pp. 7-8.
[551] V. pour exemple, la proposition n°2 lancé par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, d'octobre 2007, à propos de la révision de l'article 20 de la Constitution, qui prévoit le rôle du Gouvernement.
[552] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.*, p.6.
[553] B. Genevois, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », RFDA, n°4, 2000, p. 715.
[554] J .-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., pp. 136-137.
[555] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale, *op., cit*, pp. 11-12.

gouvernant, devenir également l'obligé des gouvernés. « La norme fondamentale, et elle seule, possède des contradictions dans sa définition même, parce qu'elle ne consiste pas en le sens d'un acte de volonté réel. Cette caractéristique nous permet de traiter la norme avec des prédicats destinés aux propositions[556] ».

La relation entretenue par les dirigeants et les dirigés au sein d'un système démocratique, pousse les premiers à tenter de se faire aimer des derniers. Ils maintiennent de cette manière, leur contrôle et leur pouvoir. La norme suprême s'apparenterait à une véritable profession de foi, destinée à gagner l'approbation des citoyens.

B Un droit constitutionnel adaptable aux contraintes extérieures à l'ordre national

Le juge constitutionnelle semble se défier à l'idée de voir son travail sur le respect des valeurs démocratiques, contrôlé par les institutions communautaires[557]. Ces à priori nous permettent d'analyser les logiques qui s'imposent au pouvoir constituant, lorsqu'apparaît la nécessité pour la norme d'évoluer. Dans une décision du 2 septembre 1992, faisant suite à la ratification du traité sur l'Union européenne, le juge constitutionnel exprime clairement au travers de ses considérants, ses intentions en ce qui concerne son statut vis-à-vis des juridictions communautaires. Il se positionne sur la question que nous avons entrevu précédemment, la nécessité de réviser la Constitution pour qu'elle puisse accepter un traité au sein du système hiérarchique des normes françaises. D'après ce que prévoit la Constitution, le pouvoir constituant est souverain. Il lui est permis d'abroger, de modifier et de compléter des dispositions à valeur constitutionnelle, de la manière qu'il juge appropriée[558]. De cette façon si la Constitution se plie aux exigences d'un traité, c'est uniquement car le juge constitutionnel accepte volontiers ces nouvelles dispositions. Les desseins du juge

[556] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 137.
[557] J.-D. Mouton, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle,* éd. Pédone, Paris, 2004, p.466.
[558] Décision n°92-312, DC., 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*.

constitutionnel sont de mettre en avant des protections spécifiques, nécessaires aux structures politiques et constitutionnelles qu'il estime particulièrement importants[559].

Il n'est nullement question de soumission. Pour éviter d'avoir à s'adapter aux exigences d'un traité déjà ratifié par l'État français, MM. Mazeaud et Pandraud avaient soumis la proposition de révision constitutionnelle 194 du 18 mai 1993. L'objectif était de mettre en place un contrôle de constitutionnalité *a posteriori,* au sujet du droit communautaire dérivé. L'idée ne fut jamais acceptée. Elle supposait pour la France des sanctions pour manquement au droit communautaire, si le Conseil constitutionnel décidait de censurer le texte européen. Une autre tentative fut faite à la place, pour créer un article 88-5 dont la forme aurait été assez semblable à l'article 54 de la Constitution. Cette fois-ci il aurait prévu la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité préventif, pour ce qui touche aux projets et propositions d'aces des Communautés européennes. Si ces derniers s'avéraient être non conformes à la Constitution, il n'aurait été possible de les ratifier à l'échelle communautaire, qu'après révision de la norme suprême. Si cette dernière ne pouvait être modifiée et si des négociations avec l'acte en porte à faux ne pouvaient aboutir, la solution du compromis aurait pu être avancée[560]. Bien évidemment la proposition ne fut jamais retenue, mais elle témoigne de cette volonté du législateur français de conserver son pouvoir intact. Nous constatons ici une tentative claire d'empiéter sur le domaine réservé au droit communautaire pour s'assurer d'une forme de contrôle.

Pour ce qui touche au jugement d'une norme constitutionnelle française par le juge communautaire, le juge territorial a également trouvé une parade. Dans le cas où la norme constitutionnelle territoriale aurait une équivalence à l'échelle communautaire, elle pourra tout de même être protégée par le juge national. N'oublions pas que ce dernier a le statut de juge communautaire. Dans une autre situation la norme constitutionnelle se trouve sans équivalent communautaire. En ce cas, c'est au juge national de garantir la protection de la norme au nom de sa qualité de juge interne. Par ces observations, il apparaît évident que les normes constitutionnelles se sont vu octroyer des garanties, pour leur éviter d'être soumises au droit européen. Le texte à valeur constitutionnel peut être considéré comme supérieur au droit européen et ses dérives. La supériorité absolue de la Constitution est maintenue. Par ce stratagème, il

[559]S. Martin, « L'identité de l'Etat dans l'Union européenne : entre identité nationale et identité constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n°91, 2012, p.15.
[560] L. Burgorgue-Larsen, « Les résistances des Etats de droit », *op., cit.*, p. 432.

faut reconnaître que l'article 88-1 de la Constitution ne présente plus le moindre intérêt dans ses dispositions[561]. Cette pratique visant à défendre une identité constitutionnelle propre à l'État français, si elle ne peut être juridiquement fondée, peut au moins se présenter comme l'authentification tendant à prouver l'existence d'une forme de supra-constitutionnalité par des valeurs inhérentes à la Constitution, du fait de leur portée symbolique.

II Un imaginaire du système juridique fondé par des schèmes de pensée

La norme suprême de par les valeurs qu'elle véhicule, les mots qu'elle porte et par sa portée symbolique, génère un sentiment d'appartenance. Les citoyens ne sont plus présentés sous un angle individualiste. Ils tendent à être perçus comme une communauté, fédérée par des symboles et une volonté collective. L'État permet à ce groupe de personnes de se voir conférer un ordre juridique, mis en place par la Constitution. La mythologie associée à cette dernière, propose une image idéalisée de ses citoyens pour renforcer l'adhésion à l'autorité (A). Le rôle du juge constitutionnel est également transcendé par ce récit. Il offre aux citoyens de nouveaux codes, qui autorisent la mise en place d'un nouvel imaginaire autour du Conseil constitutionnel (B).

A L'identité constitutionnelle fondatrice de l'image créée autour de la nation

Invoquer la notion d'une identité constitutionnelle, renvoie à l'idée que la Constitution protégerait des règles et des principes supérieurs aux normes constitutionnelles habituelles. La norme suprême ne suffit pas pour créer une identité collective. La nation repose sur un certain nombre de pré-conditions

[561] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *op., cit,* p. 455-456.

constitutionnelles[562]. Les règles qui sont considérées comme des principes inhérents à l'identité constitutionnelle française correspondent à des normes, relevant du pacte fondateur de l'idéal républicain. La norme fonde son adhésion sur l'ensemble du système constitutionnel national[563]. Il s'agit d'une norme sur laquelle repose le droit constitutionnel français. Elle prend en compte des considérations importantes, propres à la lettre de l'État français[564]. L'invocation de l'identité constitutionnelle, répond à des situations bien spécifiques auxquelles le pays est confronté. Ce sont les normes constitutionnelles non régulatives qui semblent les plus essentielles au droit français. Si la Constitution se trouve non appliquée dans certaines circonstances, cela peut être dû à certains principes qui ne possèdent pas de véritables effectivités. C'est le cas par exemple de la protection de la santé.

En revanche en ce qui concerne le respect de règles ayant pour objet la répartition des pouvoirs ou prévoyant les relations entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif, leur pratique régulière empêche ces normes de tomber en désuétude et d'être écartées. La littérature constitutionnelle semble également donner progressivement de plus en plus d'importance au respect des règles régulatives. Dans le même temps, l'aspect narratif et imaginaire de la Constitution s'étiole. La norme est de plus en plus banalisée, au point de devenir « comme les autres ». Le fait que les mécanismes constitutionnels chargés de garantir la supériorité de la norme soient de plus en plus développés, n'est pas étranger à une pareille situation. La norme suprême a vu son pragmatisme renforcé, permettant d'assurer la pérennité que ses détracteurs pensaient impossible. Par cet aspect juridique de plus en plus écrasant, ils en viennent à réduire la partie fictive narrative, sur laquelle ils sont pourtant censés se fonder. L'application insolite si éloignée de la lettre constitutionnelle, était d'ailleurs un des motifs de reproche récurrent avant 1971[565]. Le juge semble cautionner cette attitude. Il va tolérer les écarts vis-à-vis du texte constitutionnel. Le juge se fonde sur une interprétation à partir de considérations

[562] M.-A. Ponthoreau, « Constitution européenne et identité constitutionnelle nationale », *VIIème Congrès annuelle de l'AIDC*, Athènes 11-15 juin 2007.
[563] B. Mathieu, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, p.142.
[564] En ce sens, V. D. Rousseau « la constitution n'étouffe ni les progrès de l'action des hommes ni les impulsions politiques ni toute activité critique. L'image que le miroir constitutionnel renvoie est davantage investie de désir ou de promesses que d'objectivité : l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté individuelle, la présomption d'innocence, la fraternité sont, parmi d'autres, les traits souhaités, voulus, espérés, rêvés de la figure de l'être de droit que l'exclusion, les inégalités, les injustices, l'arbitraire, la domination démentent quotidiennement ». D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 27.
[565] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.*, p.6.

techniques, dont on ne peut réellement être sûr si elles possèdent un véritable lien par rapport à la fiction en cause[566]. Le principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France laisse entendre que le législateur a sa propre interprétation de la loi française, ainsi qu'une manière unique de l'appliquer.

Lorsque Pierre Mazeaud était président du Conseil constitutionnel, il définissait cette notion d'inhérence par les adjectifs de « crucial et distinctif[567] », le tout formant ce qui est « essentiel à la République[568] ». L'ensemble se rattache à un ensemble de valeurs juridicisées, qui autoriseraient une certaine forme de contrainte naturelle à l'égard de la Constitution. Ces principes spécifiques mettent en avant des notions tout aussi bien éthiques ou idéologiques, dont le législateur s'assure qu'elles ne peuvent être modifiées. La libre détermination des principes inhérent à l'identité constitutionnelle française tant redoutée car les pouvoirs qui en découlent sont trop importants, se verrait limitée. Dans cette optique, les pouvoirs supra-constitutionnels seraient ceux qui se définiraient comme extérieurs à la Constitution. Cette définition reposerait cependant sur la seule interprétation du juge[569].

B La Constitution source d'un nouvel imaginaire des citoyens

Sur des considérations liées à l'identité constitutionnelle, seul le juge vertueux dans son approche serait en mesure de contrôler les pouvoirs de la supra-constitutionnalité. Il n'y aurait pourtant pas de supériorité du juge constitutionnel sur ses normes. Lui-même tirerait ses capacités du pouvoir constituant[570]. Le sommet de la hiérarchie des normes semble former une boucle. Aucun des organes ne possède la pleine maîtrise du jeu des pouvoirs constitutionnels. L'ordre dans lequel s'inscrit les différentes dispositions juridiques peut laisser penser qu'il ne s'agit là que d'un résumé

[566] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, p. 8.
[567] P. Mazeaud, « Echanges de vœux à l'Elysée », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, [en ligne], Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51930.pdf, (consulté le 10 août 2020), p.14.
[568] *Ibid*.,
[569] M. Troper, « La notion de principes supra-constitutionnels », *op.,cit*, p.344.
[570] O. Jouanjan, « La forme républicaine du Gouvernement normes supraconstitutionnelle ? », in B. Mathieu & M. Verpeaux (dir.), *La République en droit français*, Economica, Droit public positif, Paris, 1996, pp. 276-277.

de la symbolique de la Constitution, lui ôtant ainsi toute dimension politique[571]. Un auteur comme Georges Vedel estime qu'il est tout à fait possible de qualifier de supra constitutionnelles des normes ayant un caractère avant tout éthique, ou même des principes fondés sur l'idéologie politique.

Il est d'abord question de savoir, si ces normes issues du jeu de la politique se voient octroyer le statut de règle de droit. Dans ces conditions, l'autorité qui possède le pouvoir constituant ne peut se permettre d'abroger ou de modifier une norme supraconstitutionnelle. Cela reviendrait à aller à l'encontre des intérêts politiques, mis en place par les élus du peuple. Au-delà de ces actions d'ordre législatif initiées par les représentants, se trouve le citoyen supposé motiver ces actions. Ce dernier est dans l'incapacité d'exprimer son mécontentement. Les représentants du peuple, sont présentés comme une extension de la volonté des électeurs. Ils agissent en son nom et pas contre lui. Les électeurs et leurs représentants ne forment qu'un seul corps. Ils ne peuvent donc être opposés. La volonté exprimée par les représentants est censée être celle de ceux qui les ont élus. En revanche, le contrôle de constitutionnalité présente la volonté du représentant qui porte la parole des citoyens. La parole de l'élu ne peut fusionner avec celle des électeurs[572].

Le juge constitutionnel en effet rend ses décisions « au vu de la Constitution ». Ce mécanisme équivaut pour le juge constitutionnel à revêtir un masque, derrière lequel il incarne l'idéal social. « C'est l'image à laquelle l'individu doit sacrifier ses revendications personnelles pour remplir sa fonction dans la société[573] ». Le juge s'assujetti au collectif par ce processus. Il occulte tout élément de personnalisation. Son identité s'inscrit dans les modèles de sa fonction, développée au sein du système juridique. « La fonction du juriste n'est autre qu'une certaine place dans l'ordre du collectif, c'est-à-dire un pur produit des représentations collectives. Les fonctions remplies par le juriste impliquent un idéal, un modèle, véhiculé par les représentations sociales, qui se trouve intégré par le psychisme individuel comme idéal du moi[574] ». En ce qui concerne les missions juridiques, ces dernières supposent qu'il soit possible de s'identifier à des images collectives.

[571] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.*, p.6.
[572] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [en ligne], http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html, (consulté le 2 novembre 2021).
[573] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, p. 141.
[574] *Ibid*., p. 141.

Cela s'apparente par exemple à l'idée en politique d'un bienfaiteur universel. En ce qui le concerne, le juge constitutionnel devient l'incarnation d'une fantasmatique collective. Le sujet tend « vers une "auto-réalisation" – et il atteint cela à travers un copiage de modèles d'individualité qu'il trouve dans la vie et avant tout dans la littérature[575] ». Pour ce qui touche à la place de la norme suprême dans les représentations individuelles, elle est fortement mise en avant par sa nature qui l'empêche d'être dissimulée. Il serait alors possible de la considérer comme le moteur des comportements humains, mais cela serait faux. Ainsi, « la restitution interrogative de la part constitutionnelle d'un comportement est seulement liée à sa spécificité sociale : écrite, publique, sa condition est d'être « constamment présente à tous les membres du corps social» — déclaration de 1789 — et par conséquent, d'être; le cas échéant, constamment dévoilée, mise devant les yeux des membres du corps social afin de comprendre et juger leurs actions. En d'autres termes, la non-dissimulation est la condition de l'utilité sociale d'une constitution[576] ».

La Constitution par les enjeux et les valeurs qui gravitent autour d'elle, permet au juge constitutionnel de dépasser son statut de simple mortel. Il évolue en figure plus abstraite, au sein de l'imaginaire collectif. Les exigences constitutionnelles représenteraient une nouvelle signification. Elles ne seraient plus des exigences découlant de la norme suprême, mais du juge lui-même. Ce dernier imposerait un nouveau point de vu tout en restant dissimulé par la norme suprême, un objet inanimé dépourvu de volonté. La Constitution ne saurait être contestée. Les détracteurs des exigences constitutionnelles seraient dans l'incapacité de manifester leur opposition. Ils seraient réduits au silence, du fait de l'impossibilité d'ouvrir un dialogue face à un autre acteur.

[575] N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft, op. cit.*, p. 871.
[576] D. Rousseau, « Questions de Constitution », *op. cit.*, pp. 26-27.

Section 2 Les questions d'identité développées par le récit juridique de la Constitution

Tout comme les mythes de l'antiquité, le mythe constitutionnel est concurrencé par la fiction d'autres organismes. Cette dernière peut être mise en parallèle avec la norme suprême, ou bien mettre en difficulté ses dispositions. Le droit international présente ainsi des contraintes qui remettent en perspectives les capacités du juge constitutionnel. Les problématiques qui y sont liées restent néanmoins extérieures au territoire national. La hiérarchie interne n'est pas épargnée. Certaines difficultés viennent exacerber des tensions entre les différentes institutions du pays. Il est régulièrement reproché au juge constitutionnel d'empiéter sur le domaine réservé au législateur, au nom de la Constitution. Cette situation contribue également à déterminer si les intentions du juge constitutionnel ne sont pas masquées derrière la Constitution. Il en vient même à donner des caractéristiques humaines au texte fondateur, lorsqu'il évoque des « exigences » constitutionnelles. Le juge constitutionnel personnifierait la norme. Il ne serait en réalité qu'un simple mandataire, agissant pour son compte (Paragraphe 1). La mythologie développée autour de la Constitution est extrêmement réfléchie sur les notions d'identités. Son récit va construire l'image du citoyen, pour lui permettre d'intégrer un socle commun à celui de ses semblables qui font parti de l'État. La notion d'identité collective va être fondée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Les exigences constitutionnelles, une fiction de personnalisation de la Constitution au profit du juge

La norme suprême décrit l'ensemble des institutions étatiques. Les limites du pouvoir qui appartiennent au juge constitutionnel, paraissent difficiles à représenter. Il devient peu évident de comprendre à quel moment le droit constitutionnel délègue ses compétences à une institution, qui a la pleine maîtrise du pouvoir que la Constitution lui a alloué. Le juge constitutionnel dont les capacités paraissent déjà trop importantes, doit veiller à ne pas empiéter sur les compétences attribuées spécifiquement à un organe juridique. La redondance des tâches au sein du système juridique, contribue au risque de

contradiction et à l'ineffectivité de l'ordre. La justification des prérogatives que le Conseil constitutionnel peut avoir sur les droits fondamentaux, s'avère insuffisante pour justifier à elle seule de voir certains organes juridiques être dépossédé de leurs fonctions (I). Le juge constitutionnel veille à éviter de mettre en avant une volonté, présentée comme la sienne. Il préfère se référer à la norme suprême, au point de risquer de la personnaliser et lui conférer des intentions humaines. Les exigences constitutionnelles apparaissent ainsi comme une spécificité. Elles éloigneraient la Constitution des considérations propres à un simple texte (II).

I Un pouvoir sur les droits fondamentaux soumis aux vicissitudes du juridique

De par ses compétences extrêmement développées, le Conseil constitutionnel va régulièrement intervenir sur le domaine du législateur, notamment lors du contrôle de constitutionnalité d'une loi. Cette mise en concurrence parait malaisante pour le juge constitutionnel, fréquemment accusé de faire obstacle à la volonté citoyenne. La fiction constitutionnelle lui permettra de se dédouaner. Elle va également autoriser ses attributions, à se détacher de celles du législateur (A). Par l'explication des liens qui unissent le Conseil constitutionnel au pouvoir législatif notamment, il est possible de mieux comprendre l'effectivité de la hiérarchie des normes, au sein de l'organisation juridique qui est la nôtre. Le juge constitutionnel permet de matérialiser de façon concrète son autorité (B).

A Des compétences disputées par le juge constitutionnel au législateur

Les exigences constitutionnelles iraient dans le sens de l'« utilité » sociale suggérée par une Constitution, exposée aux yeux de tous. Dans ce sens, il devient justifié que ces exigences s'éloignent de ce que le législateur serait tenté d'imposer, au détriment de la volonté des électeurs. La décision du juge constitutionnelle l'emporte sur les aspirations des créateurs du texte de loi. Les exigences constitutionnelles sont amenées à permettre la construction d'une identité propre aux logiques

constitutionnelles françaises, grâce aux images collectives qui s'en dégagent pour la communauté. Une certaine forme de narcissisme peut également être décelée, lorsque l'on invoque le patriotisme ou la fierté nationale. Ces éléments sont présents au travers des mots employés par la norme suprême, notamment dans son préambule, ou par le choix des textes réunis au sein du bloc de constitutionnalité. « C'est là l'identification à une image collective, qui assimile l'appartenance à une communauté à un ensemble de qualités réelles ou fantasmées, comme l'idée que les Français sont « cartésiens », selon des jugements qui, souvent, vont de pair avec une absolue inexpérience des cultures étrangères[577] ».

Il semble qu'une forme de mise en concurrence entre le travail du juge constitutionnel et le législateur soit établie, du fait de leurs compétences similaires sur certains points[578]. D'après ces considérations, le juge constitutionnel opposerait aux gouvernés et notamment à la représentation législative, la volonté initiale des gouvernants. Cette dernière serait matérialisée par la norme constitutionnelle et interprétée par le juge constitutionnel[579]. Le Conseil constitutionnel a tenté rapidement de se dédouaner d'accusations visant une éventuelle volonté d'empiéter sur le domaine de la loi. Nous pouvons citer la formule selon laquelle ; « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen[580] ». Bien que les institutions et la législation offrent à ces deux fonctions un socle commun, le discours prôné par le législateur n'est pas idoine à celui du juge constitutionnel. « Le Conseil constitutionnel exprime la volonté générale sur un mode juridictionnel. Sa contribution au régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale ne ressemble pas à celle d'une instance politique. Sa fonction de contrôleur des lois votées ne l'habilite pas à décider de l'opportunité des orientations politico-sociales contenues

[577] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, pp. 141-142.
[578] Sur ce point, il semble que l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois ait modifié la donne. Le monopole législatif d'expression de la volonté générale n'est plus. Dominique Rousseau présente ce phénomène comme l'apparition d'un « régime d'énonciation concurrentielle de la volonté normative ou de la parole constituante ». D. Rousseau, « L'émergence d'un concept ? », in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 332.
[579] D. Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle, Paris, Economica, coll., Etudes juridiques, 1999, p. 363.
[580] Décision n° 74-54, DC., 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 1.

dans les textes législatifs. Dire que le juge constitutionnel exprime la volonté générale ne signifie donc pas que cette instance se substitue au législateur[581] ».

Le juge constitutionnel partage avec ses collègues une fiction et des images qui leurs sont propres, tout comme le fait le législateur avec ses homologues. Forcément une certaine rivalité, ou envie pour l'une des professions de prendre le pas sur l'autre, se dégage[582]. Pourtant les deux corps prétendent agir dans le même objectif[583]. Le juge constitutionnel pour se justifier tente alors de présenter au législateur un miroir, qui refléterait la volonté générale originaire. Ce sentiment ne repose plus dans l'identification de la volonté du Conseil constitutionnel à celle du souverain. Il s'agit désormais d'imposer le respect de la Constitution, grâce à la loi. Afin d'éviter un pouvoir judiciaire fracturé entre différente factions, la conciliation et la complémentarité semblent être des solutions judicieuses. Une vision du droit unifié permet d'assurer la cohésion et l'applicabilité de la législation.

B Une hiérarchie des normes assujettie aux relations entre les organes juridiques

Le développement du contrôle de constitutionnalité permet d'évoquer une démocratie spéculaire. La réorganisation des pratiques démocratiques passe par le travail du juge constitutionnel. Ce dernier va montrer au législateur et aux citoyens, un nouvel horizon démocratique. Il est fondé sur le respect des principes constitutionnels, consacrés par le constituant[584]. Il reste difficile pour le juge constitutionnel de concurrencer le travail du législateur. Il ne se prononcerait pas sur le fond de la loi, et se

[581] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll., Les grandes thèses du droit français, 2001, p. 131.

[582] Sur le sujet voir Friedrich Nietzsche, « Les hommes supportent rarement une profession dont ils ne croient ou ne se persuadent qu'elle est plus importante au fond que toutes les autres. », F. Nietzsche, *Humain, trop Humain. Un livre pour les esprits libres*, tome 1, Paris, Gallimard, NRF, coll. « Idées », 1968, p. 349.

[583] Sur le sujet, Michel Troper n'hésite d'ailleurs pas à qualifier le juge constitutionnel de « colégislateur », M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », Revue *française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, pp. 31-48. La participation du juge constitutionnel à la fonction législative ferait de lui, par le biais d'une lecture historique du concept de représentation, un représentant. Sur ce sujet, v. P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, op. cit.,* p. 179. F. Furet, « Concepts juridiques et conjecture révolutionnaire », *Annales ESC*, n° 6, 1992, pp. 1185-1194.

[584] E. Desmons, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, n° 32, 2001, p. 21. Sur le même sujet voir également, S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur les hésitations du constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 163.

bornerait à « indiquer qu'une certaine mesure ne [peut] être adoptée en forme législative mais en forme constitutionnelle[585] ». Suite à ces observations, il devient facile « de constater, dès lors, que même pour les « exigences constitutionnelles » qui s'attachent à des droits fondamentaux, le concept jurisprudentiel ne présente aucun intérêt taxinomique, puisque toutes les catégories de droits fondamentaux construites par la doctrine (que ce soient des droits-libertés, des droits sociaux ou même le principe d'égalité) sont susceptibles de recevoir cette qualification[586] ». Dans le même ordre d'idée, il devient possible de trouver des exigences constitutionnelles qui désormais ne s'attachent plus à des droits, mais seulement à des principes qui permettraient de justifier leur limitation. Le législateur se voit donc octroyer certaines permissions qui lui permettraient de limiter les droits fondamentaux, propres à certains individus.

Ces exigences sont rattachées aux objectifs de valeur constitutionnelle. Ils permettent de spécifier l'intérêt général[587]. Parmi plusieurs exemples nous pouvons trouver dans cette catégorie, la sauvegarde de l'ordre public[588], la recherche des auteurs d'infractions[589], ou encore la lutte contre la fraude fiscale[590]. La hiérarchie des normes prend tout son sens au travers des relations qu'entretiennent les différentes institutions juridiques. Le juge constitutionnel empêche le représentant de l'ordre législatif de se présenter comme le représentant des citoyens. Ces derniers permettent pourtant son élection. Le législateur n'est pas un souverain, seulement un délégué. Il est possible de trouver des exigences constitutionnelles rattachées à des structures juridiques précises. Nous pouvons par exemple penser à un ensemble de normes, qui correspondraient à ce que la doctrine allemande désigne comme des garanties institutionnelles[591]. Le juge constitutionnel vient rappeler au législateur la nécessité qui lui incombe d'être respectueux du véritable pouvoir souverain, la Constitution. Par sa présence, le juge constitutionnel souligne la condition du législateur. La fiction constitutionnelle sert ceux au service de la norme suprême. Elle redevient un simple artifice, lorsque d'autres

[585] M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, *Conseil constitutionnel. fr* [en ligne], Url : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/histoire-constitutionnelle-et-theorie-constitutionnelle, (consulté le 1er septembre 2020), p. 5.

[586] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 754.

[587] *Ibid.*,

[588] Décision n° 93-325, DC., 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 87 ;

[589] Décision n° 2003-467, DC., 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons., 13-14.

[590] Décision n° 2001-457, DC., 27 septembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001, cons., 6.

[591] Sur le sujet, v. notamment D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, Paris, 1998, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 348 pages.

organismes juridiques souhaitent utiliser des mécanismes semblables qui déserviraient la juridiction constitutionnelle.

Le législateur est accusé d'être une figure créée pour occulter le peuple derrière le concept de représentation. Le droit est avant tout un système de gestion du collectif, plus particulièrement de l'image de ce dernier. Cette situation justifie la limitation du pouvoir législatif, qui peut en certaines occasions se retrouver censuré, au nom d'impératifs dictés par les exigences constitutionnelles. Le contenu peine cependant à être clairement déterminé[592]. Le citoyen et la représentation ne peuvent réellement exister pleinement ensemble dans le système politique que nous connaissons. Il convient pourtant de considérer la justice et le pouvoir législatif comme des institutions. En tant que tel le législateur doit les respecter, même s'il est difficile d'en identifier les prescriptions sous-jacentes[593]. Ces obligations peuvent tout aussi bien être perçues comme des « effets institutionnels », tels que les présente Otto Pfersmann[594]. Ils s'attachent à des droits fondamentaux.

II Les exigences constitutionnelles, une fiction pour personnaliser la Constitution

La Constitution est avant tout une norme juridique qui sert comme nous l'avons expliqué, à légitimer les institutions en place ainsi que leurs compétences respectives. Nous l'avons également vu, le juge constitutionnel ne cherche pas à se mettre clairement en avant dans les décisions qu'il rend. Ce procédé a pour but d'éviter de voir des soupçons d'intentions arbitraires peser sur lui. Cette crainte a généré une notion assez paradoxale. Elle en viendrait à personnifier la Constitution même, en lui donnant des intentions précises. Les exigences constitutionnelles font figure de singularité au sein de la mythologie constitutionnelle, puisqu'elles en viennent à exclure définitivement l'humain, du processus juridique (A). Le droit est pourtant présumé être fondé sur la volonté générale. La solution des exigences constitutionnelles semblent appuyer l'encadrement du législateur (B).

[592] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 758.
[593] Sur cette question, voir notamment P. De Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006, coll.Thèmes & Commentaires, 680 pages.
[594] O. Pfersmann, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », *op. cit*.,

A Des exigences constitutionnelles à l'encontre de la fiction prônée par la norme suprême

La représentation en tant que fiction véhiculée par le juge constitutionnel, présentée comme principe essentiel de la norme suprême, permet de légitimer la disparition des citoyens assimilés au corps de leurs représentants. Pour pallier ce phénomène, le juge constitutionnel réaffirme la place des citoyens figurés comme indépendants. La représentation finit par être victime de sa propre logique. Elle arrive à être une forme de figuration. « Il montre que la représentation est une scène où deux acteurs jouent des rôles différents, les élus celui de délégués du souverain et le peuple celui de souverain[595] ». Bernard Lacroix présente également la contradiction liée à une Constitution qui met en valeur le citoyen par les droits et les libertés dont il jouit, malgré des « représentants toujours figurés comme dépendants et subordonnés[596] ». La norme suprême se borne à consacrer « «l'essentiel de ses dispositions à régler les problèmes spécifiques qui se posent entre catégories spécifiques de représentants[597] ». Pour autant, le texte constitutionnel ne ressort pas non plus comme intouchable. Le terme d' « exigence constitutionnel » apparaît par exemple comme mensonger. Il ne s'agit pas réellement d'impératifs dictés par la norme suprême. L'expression n'englobe pas seulement les normes de commandement. Il n'est pas uniquement question, d'interdictions ou d'obligations[598]. Cependant « certaines « exigences » peuvent apparaître comme de telles normes s'adressant au législateur. C'est évidemment le cas pour les droits et libertés fondamentaux que la loi ordinaire ne doit pas méconnaître (normes d'interdiction)[599] ».

Ces exigences seules, ne permettent pas d'apprécier le comportement qui s'impose au législateur. Il ne s'agit pas non plus d'injonctions. Certaines de ces « exigences » s'apparenteraient plus à des autorisations pour le législateur, lorsque ce

[595] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[596] B. Lacroix, « Le politiste et l'analyse des institutions. Comment parler de la présidence de la République », in B. Lacroix, J. Lagroye (dir.), *Le Président de la République Usages et genèses d'une institution*, Paris, Presses de la fondation nationale de science politique, 1992, p.58.
[597] *Ibid*., p. 58.
[598] H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Puf, coll., Léviathan, 1996, p. 125.
[599] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 760.

dernier est légitime pour limiter des droits fondamentaux spécifiques, en période de crise sanitaire, ou durant l'état d'urgence par exemple. En ces occasions, d'autres finalités sont recherchées. Des exigences s'imposeraient au législateur, afin de le forcer à agir dans certaines situations. Le juge constitutionnel lui laisse cependant une marge de manœuvre, afin de le laisser opérer comme il l'entend[600]. Cette situation permet d'apprécier l'étendue du pouvoir constitutionnel. « D'abord, parce que la logique de la concurrence entre les acteurs conduit chacun à dévoiler la part constitutionnelle dans l'action de l'autre soit pour montrer qu'elle est absente ou mal évaluée et dénoncer en conséquence l'arbitraire, soit pour montrer qu'elle est présente et affirmer en conséquence la rationalité de la décision. Ensuite, parce qu'une institution-tiers, le Conseil constitutionnel, oblige les acteurs à parler de cette part constitutionnelle, à réfléchir, à faire retour sur la «dimension» constitutionnelle de leur comportement[601] ». La technique des garanties légales des exigences constitutionnelles, vient tempérer cette liberté du législateur[602]. Ces exigences sont à relativiser. Il n'existe aucun moyen de condamner leur violation. Le concept même d' « exigences constitutionnelles » n'est pas défendu par un mécanisme qui punirait le manquement à l'une d'entre elle. Un droit qui n'est pas assorti de sanctions s'il n'est pas respecté, court le risque de passer pour superficiel car non véritablement effectif.

La fiction constitutionnelle s'affranchit de contraintes imposées par la réalité juridique, pour garantir au juge constitutionnelle une certaine forme d'autonomie sur le domaine de compétence qu'il s'est arrogé. La légitimité même des exigences constitutionnelles en arrivent à être remise en question au sein de l'ordre juridique.

B Un contrôle du législateur imposé par la solution des exigences constitutionnelles

[600] Le législateur est ainsi libre de fixer « avec loisir » les modalités de mise en œuvre propre à « ces exigences constitutionnelles ». V. pour exemple l'emploi de cette formule dans les décisions Décision n° 97-393, DC., 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 30 ; Décision n° 98-405, DC., 29 décembre 1998, *Loi de finance pour 1999*, cons. 12 ; Décision n° 2003-488, DC., 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. 16.

[601] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 26.

[602] Pour cette raison il est possible de débattre sur le caractère impératif de l'ensemble des exigences constitutionnelles. Sur ce sujet, v. A. Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007, n° 308, p. 177.

Les « exigences constitutionnelles » par leur formulation, renvoient à une forme de souhait qui découle de la norme constitutionnelle. « En effet, si l'on peut toujours imposer au législateur une obligation de s'abstenir (et le sanctionner, le cas échéant, de l'avoir violée par la procédure habituelle du contrôle de constitutionnalité des lois), il n'en va pas de même lorsque l'obligation concerne un comportement positif de celui-ci : en droit constitutionnel français, il est impossible d'imposer des obligations d'agir au législateur national ou au moins d'en exiger la réalisation pour de simples raisons de technique juridique[603] ». La carence législative ne peut pas non plus être condamnée. Aucune procédure ne permet de sanctionner cette dernière[604]. Le juge constitutionnel ne possède aucun pouvoir contraignant, qui lui permettrait de forcer le législateur à agir. Le terme « d'exigences constitutionnelles » s'apparenterait à une véritable fiction du langage ordinaire. Ces dernières n'ont qu'une portée contraignante limitée.

Il devient intriguant d'observer le cas d'une norme constitutionnelle, en contradiction avec une norme qui défie ces exigences constitutionnelles. La situation se complexifie. En effet, il n'existe pas de juge capable d'ôter son pouvoir contraignant à une norme constitutionnelle qui irait à l'encontre d'autres valeurs prévues par la Constitution. C'est le cas des normes supraconstitutionnelles que nous avons vu précédemment. Leur caractère juridique reste encore à officialiser clairement[605]. Si les exigences constitutionnelles sont une réalité ou une fiction supplémentaire, il apparaît nécessaire de les expliquer pour ne pas ajouter des contraintes inutiles à l'appareil juridique, déjà fortement encombré. Le but étant que toutes les obligations qui en découleraient, soient juridiquement fondées.

Il est intéressant de se pencher sur le cas des éventuelles modifications de la Constitution, que cela soit par le pouvoir constituant ou le peuple qui agit par référendum. Dans ces cas de figure, les exigences constitutionnelles n'apparaissent pas en mesure de se confronter au pouvoir constituant originaire. C'est ce dernier qui lui permet de se présenter comme une conception naturelle. Il peut donc ôter ce caractère impératif. Le pouvoir constituant originaire est capable de créer des limites à la Constitution et aux prérogatives de révision constitutionnelle. Elles se fondent sur des valeurs supérieures, censées se révéler d'elles-mêmes. Les exigences constitutionnelles permettent de conserver un certain nombre de règles, qui ne peuvent être modifiées en

[603] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 761.
[604] Rappelons que le juge constitutionnel ne peut être saisi que lorsqu'il est question d'un texte juridique
[605] G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op., cit*, p. 80.

aucune circonstance. Il s'agit de remparts créés par la Constitution, dans un souci d'autoconservation. Les conséquences de tels dispositifs sont la formation d'un hybride entre le droit naturel et le droit positif[606], le premier absorbant le second[607].

Des mécanismes à l'image de ceux que nous venons de décrire, tendent à prouver que les constitutionnalistes ont appris des erreurs survenues avec les Constitutions passées. Rappelons qu'avant 1958, l'utilité d'une norme suprême était fortement remise en question. Georges Burdeau lui-même n'hésitait pas à la considérer comme totalement désuète. La réforme juridique par les méthodes du parlementarisme rationalisé était vaine, si le souhait tendait à s'inspirer du modèle britannique. Ce dernier reposant sur un système de partis efficaces et puissant, ce n'était pas le droit constitutionnel qui devait guider l'État français, mais la science politique. L'idée de Burdeau était alors de se tourner vers un régime à l'américaine, où l'exécutif résulte du suffrage populaire[608]. Les logiques constitutionnelles de 1958 ont inquiété. Elles étaient jugées désuètes, bien avant leur mise en place. La pratique « spécifique », faite de la norme suprême à ses débuts, a cependant revalorisé le texte constitutionnel.

Paragraphe 2 La Constitution créatrice d'une fiction fondatrice de l'identité collective

Pour que la reconnaissance de la fiction constitutionnelle s'opère de façon significative, il est nécessaire qu'elle soit en mesure de fédérer suffisamment de croyants en capacité de la porter. Ces adeptes, à leur tour, pourront assurer le respect de la norme constitutionnelle et garantir le respect de son mythe. Comme nous l'avons écrit, le droit constitutionnel est pourvoyeur d'ordre et de rationalité. Il semble approprié que la norme suprême contribue à élaborer une représentation mentale de ce que doit être l'individu, sujet de droit. La fiction constitutionnelle va présenter ce que doit être le citoyen au sein de l'État. L'identité collective des citoyens va encourager les idées de groupe et de Nation. Ce processus permet une reconnaissance collective du

[606] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *op., cit,* p.463.
[607] P. Wachsmann, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n°2, octobre 1985, p.17.
[608] V. G. Burdeau, « Une survivance la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 53-62.

mythe constitutionnel (I). Face à ces pratiques, la révision constitutionnelle représente un frein à ces considérations, qui présenteraient la norme suprême comme un élément relevant du sacré. Il s'agit d'une opération conforme aux exigences du droit et ses prétentions réalistes. Elle ne doit pas être écartée. Ce processus illustre le dépassement du mythe archaïque, réalisé par la fiction constitutionnelle. Elle s'inscrit dans une logique rationaliste moderne (II).

I La figure de l'homme sujet de droit représentée par la fiction constitutionnelle

Le mythe constitutionnel se présente comme un récit figurant la place de l'Homme au sein de la société. Il lui fournit une explication pour ce qui touche à son rôle, ses droits et ses devoirs. Il va stimuler son imagination, dans le but de le faire adhérer à un schème de pensée précis. Ce n'est pas l'homme dans son individualité qui va être reconnue, c'est au contraire son appartenance à un socle commun qui le dépasse. La fiction constitutionnelle va établir des critères d'identifications, qui vont permettre aux citoyens de l'État de reconnaître leurs semblables. La norme suprême offre un panel de caractéristiques qui misent ensemble, vont construire une identité citoyenne (A). Il s'agit également d'une solution pour permettre aux différents membres de la société, d'accepter l'action du juge à leur égard (B).

A La Constitution créatrice des fondements généraux de l'identité citoyenne

La Constitution véhicule un aspect intemporel par l'imaginaire qu'elle transpose. Les vérités qu'elle prévoit ne sauraient être discutées. Elles seraient légitimes et considérées comme allant de soi. Pourtant la norme suprême que nous connaissons actuellement se présente comme le résultat de multiples compromis, passés entre le général De Gaulle et les dirigeants de partis. Il s'agissait d'une étape nécessaire pour assurer un soutien pratiquement unanime au projet, lors du référendum qui assurerait la reconnaissance de la nouvelle norme. Il est possible de traiter « non seulement de l'État

comme élément fondamental du lien social, mais également comme médiateur symbolique. À travers ce phénomène, le droit, comme production étatique, apparaît dans toute l'amplitude de sa fonction de véhicule des représentations collectives »[609]. La Constitution permet « de construire une image unifiée du «je» dans l'espace social : travailleur, consommateur, électeur, parent, propriétaire, libre-penseur ou croyant, toutes ces qualités se trouvent précipitées — au sens chimique du mot — dans l'image de l'être de droit que l'individu rencontre dans la constitution[610] ». L'identité des hommes peut se structurer autour de la Constitution.

L'aspect révolutionnaire qui émane de la suppression d'un régime pour le remplacer par un autre, empêche l'existence d'une quelconque opposition trop massive[611]. Bien évidemment de tels ententes ne peuvent être que circonstancielles. Certaines normes acceptées sur le moment, ne l'ont été que dans le but de revenir dessus plus tard, ou dans l'idée d'en faire une application spécifique. Derrière ces accords se cachaient des pensées contradictoires, pour lesquelles des règlements devraient mettre en place des solutions plus tard. L'opposition principale reposait sur la volonté de voir d'un côté un gouvernement parlementaire et de l'autre, un gouvernement propre au Président de la République. Le premier point de vu a abouti à rendre le gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale. Le second était celui défendu par le Général De Gaulle. Pour concrétiser sa volonté, plusieurs concessions furent faites. Le général De Gaulle ayant été l'artisan principal des dispositions de la cinquième République, le gouvernement devint progressivement celui du Président de la République, lui-même chef du pouvoir exécutif.

Les français acceptèrent majoritairement cette première application de la norme suprême. L'élection présidentielle au suffrage universel en 1962, demeure la conséquence d'une pratique consacrée par le Général De Gaulle. La lettre de la Constitution fut invoquée par les juristes et les opposants politiques, pour contrecarrer sans succès cette pratique. Les français percevaient la norme suprême par rapport au gouvernement présidentiel[612]. L'année de l'alternance politique droite gauche en 1981, avec l'élection de l'opposant principal au Général De Gaulle, François Mitterand, paracheva la consécration des pratiques liées à la Constitution. Elles étaient suivies

[609] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, p. 143.
[610] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 25.
[611] C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, [1928], Paris, PUF,coll. Quadrige, 2008, p.232.
[612] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.*, p. 8.

uniformément, selon les courants politiques. La définition de la Constitution offerte par le Général de Gaulle, expliquant qu'il s'agissait d' « un esprit, des institutions, une pratique[613] », devenait ainsi une réalité. L'esprit mentionné, se transformait alors en celui du gouvernement du Président. Les institutions étaient celles prévues par le texte constitutionnel. Enfin la pratique était l'application découlant du texte[614]. Le droit offre le socle d'une image collective propre à la nation, tout en donnant la légitimité nécessaire à un régime politique pour perdurer au sein de cette communauté.

Le juge constitutionnel permettrait de transmettre l'image d'un garant du bien commun et de l'intérêt général, là où le législateur demeure un représentant de la communauté dans son entièreté. Cet écart de volonté, entre la rédaction de la norme originale et la pratique qui en a été faite par la suite, explique en partie la place délicate occupée par le Conseil constitutionnel au sein des institutions. Il se présente comme une juridiction avide défendre l'intérêt général des citoyens. Cette situation le conduit pourtant à exercer une certaine forme de domination. Le mythe créé autour de la Constitution, donne l'impression que le législateur et le juge constitutionnel se partagent dorénavant la suprématie. Celle-ci ne correspond plus réellement avec l'idée de la souveraineté, à savoir l'imputation d'une volonté politique au peuple souverain. Seul le pouvoir constituant semble être en mesure de bénéficier de cela[615].

B L'action du juge à l'égard des citoyens, justifiée par la fiction constitutionnelle

L'œuvre du Conseil constitutionnel ne doit pas être entachée par des soupçons d'entraves à la démocratie, notamment lorsqu'il se rapproche du pouvoir législatif autrefois souverain[616]. Il va tenter de justifier le pouvoir d'interprétation donné[617]. Le juge doit détourner l'attention de ces détracteurs, pour éviter de faire face à une

[613] C. De Gaulle, *Conférence de Presse*, 31 janvier 1964.
[614] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.,* p. 8.
[615] G. Vedel, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *op. cit*., p. 151.
[616] « La constitution n'étouffe donc rien puisque c'est en son nom, au nom des promesses qu'elle exprime, que la critique de la positivité sociale peut être conduite ». D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 27.
[617] M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in P. Comanducci Paolo & Guastini Riccardo (dir.) Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica, Torino, Giappichelli, 2000, p.131.

situation culpabilisante[618]. Le pouvoir constitutionnel n'a de réelle valeur, que s'il est capable de justifier l'existence de la norme suprême et par conséquent, le système juridiques dans son entièreté. Il est nécessaire de garder à l'esprit que du point de vu du droit public « la notion de pouvoir constituant constitue d'abord une notion de légitimation, qui – au-delà de la seule explication de son élaboration – fonde la validité normative de la constitution[619] ». Le tiraillement entre un juge constitutionnel qui devrait se soumettre à une certaine forme d'autorité et un droit constitutionnel, qui se doit avant tout d'être indépendant pour parfaire une justice sans concession est ici de mise. « La Constitution ne condamne ni le juriste ni les hommes politiques au silence ou à l'inaction; elle les invite au contraire à faire preuve d'imagination pour que les traits de l'être de droit désiré qu'elle dessine ne restent pas en pointillés »[620].

Le droit constitutionnel va au-delà d'un simple droit politique, qui relèverait par exemple des attributions du Parlement. La fiction constitutionnelle sert à idéaliser l'homme de la société, pour lui permettre de concrétiser une certaine vision qui tendrait vers l'utopie. Comme le mythe de la cité idéale de Platon, l'homme serait envisagé selon sa destination morale. Ces idées ont cependant été contestées très tôt. Le droit comme nous l'avons écrit, doit tendre vers le réalisme. Pour cette raison, le juge constitutionnel « manifeste le soin de présenter sa mission comme étant d'une nature juridictionnelle[621] ». Le Conseil constitutionnel se rapproche ici des attributions prévues par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[622]. Conformément à cette disposition, le juge rappelle que la Constitution sert à organiser les pouvoirs politiques. Elle permet de garantir les droits des citoyens. Ce deuxième devoir échoit au Conseil constitutionnel seul[623]. La dimension de l'homme et de la société qui répondrait à ses besoins, dépendent des ambitions soutenues par le juge constitutionnel, au travers de la norme suprême.

La fiction constitutionnelle détermine ce qui est acceptable ou non, pour les membres de la société. Le contrôle des obligations d'abstention du législateur, en ce qui

[618] Sur le sujet v. C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, pp. 143-144.
[619] E.-W. Böckenforde, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2000, p. 207.
[620] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, pp. 27-28.
[621] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, op., cit*, p. 70.
[622] D.D.H.C., art., 16 : «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».
[623] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.

concerne les exigences constitutionnelles, demeure imparfait. Les citoyens sont dans l'incapacité d'avoir accès à un recours direct qui leur permettrait la contestation de la constitutionnalité d'une loi, allant à l'encontre des exigences constitutionnelles[624]. La Constitution est un appui, mais également un frein pour celui qui souhaiterait défier les fictions constitutionnelles présentées comme des exigences. En outre, la décision constitutionnelle du 2 décembre 1992, n'est pas passée inaperçue à l'époque. Elle a jeté le doute sur l'éventuelle volonté du Conseil constitutionnel, d'apprécier la régularité ou non des futures révisions constitutionnelles. Ces dernières tendent à se généraliser. Auparavant il s'agissait de situations exceptionnelles[625]. La ratification du traité de Maastricht a posé de nombreuses questions sur la capacité à maintenir la souveraineté nationale, face aux exigences du juge international. Les exigences formulées vis-à-vis du juge communautaire pour que ce dernier modifie la Constitution afin d'accepter de nouveaux textes internationaux, ont soulevé à la même époque des inquiétudes pour la pérennité du principe de souveraineté nationale[626].

La volonté et les intérêts des citoyens apparaîtraient comme altérés, chaque fois que surviendrait une révision constitutionnelle dictée par un autre élément que la volonté populaire. Le droit international est venu remettre en perspective le lien unissant la norme suprême à ses citoyens.

II Une réécriture du mythe fondateur par la révision constitutionnelle

La Constitution apparaît comme sacré, par le biais de la fiction qui la transcende en objet de mythe. La révision constitutionnelle est une opération qui tend à rappeler qu'elle n'est que le résultat du travail de l'homme. La norme suprême redevient l'objet du mythe politique moderne, lequel revêt une nature parfois désabusée mais empreinte des obligations réalistes portées par le droit. Le texte constitutionnel demeure un écrit. En tant que tel les altérations et les reformulations font partie intégrante de sa nature, au risque d'amoindrir la portée de ses dispositions (A). La révision constitutionnelle est

[624] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 761.
[625] L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionalité », Pouvoirs, n°67, novembre 1993, p. 72.
[626] V. L. Hamon, *in La Constitution et l'Europe, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, Paris, 1992, p.221.

bien entendue possible, néanmoins le recours à une telle technique doit rester exceptionnelle. Si elle devait trop se généraliser la Constitution deviendrait un récit banalisé et trop commun, pour fonder une mythologie juridique significative.

A La révision comme remise en perspective de la mythologie constitutionnelle

La révision représente un paradoxe au sein de la « mythologie » constitutionnelle. Elle sous-entend réinterpréter l'intouchable et le « sacré » généré par la norme suprême. Le texte en deviendrait banalisé ou rétrogradé à un simple texte de loi, qu'il est possible de supprimer ou de réécrire lorsqu'il parait inapproprié voir désuet. Si la modification de la Constitution est possible, il convient de réinterroger la valeur des vérités qu'elle prévoit. Il est alors approprié de se demander si la norme suprême possède vraiment des normes, aussi essentielles pour la pérennité de la nation. Les dispositions de la Constitution sont d'ordinaires, présentées comme intouchables. Elles sont censées être impossibles à remettre en cause, car nécessaires à l'État français qu'elles fondent. Ces hypothèses tracent un parallèle avec la rationalisation de l'histoire de la France et de ses organisations humaines[627]. Cette situation vient à créer une opposition entre les modes de fonctionnement perçus comme primitifs, par l'usage fait de la fiction face aux communautés scientifiques modernes[628]. Néanmoins, il semble que pour satisfaire non pas les besoins du législateur français mais ceux du droit communautaire, il faille en certaines occasions revenir sur des normes précises.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, certaines normes ne peuvent disparaître. Des interrogations sont soulevées, à propos de la place qu'elles occupent. Ces règles profiteraient d'une sorte d'immunité. Elles prévoiraient bien entendu des restrictions dans la Constitution, en ce qui concerne les moyens de révisions du législateur. Il pourrait être possible de trouver des règles constitutionnelles qui présenteraient un caractère à ce point fondamental, qu'il serait impossible de les

[627] L'œuvre de Max Weber s'est attardée sur le sujet, pour exemple, v. M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, coll., Recherches politiques, 1986, p. 43.

[628] Ce constat n'a pas manqué d'être critiqué par un auteur comme Pierre Legendre, pour exemple v. P. Legendre *Leçons II. L'Empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, 252 p., ou encore P. Legendre, *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, 407 p.

modifier expressément[629]. Le respect de la forme républicaine, qui ne doit pas être modifiée au gré des révisions constitutionnelle, rentre dans cette catégorie de limites. Ce principe illustre ce besoin de pérennité des institutions républicaines, ainsi que des valeurs qui y sont rattachées. Nous le savons, la Constitution au travers de ses règles et plus particulièrement son article 89, fixe les modalités et les limites liées à l'altération du texte suprême. Des modifications qui porteraient atteintes à l'intégrité du territoire ou à la forme républicaine du gouvernement, paraissent être impossible à modifier[630]. Ce premier élément déjà présent dans la Constitution, tend à prouver qu'il existe bien des valeurs constitutionnelles qui de par leur portée, se situeraient au-dessus des autres.

L'explication touchant à la préservation de ces valeurs indiquerait que la modification du territoire, remettrait en perspective l'identité des citoyens vivant dans la zone géographique qui serait abandonnée par l'État français. Pour ce qui touche à la forme républicaine, ici encore c'est le rôle de l'individu qui est interrogé. La fiction constitutionnelle liée à l'identité citoyenne semble caractérisée à un point, où cette dernière serait préservée. Il s'agit d'un mythe qui ne saurait être remanié. Il toucherait à la valeur même des croyants qui accordent du crédit à la fiction constitutionnelle, au sens général. Ces précautions mises en place représentent des conditions pour valider la révision constitutionnelle sur d'autres sujets, pour lesquels la sauvegarde du statut des sujets du droit n'est pas mise en péril. Dans le cas contraire, la révision serait considérée comme irrégulière. La Constitution permet ainsi des remaniements conséquents dans ses principes, lui évitant d'être complètement figée. Un exemple flagrant de révision constitutionnel de grande ampleur est bien entendu celui survenu en 2008, qui a touché la Constitution sur un nombre important de ses points. La question des limites de telles manœuvres est bien entendu préoccupante.

Passé un certain point, le mythe constitutionnel risque d'être modifié de façon significative, si bien qu'il soit méconnaissable, voire contradictoire par rapport à ce qu'il présentait à ses origines. Les révisions successives de la norme suprême seraient semblables à l'expérience du bateau de Thésée. Si l'on modifie les différentes normes constitutionnelles, notre Constitution peut-elle toujours être considérée comme celle que nous possédions à l'origine ? Le changement de matière a-t-il une incidence sur l'identité de la norme ? Seule la forme permet-elle de conserver l'identité ? L'altération

[629] B. Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *op., cit*, p.12-13.
[630] Article 89 de la Constitution du 4 Octobre 1958.

de la Constitution n'est cependant pas incompatible avec celle du mythe. La réinterprétation est idoine aux pratiques de l'Antiquité. Le récit étant conté de façon orale, il était par nature inconstant et irrégulier. Il dépendait de l'approche que son nouvel orateur en faisait. En ce qui concerne les modifications du mythe constitutionnel, il demeure le problème visant à connaître la portée exacte des changements, qui peuvent être ou non apportés. Si certains éléments présentés comme essentiels ne peuvent être revus, ils ne sont pas à l'abri d'une interprétation qui réévaluerait leur nature précise. Pour ce qui touche à la forme républicaine du gouvernement qui doit rester inchangée, cette contrainte peut être appréciée comme une règle de fond. Il faut admettre que le texte constitutionnel peut ici poser problème par son caractère vague. La forme républicaine peut être estimée comme une simplification, qui renvoie à un régime ne pouvant s'apparenter à une monarchie, ou un empire.

Dans un autre ordre d'idée, la notion peut renvoyer aux principes républicains dans leurs aspects fondamentaux[631]. Il s'agirait principalement des valeurs de laïcité propre à la République, qui défend une forme démocratique et sociale. Elle reconnaît aussi des droits fondamentaux, dégagés principalement par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le préambule de la Constitution de 1946 ou les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. La prise en compte du préambule de 1946 est ici particulièrement importante. Il permet à lui seul la sauvegarde de l'esprit de la Constitution, par l'intermédiaire du bloc de constitutionnalité et des textes auquel il confère une valeur constitutionnelle.

B La banalisation de la révision constitutionnelle, une atteinte au sacré de la norme

La question du maintien de la forme républicaine continue à poser problème. Il suffit d'imaginer que le Conseil constitutionnel se décide compétent pour contrôler le respect d'une loi de révision de la Constitution à l'égard de l'article 89. Qu'adviendrait-il dans ce cas de la notion « républicaine » et de sa forme. Rappelons que par le passé, le Conseil constitutionnel s'est opposé au contrôle de la compatibilité d'une loi de révision constitutionnelle. Elle entraverait la souveraineté nationale, vis-à-vis du maintien de la

[631] B. Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *op., cit,* p.13.

forme républicaine du gouvernement[632]. Il est possible pourtant de s'interroger sur cette prise de position. La souveraineté nationale représente le centre de la définition de l'État. De plus, le droit constitutionnel rappelle constamment que la République est avant tout un État. Une idée qui doit prédominer sur celle d'état républicain[633]. Le cas de la souveraineté nationale et de ses implications au regard des normes supraconstitutionnelles, laisse certains auteurs sceptiques. La souveraineté nationale ne pourrait prétendre à un statut supérieur aux autres normes constitutionnelles qui la rendrait intouchable. Elle se trouverait en réalité au même niveau que les autres, sans pouvoir bénéficier d'un statut dérogatoire. Elle reste une norme à valeur constitutionnelle lambda. Elle peut être mise en déroute par le biais d'une révision constitutionnelle, qui permettrait de mettre fin à ses effets, ou du moins à y déroger[634]. Une telle prise de position si elle venait à être définitivement vérifiée et à faire l'unanimité, mettrait un arrêt au débat sur l'existence éventuelle de la supra constitutionnalité.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les modifications constitutionnelles sont de plus en plus fréquentes. L'usage politique qui en a été fait a semble-t-il changé la donne. Pendant des années, la révision constitutionnelle était une pratique qui pouvait être évoquée, sans qu'elle ne soit mise en application. Le quinquennat de Nicolas Sarkozy a tendu à ôter le tabou sur ce mécanisme. Pendant longtemps, l'éventualité de modifier la Constitution a été considérée comme un synonyme de nouveau régime politique. Il n'en est rien, comme le prouve la révision constitutionnelle massive de 2008. La Constitution doit cependant être en mesure de répondre aux exigences de son temps. L'élection présidentielle au suffrage universel, le quinquennat et les modifications des pratiques politiques, auraient altéré le fonctionnement des institutions. Afin de prendre en compte ces modifications, le Président disait souhaiter ouvrir le débat sans qu'il n'y ait de « tabou », « aucune autocensure », « aucun interdit ». Il veille cependant à fixer quelques limites en précisant qu'il ne tournera pas « la page de la Vème République[635] ». Afin de permettre ces modifications promises, est mis en place un groupe au nom révélateur, le « Comité de réflexion sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème

[632] Décision n°92-312, DC., 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*.
[633] V. O. Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *R.F.D.A.*, n°6, 1993, pp.1045-1068.
[634] G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *op., cit*, p.81.
[635] N. Sarkozy, « Discours d'Epinal sur la Démocratie irréprochable du 12 juillet 2007 ».

république ». La fiction constitutionnelle semble ici perdre ses aspects sacrés, pour se diriger vers, une logique plus mécaniste.

L'intitulé de ce comité, sous-entend l'idée que les institutions qui sont à ce moment-là les nôtres, ne peuvent prétendre à être modernes ou équilibrées. Il est nécessaire d'y remédier[636]. Il est rappelé que la fiction constitutionnelle n'est pas intouchable et que le droit est une invention des hommes. Ces derniers sont habilités à altérer le récit constitutionnel, dans le cas où ils ne l'estimeraient plus pertinent. Cette situation se traduit par des interventions de plus en plus soutenues du pouvoir constituant, par le biais de lois constitutionnelles qui modifient la Constitution, ou la complètent. Auparavant, de tels procédés étaient rares. La France a eu pendant deux siècles l'habitude de changer sa Constitution en même temps que son régime politique, au lieu de procéder à des corrections sur la norme suprême. De ce fait, la France, à la différence de pays comme l'Allemagne ou l'Autriche, n'a que très tardivement développée sa philosophie de la révision constitutionnelle. Au moment où la pratique de la révision constitutionnelle rentre dans les mœurs, il est possible d'assister à une désacralisation de la pratique. Elle en perd son aspect exceptionnel.

La norme suprême est réduite à un texte modifiable, selon des volontés et des besoins précis. La Constitution comme représentante de la volonté générale perdrait de son aura. Cette difficulté à appliquer la norme constitutionnelle telle qu'elle est rédigée, provient de la nature même de la Constitution. « La norme fondamentale, et elle seule, possède des contradictions dans sa définition même, parce qu'elle ne consiste pas en le sens d'un acte de volonté réel. Cette caractéristique nous permet de traiter la norme avec des prédicats destinés aux propositions. Une norme positive ne peut pas avoir de contradictions, parce qu'elle est seulement valide, et non vraie ou fausse. Autrement dit, la norme fondamentale est surtout une construction théorique, une "construction auxiliaire de la pensée", et se destine aux propos théoriques de la science du Droit[637] ». La norme suprême est représentative du lien entretenu par les citoyens, et l'autorité. Il s'agit de « rapports plus abstraits aux institutions ou aux entités collectives, comme, par exemple, la nation, la patrie, le souverain ou l'État[638] ».

[636] R. Savy, « Sur deux mythes constitutionnels », in Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères (collectif), Lexis Nexis, Paris, Collection Mélanges, 2009, p. 731.
[637] J .-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible », *op. cit*., p. 157.
[638] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op., cit.,* p. 124.

Ces considérations semblent forcer le législateur à faire un choix sur la nature de la Constitution. Cette dernière peut être un texte littéraire à caractère affabulateur, dont les normes prévues n'ont pas de réelles portées. Les droits fondamentaux ne sont d'ailleurs pas reconnus en droit français comme ayant des effets immédiats. Pour cette raison, le juge ordinaire est dans l'incapacité de sanctionner leur méconnaissance[639]. Tout juste les autorités font référence à la Constitution, mais seulement à titre symbolique pour en assurer le maintien. Autre possibilité, la Constitution n'est pas une fable mais un manuel. Il permet de prévoir les mécanismes, pour faire respecter les règles en place[640].

[639] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 761.
[640] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, p. 8.

Conclusion du Chapitre 2 :

La Constitution propose une fiction, fondatrice d'une véritable mythologie. Celle-ci permet de légitimer l'ordre instauré par l'état de droit. Comme pour les mythes archaïques mis en place notamment dans l'Antiquité, la fiction juridique moderne est mise en parallèle avec d'autres récits. Ils peuvent provenir de sources différentes. L'ordre constitutionnel est concurrencé par les valeurs du droit international. Plus particulièrement, c'est le droit communautaire prévu par l'Union européenne qui va être source de conflits potentiels avec le droit national. Ce sont deux récits aux finalités idoines mais aux logiques divergentes, qui sont présentés. Le rôle du juge constitutionnel va être de parvenir à concilier les deux récits, pour permettre une entente entre tous. L'enjeu est d'éviter que le Conseil constitutionnel ne perde ses attributions, au profit du droit communautaire. Le mythe politique moderne, n'écarte pas les prétentions réalistes imposées par le droit. Il convient également de faire preuve d'une certaine forme de lucidité. Tout en conservant ses capacités, le juge constitutionnel devra prendre garde à ne pas outrepasser ses compétences. C'est un risque, notamment lorsque le récit constitutionnel est comparé au mythe véhiculé par le législateur.

Le problème est évident lors des contrôles de constitutionnalité où le juge constitutionnel peut être accusé de faire obstacle à la volonté générale, au nom de ces prétentions personnelles. Les députés obtiennent leur légitimité de l'élection démocratique. C'est un avantage qu'ils détiennent face au Conseil constitutionnel, qui ne peut prétendre par ses fonctions à avoir été choisi par les citoyens. Le juge constitutionnel va se dissimuler derrière la norme suprême, au point de la personnifier. La norme va porter certaines caractéristiques, qui vont lui octroyer des prétentions. Les « exigences » constitutionnelles sont sûrement par leur appellation, l'élément le plus troublant de la fiction constitutionnelle. Il n'est pas question des exigences du Conseil constitutionnel, mais bien de celles imposées par la norme. Il semblerait que celle-ci, soit animée d'intentions précises, qui tendent à justifier un certain état de fait.

Nous en arrivons à l'enjeu principal de cette fiction juridique moderne. Au travers du récit constitutionnel, c'est bien la place des membres de la société dont il est question. L'objectif est l'élaboration d'un écrit fédérateur pour transformer une communauté d'hommes hétéroclites, en une véritable société homogène. Le texte constitutionnel pour être effectif a besoin que suffisamment d'individus adhèrent à ses

préceptes, pour leur donner une effectivité. C'est ici la force et la faiblesse de la fiction constitutionnelle. Sans cela, la Constitution n'est plus qu'un simple écrit, sans portée effective.

Conclusion du titre 2 :

Le choix de recourir à un droit écrit condamne la norme constitutionnelle par son essence, à épouser les attributs de la fictivité. Ce phénomène conduit le texte suprême à revêtir les éléments propres aux œuvres littéraires, qui matérialisent dans leur majorité l'imaginaire de leurs auteurs. Le juge malgré ces efforts, n'est pas le seul responsable de l'emploi de la fiction au sein du droit constitutionnel. L'usage des mots parfois troubles ou maladroits, sélectionnés pour bâtir le texte constitutionnel, a des répercussions sur la pratique de la norme qui sera faite ensuite. Le Conseil constitutionnel ne peut décemment pas admettre son ignorance pour ce qui toucherait à la signification des dispositions d'un écrit. Il lui faut meubler la décision qu'il rend, par l'intermédiaire d'un savoir de croyance fondé sur sa seule imagination. Cette interprétation varie d'un juge à l'autre. Les limites du droit constitutionnel sont alors révélées. Si le texte a vocation à s'appliquer à tous de la même manière, la bouche de la loi variera d'un cas à l'autre. Le juge qui a prononcé une décision voici dix ans, ne sera pas nécessairement le même aujourd'hui, bien que la norme demeurera inchangée. Il en résulte une évolution de la jurisprudence. Elle découle d'une nouvelle appréciation de la Constitution.

La fiction constitutionnelle ne cesse d'évoluer, mais doit continuer à faire écho à une vérité prônée par le droit. Cette vérité dépend cependant de l'époque, où il est prévu de l'appliquer. Le droit constitutionnel devient variable est reste malgré son contenu réputé inaltérable, soumis aux mentalités de son temps. Le droit constitutionnel risque alors de revêtir une portée fondée sur la démagogie, mais également sur la logique de circonstances. Ce dernier élément apparaît comme plus significatif, si l'on observe la mise en concurrence qui oppose le juge constitutionnel aux juridictions internationales, notamment celles issues de l'Union européenne. Au-delà d'un conflit lié à la souveraineté du territoire, c'est également les problématiques sur la capacité de proposer un droit adapté pour son peuple qui demeurent. Dans ce sens, les valeurs inhérentes à l'esprit constitutionnel français, pourraient interroger sur les limites à accorder à un droit universel pour toutes personnes humaines. La France et son peuple seraient des exceptions qu'il conviendrait de traiter différemment, en raison de certaines particularités.

Il n'est plus question de conférer une nature juridique à l'homme, mais au seul français. La Constitution témoigne d'un lien particulier entretenu par le pouvoir

constituant, avec ses sujets du droit. La place accordée aux citoyens dans la fiction prônée par la Constitution, paraît devenir un élément essentiel pour assurer la cohérence de l'ordre juridique. La fiction juridique devient le résultat d'un accord tacite passé entre les gouvernés et les auteurs du droit. Les premiers accepteraient de se laisser volontairement bernés par des éléments fictifs, tant que la norme constitutionnelle continuerait d'assurer efficacement leurs libertés. La fiction ne serait plus une duperie, mais le résultat d'un consentement avisé, pour permettre à l'état de droit d'être fondé dans l'intérêt de chacun. Le droit constitutionnel porte cette fiction constitutionnelle qui permet son fonctionnement. Contrairement à la mythologie archaïque, cette fiction ne se reposerait pas sur l'ignorance de ses sujets, auxquels elle imposerait par la force des idées volontairement fausses.

La fiction juridique de la modernité choisirait de faire appel à l'intelligence des gouvernés en leur proposant un raisonnement éclairé. Il s'agirait d'un élément essentiel pour appuyer la mise en place d'un écrit, suffisamment fédérateur pour assurer une certaine forme d'homogénéisation de la société. Néanmoins l'emploi de la fiction aux fondements même du droit, exige de nouveaux artifices qui vont progressivement s'accumuler de façon considérable. La crédibilité du droit constitutionnel va à terme être mise en péril. Le juge constitutionnel se retrouve enfermé dans certaines considérations.

Conclusion de la Partie I

La présence de la fiction au sein du droit constitutionnel que cela soit dans son écrit ou par les pratiques du juge, semble attester de l'incapacité de l'humain à faire usage d'un droit pleinement réaliste. Nulle règle ne peut être considérée comme suffisamment bien rédigée, pour empêcher son lecteur d'y placer des considérations suggestives. Le travail réalisé par le juge constitutionnel a transformé progressivement la perception qu'il était possible d'avoir, pour ce qui touche aux dispositions de la norme constitutionnelle. Dans ce sens, l'écrit ne représente plus seulement une description des organismes qui forment l'État. Il n'est plus simplement question de fonder la séparation des pouvoirs, comme le pensait notamment Montesquieu. Désormais, la norme suprême représente un moyen pour appuyer la volonté générale. C'est dans ce sens que le juge constitutionnel a orienté son travail, ce qui lui a permis de faire évoluer ses compétences. Sous la troisième République, la Constitution était considérée comme un texte d'apparat. La fiction constitutionnelle moderne a permis d'imposer de nouvelles valeurs à l'écrit fondateur.

Néanmoins la question de la légalité de ce droit nouveau, reste en suspens. Les considérations qui touchent un texte normatif suffisent-elles à imposer son respect ? Il semblerait que tout dépend de l'individu qui a émis ces hypothèses. Le juge constitutionnel n'est plus un simple juriste. Il devient l'artisan de la fiction, dont il se sert pour développer ses raisonnements juridiques. Il permet à la fiction de prendre corps au sein du réel présenté par le droit. La réalité du monde décrite par le droit constitutionnel est elle-même soumise à une forme d'interprétation réalisée par le pouvoir constituant originaire. L'usage et la pratique constante de la fiction juridique permettent de l'imposer dans l'ordonnancement juridique. Elle sert à appuyer notamment des normes constitutionnelles, dont la pratique serait impossible à imposer par le juge. La Constitution représente la « Vérité », qui fonde le reste des sources du droit. Elle donne également sa légitimité au pouvoir en place. Le texte constitutionnel ne peut être défait. Il représente l'aboutissement d'un travail approfondi et perfectionné, au cours de l'histoire du droit constitutionnel.

Cette appréciation de la norme suprême est par essence destinée à porter un imaginaire précis, au point de former une mythologie présentée par la fiction. Il ne s'agit plus de fonder un appareil juridique, mais un véritable ordre de croyance auquel

les hommes vont se rattacher. Nous avons là un élément nécessaire, pour assurer la pérennité du droit constitutionnel. Ce dernier ne peut être respecté que s'il est compris, assimilé et d'une certaine façon, craint par les citoyens. Le juge constitutionnel en tant que « bouche » de ce droit, a l'obligation de veiller à la création d'un équilibre, entre ces différentes appréciations. Pour cette raison le juge constitutionnel a essayé par son action, de rapprocher par étape le droit constitutionnel des préoccupations humaines. L'élargissement des normes de référence avec la création du bloc de constitutionnalité, lui a permis d'être à la hauteur de ses ambitions. L'emploi d'une norme comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a été révélateur des objectifs du juge constitutionnel. La Question Prioritaire de Constitutionnalité est un autre exemple d'outil, qui a rapproché le citoyen de la norme suprême. La Constitution n'est plus l'arme des politiciens.

La fiction constitutionnelle a érigé une mythologie moderne. Dieu ne serait pas mort comme l'écrivait Friedrich Nietzsche, il aurait simplement changé de forme. Les hommes ne croiraient plus en des divinités. Ils placeraient leur foi en des institutions juridiques. Ces dernières proposeraient un large éventail de mythes, portés par la fiction constitutionnelle. Le juge contribuerait à l'entretien de cette croyance. Cette vérité ne peut souffrir la contradiction. Le juge doit être prudent, lorsqu'il délivre certaines réponses. Il resterait volontairement obscur sur certains points. L'approximation est un outil qui permet de temporiser certains effets du droit constitutionnel. Elle contribue néanmoins, à perpétuer la fiction constitutionnelle au sein du droit. Le droit imprécis nourrirait à son tour de nouvelles idées suggestives. Par conséquent, la fiction s'auto-alimenterait au point de s'éloigner encore plus du droit vrai, originellement envisagé. Le droit réaliste serait finalement la plus grande fiction portée. Il demeure en l'état impossible à atteindre, au vu de l'incapacité de l'homme à se séparer définitivement des considérations imaginaires qui l'animent.

Cet ordre de croyance a cependant un aspect déterminant dans la construction d'une société. Les citoyens sont amenés à partager cette fiction. Ils construisent ensemble, une culture juridique qui leur est propre. Cet élément sert le juge constitutionnel pour préserver l'ordre établi, notamment lorsque son travail est mis en concurrence avec celui des institutions juridiques internationales. La fiction constitutionnelle entretient une forme de souveraineté nationale sur le territoire. Elle permet la conservation d'une forme d'autonomie. Cette fiction continue pourtant de maintenir le doute sur la mise en place d'un droit jugé arbitraire.

Partie II La fiction, une réévaluation des limites de l'esprit créateur du droit constitutionnel

Nous avons vu que la fiction constitutionnelle avait vocation à être partagé par les membres d'une même société. De cette fiction découlerait l'ordre juridique, qui appuierait également le droit constitutionnel. La perception de cette fiction est propre à chaque individu. Elle ne saurait être homogénéisée. La façon d'appréhender la vérité va varier, en fonction des personnes qui composent la société. Ce qui est juste pour l'un, est erroné pour l'autre. Le pouvoir constituant originel va proposer une définition de ce qui est réel, au travers des écrits de la norme. La fiction constitutionnelle sera employée afin de faire en sorte que ces explications puissent être intégrées par tous. Néanmoins, cette fiction ne doit pas être déformée. Le savoir de croyance chez les membres de la société doit être évité. Le juge constitutionnel ne doit pas être dépossédé des concepts qu'il est censé maîtriser. Il deviendra celui chargé de veiller à la bonne application de la fiction. Le juge va s'assurer que l'évolution de la société soit cohérente, avec le développement de la fiction constitutionnelle. Elle ne peut souffrir d'aucune contradiction et doit suivre une logique de réflexion précise. L'esprit humain est capable d'extrapoler à outrance certains éléments. Il est donc du devoir du juge constitutionnel, de veiller à ce que la fiction juridique s'enferme dans un cadre juridique précis (Titre I).

Le droit constitutionnel en dépit de ses qualités, ne peut prétendre à ce réalisme absolu pourtant revendiqué. C'est la nature même de l'écrit constitutionnel qui est à observer ici. La perfection revendiquée par la nature intrinsèque de la norme, semble difficilement atteignable. La Constitution demeure une œuvre de l'homme. Par ce fait, elle est vouée à détenir en son sein une forme d'imperfection. Dans ce sens, il ne peut être reproché à la norme suprême de ne pas tendre vers une réalité effective, mais plutôt vers un idéal. La réflexion intellectuelle proposée par la Constitution serait révélatrice des souhaits du pouvoir constituant originel, pour ce qui touche à l'organisation de la société. Ce faisant, elle serait un indicateur des formes de pensées entretenues par l'esprit humain. La fiction va proposer une définition de la place de l'homme face aux diverses institutions juridiques, lesquelles confèrent sa force au pouvoir étatique (Titre II).

Titre I La fiction constitutionnelle, une modernisation de la croyance juridique

La place de la mythologie constitutionnelle dans les organisations juridiques, amène à réévaluer l'importance de la fiction au sein de l'appareil juridique moderne. Il semble que la science ait progressivement pris le pas sur le spirituel. Ce dernier était avant tout un outil, pour compenser les carences de la connaissance. La mythologie grecque permettait de déifier les phénomènes naturels. Le divin offrait une source d'explication, pour justifier ce qui n'avait pu être intégralement compris par l'homme. Il semble que la fiction au sein du droit constitutionnel poursuive ce rôle. Elle autorise le juge à justifier certaines situations, dont la logique demeure difficile à pleinement expliquer. La fiction permettrait de palier aux carences du droit, en proposant des pistes de réflexion nouvelles. Par ce procédé, la nature rationnelle de l'esprit humain est interrogée. Le mythe et la croyance aurait pris des formes inédites, pour permettre à l'ordre juridique de continuer à prospérer. La fiction constitutionnelle serait la manifestation la plus évidente de cette situation (Chapitre 1).

La Constitution se détache des autres textes de la législation par sa portée et sa vocation. Il ne s'agit pas seulement de suivre les commandements de la normes, il est également nécessaire de croire en leurs valeurs. Le droit constitutionnel va s'enraciner dans l'esprit humain, au point de devenir une évidence contre laquelle il est impossible de s'opposer. Cette évidence ne saurait être remise en question au sein du groupe. Elle devient la vérité. Cette dernière est prévue par la Constitution. Elle s'insinue dans la conscience de chacun. Le droit devient alors un élément déterminant de la construction des individus. Leur place au sein de la société est déterminée par le droit. Le citoyen devient un écho de la norme, qui régit son comportement. La fiction constitutionnel en arrive à créer un bouleversement au sein de l'ordre établi. Par la fiction élaborée, elle parvient à façonner l'image de l'humain, qui est pourtant son créateur (Chapitre 2).

Chapitre 1 La fiction constitutionnelle, une représentation des croyances humaines

Le droit constitutionnel se heurte à certains obstacles. Ils empêchent sa pleine appréciation de la société, que la norme est censée régir. Il s'agit d'un texte assez opaque. Il n'est finalement que peu compris par les citoyens, du fait de son applicabilité indirecte auprès d'eux. Les membres de la société se concentrent sur les lois qui les touchent de façon plus directe. La norme suprême demeure également, un écrit propre au Conseil constitutionnel. Ce dernier semble souffrir du même problème de visibilité, tant l'organe ne profite pas d'une réelle renommée une fois sorti de la sphère des praticiens du droit. Le droit constitutionnel ne serait donc qu'un froid descriptif, éloigné des considérations humaines. Pourtant si l'on observe le récit proposé par la Constitution, il est possible d'y déceler une histoire qui prend progressivement forme. Il s'agit de l'histoire de la nation française, et la place des différents membres de sa société. Le droit constitutionnel est avant tout un droit psychologique. Il entend persuader ses lecteurs de la nécessité du régime juridique, tel qu'il est établit. De ce fait, ce n'est pas la raison qui va être invoquée, mais bien les sentiments. Le but est de construire un idéal, auquel le citoyen se devra d'adhérer, pour appuyer le régime juridique en place (Section 1). Progressivement, l'écrit va proposer une vision fantasmée, de ce que le droit représente pour les membres de la société. La vérité présentée n'est pas totalement vérifiable, mais elle ne peut pas non plus être contestée. Cette situation incertaine permet à la norme suprême de prospérer dans le temps. Le texte en gagnant en ancienneté, sera plus difficile à contester avec le temps qui passe. Il se rapprochera ainsi d'une forme de sacré (Section II).

Section 1 Une idéalisation des citoyens, établie par la fiction constitutionnelle

Pour que le droit constitutionnel puisse s'imposer aux sujets du droit, il est nécessaire que ces derniers acceptent son autorité. L'autorité juridique en place doit être reconnue, pour qu'elle soit incontestable et respectée. La norme suprême tente d'induire des éléments destinés à persuader ces lecteurs, du bien-fondé du régime en place. Elle va faire appel grâce à un vocabulaire choisi, à tout un éventail de références destinées à établir une fiction qui tendrait à donner à la norme et au régime juridique qu'elle fonde, un caractère sacré. En cela la norme suprême se distingue des textes de rangs inférieurs, dont l'écriture peut se passer d'une telle démonstration (Paragraphe 1). La fiction constitutionnelle agit en marge de la traditionnelle persuasion politique, qui sert les intérêts des acteurs et des candidats des différentes élections. Contrairement à eux, la norme suprême n'incarne aucun individu précis. Elle représente une émanation du pouvoir constituant originaire. Ce dernier ne peut cependant être occulté au profit des participants du jeu politique. La norme suprême va promouvoir un cadre de pratiques. Les différents intervenants devront s'y conformer (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Les spécifités du régime juridique préséentées par la fiction constitutionnelle

La mythologie qui a inspiré la fiction, a la spécificité d'avoir été transmise de façon orale, au temps de l'antiquité. L'histoire pouvait donc être altérée, au gré des différents conteurs. Le droit constitutionnel moderne ne peut profiter d'un tel état, du fait de ses impératifs écrits. L'écriture permet de rendre les valeurs constitutionnelles moins tangentes et plus sûres, pour les sujets du droit. Elle propose également certaines contraintes, pour les détendeurs du pouvoir constituant. Néanmoins, les rédacteurs de la norme suprême ont su faire de cette problématique une force. Tel les œuvres de fictions les plus élémentaires l'écrit constitutionnel a su par l'exercice de la rédaction, atténuer certains traits néfastes propres à la société. L'action de l'État parait plus nuancée et les effets de l'autorité semblent embellis (I). Dans le même temps, ce travail d'écriture

permet d'établir clairement une fiction qui va entourer l'État et ses différentes institutions, pour les mettre hors de portée de l'humain. Ce dernier sera écarté de l'exercice du pouvoir, dont la Constitution va l'exclure. Les organisations juridiques vont prendre sa place. Elles seront habilitées à exercer le pouvoir. L'homme n'est plus qu'un sujet du droit (II).

I L'écriture de la Constitution, une vision romancée de la société régie par l'État

La Constitution tend à la pérennité. Son existence doit dépasser le cadre d'une vie humaine. En tant que tel, l'écrit n'est pas soumis aux mêmes vicissitudes que celles liées à l'existence des hommes. La fiction qui émane de la norme suprême, n'est pas celle employée par les politiciens pour persuader les électeurs de voter pour eux. Cet état de fait éloigne plus encore la Constitution des considérations humaines (A). La fiction proposée par la norme suprême tend à s'affranchir des règles de l'être humain, pour proposer un nouveau cadre, dans lequel l'action de la Constitution va pouvoir se développer. De nouvelles contraintes vont cependant apparaître, pour les acteurs du régime juridique en place (B).

A La norme suprême un texte en décalage par rapport à la fiction politique

La Constitution n'est qu'un écrit. Elle ne permet pas de montrer une personnalité, à laquelle il est possible de s'identifier. Le dirigeant est une figure qui autorise cette démarche. Le citoyen a la capacité de s'identifier à lui. Il peut même aller jusqu'à lui témoigner de l'affection. Il est possible ici, de rendre compte de la faiblesse des textes constitutionnels. Ils sont dans l'impossibilité de rivaliser avec la capacité d'évasion qu'offre la vie politique. Cette dernière est en mesure de se détacher des formules contraignantes du droit. Il existe une véritable césure entre l'apparence juridique et la

réalité politique[641]. Le représentant politique se doit de créer un lien de proximité avec ses électeurs, allant jusqu'à parfois imiter les citoyens pour leur ressembler d'avantages. Pour autant entre la représentation et le fait de gouverner, il est nécessaire de faire un choix clair[642]. L'autorité cherche à descendre au sein de la société pour tenter de légitimer son action. En réponse à ce phénomène, la norme suprême propose un univers plus pratique au travers des normes qu'elle prévoit[643]. Cette opération politique fondée sur le sentiment et l'émotionnel, finit par se confronter à la procédure de vote des lois constitutionnelles, ainsi qu'à la nature du contenu de ces lois[644]. Le pouvoir constituant va altérer les normes prévues par la norme suprême, ou les réadapter lorsque cela parait nécessaire, pour que la Constitution ne devienne pas un texte obsolète. Il suit alors la logique selon laquelle, la permanence des règles permet d'assurer l'utilité de l'action. Aucune prévision ne peut être réalisée, sur la simple considération de ce qui existe déjà[645].

Concernant la validité de la Constitution dans son ensemble en tant que norme obligatoire, son statut ne peut reposer que sur des hypothèses. La norme suprême prévoit plusieurs énoncés paradoxaux, lesquels vont permettre la fiction juridique[646]. Elle fonde des propositions sur lesquelles vont reposer le système juridique, mais qui par ces termes entraînent des contradictions[647]. La sémantique employée ne peut trouver corps, au sein de la réalité. L'alinéa 5 de l'article 2 de la Constitution, qui présente certaines valeurs de la République française, prévoit « Son principe [celui de la République] est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Cet énoncé appartient à la rubrique des énoncés paradoxaux. Il permet de fonder « la légitimité de l'activité de l'infime minorité de la population chargée de l'activité législative. Cette formule est paradoxale au sens où elle assimile le législateur, nécessairement contingent et particulier, et le général que constitue le contenu de la loi. […] À travers ce type de formule, on a affaire à une forme de déni de la réalité[648] ». Les fonctions juridiques, en

[641] R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, réed., *RDP*, 1979, p. 962.
[642] V. J. Tournon, « Représenter ou gouverner il faut choisir », in F. d'Arcy (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, pp.107-119.
[643] L. Jaume, « La représentation une fiction malmenée », *op., cit.*, p. 16.
[644] L. Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionalité », *op., cit*, p. 73.
[645] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op., cit.*, p. 1.
[646] Pour ce qui touche au paradoxe, voir notamment, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft, op. cit.*, p. 102.
[647] A l'image de la formule « L'Etat c'est moi », de Louis XIV.
[648] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *Droit et Société*, n°50, 2002, p. 137.

lien avec le pouvoir de la Constitution réclament le remplacement de certaines exigences concrètes, par un imaginaire généré par la fiction. Le rôle du juge constitutionnel semble inspirer par ces prérogatives, un sentiment de culpabilité lié aux décisions qu'il est censé prendre.

Cette situation est à rattacher au statut même de la Constitution. Le juge rappelle qu'il ne fait que suivre ce qui est indiqué dans la norme constitutionnelle, peu importe ses qualités ou ses défauts. Néanmoins, en ce qui concerne l'écrit ; « la norme fait appel à une autorité plus haute que celle du législateur. Cette autorité servirait à formuler la norme comme telle. Ainsi, la présence des contradictions empêche l'utilisation du terme "hypothèse" pour caractériser la norme fondamentale. En effet, une hypothèse, dans une théorie scientifique, ne peut pas contredire la réalité. En revanche, elle doit partir des présuppositions constatables, pour rechercher un résultat déterminé, qui viendra confirmer ou réfuter la présupposition. Même si une hypothèse peut avoir une caractéristique apparemment fictionnelle (dans le sens qu'elle n'est pas encore présente dans la réalité, mais seulement supposée être présente afin qu'on puisse vérifier l'état du monde si l'hypothèse était soutenue), elle ne s'engage pas avec des contradictions[649] ». À l'instar du législateur, les choix du juge constitutionnel vont nécessairement porter atteinte à des intérêts ou des revendications spécifiques. L'énoncé paradoxal autorise le renversement de la réalité, ou le système de représentation qui se présente comme menaçant pour les citoyens. Cette méthode se retrouve dans la fiction véhiculée par les représentations sociales. Bien évidemment, elle est amenée à heurter la vision scientifique portée sur le même objet. « Une des propriétés des représentations sociales serait de privilégier la congruence psychologique par rapport à la cohérence logique et de faire passer l'efficience affectivo-cognitive avant l'efficace théorico-scientifique[650] ».

La Constitution apparait comme un texte à la croisée des chemins. Elle doit en effet s'adapter aux exigences de la vie sociale, tout en développant une fiction assez forte qui lui permettra de susciter l'adhésion, voire l'affection des citoyens. N'oublions pas qu'il ne s'agit que d'un texte. La norme suprême est par essence désincarnée, au contraire des figures politiques. De même, le juge constitutionnel n'apparaît pas comme un personnage suffisamment emblématique pour plaire aux membres de la société, comme le ferait un représentant politique.

[649] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible? », *op. cit.*, p. 154.
[650] P. Mannoni, *Les représentations sociales, op. cit.,* p. 4.

B Un discours constitutionnel réalisé au détriment de la véracité

Le discours commun a consacré certaines expressions pour susciter l'adhésion des peuples. Sur un plan historique, ces formulations ont pourtant un sens contradictoire. Ainsi « la France patrie des droits de l'homme » peut se voir opposer les pratiques colonialistes du passé. La notion d'homme censée avoir une portée universelle est ici cantonnée à la seule nation française. Cette dernière se verrait conférer une dimension universelle. Le même constat peut être opéré avec « la France de 1789 », dont l'idéologie révolutionnaire étaient présentée comme « noble ». Cette époque est associée dans la pensée commune à la démocratie ou à la liberté d'expression. Pourtant en parallèle, les pratiques de la Terreur se dressaient. Une forme d'oppression était donc à l'œuvre. La fonction des représentations sociales permise par la Constitution est avant tout cognitive, par le choix des mots qu'elle opère. Le préambule de la Constitution de 1946 écrit ainsi dès le début de son texte « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine […] ». La France se présente comme « un peuple libre » qui fait face à des « régimes » oppressifs[651].

La France n'est pas représentée comme un régime politique, c'est une communauté d'hommes. Cette représentation est reprise au début du préambule de la Constitution de 1958, lorsqu'est présenté non pas la France mais le « peuple français ». La fonction de représentation sociale permet de faire éprouver certains sentiments. Elle permet la mise en place d'un ordonnancement du savoir collectif, bien qu'il puisse être fondé sur la fiction, l'imaginaire et le savoir de croyance. Cela n'exclut pas le droit de la science. Comme le scientifique, le juriste dans son domaine peut faire appel à des schémas qui relèveraient de la « connaissance commune[652] ». La Constitution permet d'invoquer une histoire du Peuple français fictive, qui renforcerait ses aspects glorieux et gommerait ses erreurs et imperfections. La façon dont cette histoire est transformée, est révélatrice des enjeux du discours constitutionnel. Dans ce sens, la fiction permet de

[651] Encore une fois, on remarquera que les questions du colonialisme français en 1946 et celle de l'autonomie des peuples sont écartées.
[652] P. Mannoni, *Les représentations sociales, op. cit.,* p. 87.

nier les signes de la réalité. Il est impossible de séparer « la fiction occupée d'affect[653] », de la vérité.

Les représentations juridiques émises par la Constitution prennent forme dans le contexte social, ce qui leur confère une certaine efficacité. Pour permettre une représentation collective et une identité sociale, le texte constitutionnel va faire référence à des thèmes spécifiques comme « patrie », « égalité » ou encore « République » par exemple. Les représentations vont s'articuler autour d'idées fortes, qui passent par certains archétypes[654]. « Le système juridique, eu égard au rôle qu'il remplit dans le fonctionnement social, ne saurait être imperméable aux thèmes fantasmatiques à l'œuvre dans les représentations sociales[655] ». Cette solution, si elle peut être perçue comme décevante ou insatisfaisante, constitue néanmoins le seul moyen qui permet d'assurer l'ordre juridique. Sans la formulation de cette hypothèse, il est impossible de donner une interprétation légitime des actes de droits et les reconnaître conformes aux actes juridiques généraux.

De même, sans cette hypothèse il est impossible de créer ou d'appliquer des normes juridiques, capables de former un ensemble harmonieux avec l'ensemble de l'appareil normatif[656]. Cependant la pratique du droit, notamment lorsqu'on le confronte aux règles internationales, nous contraint à constater que cette vision indéformable de l'ordre juridique est irréaliste. Il existe un véritable fossé entre le texte constitutionnel perçu par les juristes, et la réalité de ce qu'il représente, grâce l'application qui en découle. Ces deux visions aboutissent à deux mondes distincts, n'entretenant aucun lien. Ils s'ignorent mutuellement. Un de ces univers se focaliserait sur le devoir être de la Constitution, analysé et commenté par les professionnels du droit. Il s'agirait d'une forme de droit fantasmé. Le second serait ce qu'il est véritablement, dépouillé de toute artificialité. A noter que ce dernier « monde » constitutionnel est limité à la contingence, au fait, et à la politique[657].

[653] D'après une expression de Sigmund Freud issue de ses correspondances, et remarquée par Hans-Martin Lohmann, H.-M. Lohmann, *Sigmund Freud*, Reinbek, Rowohlt Taschenbuch Verla , 1998, p. 33.
[654] C. Guimelli, *La pensée sociale*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, p. 99.
[655] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, p. 140.
[656] H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op., cit*, p. 265.
[657] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.*, p. 9.

II Les spécificités de l'ordre juridique réévaluées par la fiction constitutionnelle

Malgré ce que nous avons pu écrire précédemment, il ne faudrait pas penser que la notion de fiction constitutionnelle n'entourerait que le droit français. Si cette conception peut être difficilement acceptée, au point d'être parfois reniée par les théoriciens du droit, dans d'autres pays elle semble être plus facilement intégrée. Il s'agit d'une valeur qui n'a jamais été abandonnée et qui a su évoluer progressivement au gré des époques (A). Les juristes français ont manifesté le désir de rompre avec les pratiques du passé, au moment de la Révolution, pourtant la fiction constitutionnelle reste une manifestation révélatrice des préoccupations humaines (B).

A Une conception de la fiction constitutionnelle non exclusive du droit français

Si cette conception d'un droit romancé pour susciter l'adhésion, peut surprendre le juriste français, il semble en revanche qu'elle n'ait rien d'inattendu dans d'autres pays. En Allemagne comme Georg Jellineck écrivait il y a un siècle déjà : « Lorsqu'il s'agit de déterminer précisément la forme d'un régime, d'examiner le rapport fondamental dans lequel se tiennent les organes de l'État les uns avec les autres, d'étudier l'influence des puissances historiques sur le maintien ou le changement de la constitution politique, dans tous ces cas, les problèmes ne peuvent trouver de solution que sur la base d'une appréciation approfondie des forces politiques concrètes qui ont établi ces institutions. Une règle juridique peut bien demeurer formellement inchangée et pourtant acquérir un sens entièrement nouveau sous l'effet de ces forces politiques [...] avec la logique formelle seule, on en vient aisément à donner du droit public un tableau auquel rien ne correspond dans la réalité des choses[658] ». De même en Italie, la notion de « Constitution matérielle » permet d'appréhender cette forme de rapport, apparemment incongrue pour le juriste français. Le terme permet de traduire les différents types de

[658] G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit : Tome 1 Théorie générale de l'Etat,* Paris, Pantheon-Assas, coll., Les introuvables, 2005, p. 71.

liens politiques qui régissent le texte constitutionnel[659]. Les forces politiques apparaissent comme des éléments déterminants, dans la pratique du droit liée à la norme suprême. Il serait mieux en revanche de les considérer, non pas comme extérieures et opposées à l'ordre constitutionnel, mais au contraire comme partie intégrante de ce dernier[660].

Une présentation caractérisée par un aspect monolithique et harmonieux, ne peut avoir cours dans la pratique du droit[661]. Les organisations judiciaires sont multiples et n'apprécient pas toutes la même logique. La fiction contribue à concilier ce qui de prime abord parait inconciliable. La revendication de la souveraineté suprême par différents ordres juridiques, met en lumière ce pluralisme juridique de même que l'originalité du processus d'intégration des normes européennes[662]. « Le rôle méthodologique d'une fiction n'est pas d'obtenir un savoir direct sur le monde. Elle n'est pas sensée asserter un fait réel mais quelque chose au moyen duquel la réalité pourrait être traitée et comprise[663] ». Par la fiction, le juge évite de relancer un débat. En poursuivant sur un terrain qu'il a lui-même encadré par la fiction, le juge élabore une forme de pluralisme constitutionnel pour ce qui attrait aux rapports de systèmes fondés sur les multiples liens établies, entre les différents ordres juridiques et leur interdépendance contrainte[664].

La Constitution de la cinquième République ne représente pas seulement un écrit. Ses origines et l'état d'esprit dans lequel elle a été rédigée, indique une nature qui se définirait par l'ensemble normatif composé de son texte mais également des règles qui ont été créées au fur et à mesure pour permettre son application. Cette logique va d'ailleurs de pair avec celle du Conseil constitutionnel, lorsqu'il offre par exemple une contrainte juridique au bloc de constitutionnalité. Ces règles sont le résultat d'un jeu de force politique, lui-même écho de la volonté démocratique. Les deux ordres juridiques, national et communautaire, évoluent sur deux lignes. Elles opérent sur des plans

[659] A. Carrino, « De la constitution matérielle », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats & E. Millard, *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 239.
[660] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.,* p. 9.
[661] P.-Y. Monjal, *Recherche sur la hiérarchie des normes communautaire*, Paris, LGDJ, coll., Bibliothèque de droit international, 2000, p.84.
[662] V. l'expression « concilier l'inconciliable » employée par l'avocat général Poiares Maduro, dans ses conclusions présentées le 21 mai 2008 à propos l'affaire *Société Arcelor Lorraine, op., cit*, [point 15].
[663] N. Murzilli, « Valeur modale, valeur normative de la fiction ? », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions, op. cit*., p. 85.
[664] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *op., cit.,* p.466.

différents, sans être parallèles. Il vient un moment où elles sont fatalement obligées de se croiser. Il n'existerait donc pas à proprement parler une hiérarchie des normes unique, mais des hiérarchies discontinues[665].

B Une appréciation de la figure humaine réalisé à partir de l'écrit constitutionnel

Une conciliation entre les différents droits fondés sur d'autres éléments que la suprématie constitutionnelle est nécessaire. Cette entente fait appel par instants, à des logiques trop différentes. La reconnaissance des valeurs d' un autre ordre juridique comme celui du droit international, va nécessiter un échange avec les institutions nationales. Un dialogue à propos des valeurs partagées sera obligatoire, entre les juristes des deux parties[666]. Il ne s'agit pas de créer un nouveau conflit entre les juridictions internes et communautaire. Il est question de privilégier un consensus, capable de satisfaire toutes les parties. Le but est de permettre la cohérence matérielle entre les diverses normes revendiquées comme suprêmes. Les valeurs constitutionnelles vont exprimer les tensions liées à la conscience humaine. « Le système juridique constitue avec une évidence particulière un ensemble de représentations relatives à l'ordre du collectif, dont le psychisme individuel n'est que le véhicule contingent. Ainsi, la psychologie du juriste exprime de façon nette un état où une large part du psychisme est régie par le collectif, dans la mesure où l'activité du sujet exprime de façon concrète l'entité collective et son autonomie au plan psychique[667] ». Rimbaud a écrit « Je est un autre[668] ». La norme suprême parait suivre au travers de son texte, cette logique. L'être humain serait un homme, uniquement grâce à la conscience qu'il aurait de lui-même, et de celle de sa personne parmi les autres. Cette conscience se forgerait grâce au sens critique. La Constitution approfondit les raisonnements liés aux questions humaines.

La norme interroge des points cruciaux, tels que l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté individuelle, ou encore la fraternité. Cela n'exclut pas dans la réalité des situations pourtant néfastes à l'image l'exclusion, ou de l'injustice. Cet état souligne

[665] M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, coll. Librairie du XXIème siècle, Paris, 1994, p. 92.
[666] D. Simon et M. Guyomar, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, n°43, 2009, p.11.
[667] C. Pollmann, H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre individu et collectif », *op. cit.*, p. 124.
[668] A. Rimbaud, *Lettre à Paul Démeny*, 15 mai 1871.

que « la norme fondamentale n'est pas dirigée vers la réalité des conduites humaines, elle est dirigée vers l'intégrité de l'ordre normatif. Le contenu d'une norme juridique doit être observé ou appliqué dans la réalité du monde pour que la norme qui prescrit ce contenu continue à être une norme[669] ». De cette différence entre les promesses constitutionnelles et les difficultés éventuellement rencontrées par la société, peut ressortir une critique relative à la positivité sociale. Cette idée est renforcée par la capacité de se replier non sur un ailleurs idéologique, mais seulement dans les valeurs énoncées dans la Constitution.

Ainsi, « la norme fondamentale est le résultat d'un acte de pensée « réel » et d'un acte de volonté fictif. Dans cette perspective, on a alors considéré la notion de fiction sous l'approche de la théorie artéfactuelle pour la comparer à des fictions littéraires, en montrant que les normes ordinaires ne peuvent pas être comparées à ces fictions. Ensuite, on a analysé la notion de norme fondamentale comme hypothèse[670] ». Les valeurs contenues dans la norme suprême vont autoriser les hommes à se rendre conscient de leur statut de citoyen. Il y'a là un effet miroir. Toute constitution renvoie aux individus une image. Cette dernière est à la fois la leur et celle d'un autre. En se regardant dans la Constitution, c'est-à-dire dans la Déclaration des droits, le drapeau, l'hymne, la devise de la République, chacun se voit et se reconnaît : «Je suis bien ce citoyen-français-être-de-droit dont la constitution me renvoie l'image[671]». Les membres de la société se rendent alors compte qu'ils sont des sujets de droit autonome. Ce statut signifie qu'ils sont en mesure de s'autodéterminer, maîtriser leur histoire, ainsi que de discuter penser et réfléchir cette dernière[672].

Dans ce contexte, il ne s'agit pas de rêverie ou d'imagination. Ce cas de figure réclamerait du concret. Les représentants se positionnent comme étant les seuls, capables de concilier les volontés citoyennes. Ce sont eux qui doivent la réaliser. Sur leurs institutions reposent la qualité de la loi, de même que sa validité normative[673]. Le droit est placé sous l'égide de la raison. L'imaginaire serait ici considéré comme une atteinte impardonnable à ce système intelligible et rigoureux, où tous les éléments doivent s'emboîter logiquement[674]. Pour cette raison, il est obligatoire de donner corps à

[669] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible? », *op. cit*., p. 157.
[670] *Ibid*., p. 158
[671] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 24.
[672] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.
[673] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[674] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie », *op., cit*, p. 126.

cette hypothèse, par conséquent d'en faire une norme. Il s'agit du seul élément permetant la validation des autres normes, qui lui seront inférieures.

Paragraphe 2 Une réévaluation de la validité du discours, par la fiction constitutionnelle

Le discours constitutionnel permet d'attester de la validité de la législation en place. Le droit est ainsi appuyé par un autre droit, celui de la norme suprême. Il est cependant nécessaire pour cet ordre de s'assurer une forme d'autonomie. Le droit ne peut être concurrencé par une autre organisation, pour éviter qu'il ne soit discuté et remis en question. Le discours constitutionnel ne peut délivrer qu'une vérité unique. Le discours politique doit la suivre. Les représentants politiques qui iraient à l'encontre de la norme suprême, risqueraient de voir leur propre légitimité mise à mal. Un consensus doit être opéré. S'opposer à la Constitution signifie défier le système juridique dans son ensemble. La Constitution justifie le discours juridique proposé par les hommes politiques et non l'inverse (I). La fiction va contraindre l' homogénéisation des pratiques politiques, au-delà des alternances entre les différents partis. La Constitution n'est donc pas qu'un simple écrit. Elle impose un cadre, dans lequel son application va devoir s'inscrire, pour permettre la pérennité du régime dans le temps. Sans cela, le texte ne pourrait espérer avoir une longévité qui dépasserait les passions humaines du moment (II).

I La vérité constitutionnelle un appui validant l'authenticité du discours juridique

La fiction constitutionnelle repose sur une logique fragile, mais qui est un rempart pour permettre l'hégémonie du droit. Du fait de son appartenance aux sciences souples, la science juridique ne peut être entièrement prouvée. L'incapacité de contester pleinement le droit en place, permet d'assurer sa pérennité. La Vérité délivrée par la fiction constitutionnelle n'est donc pas complètement vérifiable. Le droit ne contient pas

toutes les questions posées par l'esprit humain. C'est donc à la fiction juridique de compléter les manquements, pour appuyer la législation en place (A). Cette même fiction va permettre de faciliter la compréhension du discours juridique, par tous. Le droit va s'extraire de ses caractéristiques techniques, sophistiqués, maîtrisées uniquement par ses praticiens. Il va être également assimilable par ceux auquel il entend s'imposer, les citoyens (B).

A La légitimité de la fiction constitutionnelle fondée par la solution de l'axiome

Il est curieux de constater que dans la forme, la pyramide des normes de Kelsen voit la Constitution à son sommet. En toute logique elle devrait être au fondement ; Si le texte suprême est retiré, alors les autres actes de droit s'effondrent et réduisent à néant la structure de l'ordre juridique. L'hypothèse de la Constitution en tant qu'acte de droit doit engendrer une norme capable de maintenir le système. La spécificité dans ce cas de figure provient du fait que cette norme, ne sera pas mise en place cette fois par une autorité juridique, mais par une norme supposée. Cela signifie que nous reconnaissons cette norme, uniquement car l'on accepte la signification subjective de l'acte constituant, ainsi que les actes créateurs de normes dû à la Constitution. En reconnaissant la valeur subjective de l'acte, sa signification objective est également admise[675]. L'ensemble de ce système normatif doit son existence à un axiome. Une vérité qui ne peut être prouvée concrètement, mais qui reste en sois évidente. Pour exemple, le juge constitutionnel est avant tout un protecteur des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux et les valeurs qu'ils véhiculent, apparaissent comme supérieurs aux valeurs démocratiques.

Cette situation confère « au juge, sous l'effet du développement combiné de la justice constitutionnelle et des juridictions européennes supranationales, un rôle moteur dans le développement et la promotion des droits fondamentaux. La valeur « bon juge », combinée à celle de la « primauté des droits fondamentaux », conduisent à accepter que les choix de sociétés sur des sujets sensibles ne soient plus déterminés à partir de

[675] H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op., cit,* p. 265.

processus démocratiques mais juridictionnels[676] ». Ce constat prouve que comme pour les fictions artistiques, telles le cinéma ou la littérature, la fiction du droit a recours à une certaine part de crédulité consentie. À la fin du XIXème siècle, le droit a pu être assimilé par une partie de la doctrine allemande comme un éventuel phénomène psychologique. Cet état de fait aurait pu expliquer le positivisme juridique. Les effets du droit, tels que ceux engendrés par un texte juridique comme éventuellement la Constitution, impliquaient obligatoirement une transcription sur le plan du psychisme individuel. La réalité positive prévue par le droit, devient la réalité psychologique. Ce phénomène a d'ailleurs fini par être qualifié de positivisme psychologique[677]. Cette façon de percevoir le droit, reste cependant assez marginale.

L'utilisation juridique de la psychologie parait douteuse dans ses prétentions. Le système juridique demeure donc ce système de concepts que nous connaissons. Il se trouve une tendance à le confondre avec un système de pensée[678]. Il existe un phénomène de distanciation et de fictionnalisation du droit[679]. L'observation des régimes politiques par le prisme de la Constitution, nous révèle qu'il ne faut pas attendre de la norme suprême autre chose que ce qu'elle peut produire. Le texte propose une histoire inventée certes, mais nécessaires aux besoins de l'État de droit. Il ne s'agirait néanmoins que d'un texte juridique en plus, pour permettre d'accepter plus facilement un certain état de fait, lié à l'autorité en place. La portée normative qui s'en dégage est parfois remise en question sur certains points. Les carences qui y sont décriées, apparaissent comme trop voyantes pour pleinement accepter la norme constitutionnelle. Il est possible de percevoir ce phénomène, au travers de la distinction entre les normes d'applicabilités directes et celles d'invocabilités directes.

L'applicabilité directe signifie que la norme s'impose à ceux qui doivent la respecter. L'invocabilité directe de la norme sous entend qu'il est possible de contraindre au respect de celle-ci, devant un juge. Une norme peut très bien être d'applicabilité directe, sans cependant être invocable. Elle est contraignante à ses destinataires, mais elle ne leur permet pas de l'invoquer devant un juge au cours d'un litige. Ce cas ne sera pas sans incidence sur la pratique. Il sera impossible au juge de

[676] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[677] W. Ott, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ème éd., 1992, p. 59.
[678] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 122.
[679] J. Sohnle, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *op., cit*, (consulté le 21 septembre 2020), p. 5.

contraindre à la pratique de ce droit[680]. Bien entendu, cette situation ne peut être acceptée par le pouvoir judiciaire qui est mis à mal. Le constituant est également laissé dans le désarroi. Au travers de cette situation, c'est toute la portée de son œuvre qui est réinterrogée.

B Une nouvelle nature du discours juridique, offerte par la fiction constitutionnelle

La distinction entre l'applicabilité et l'invocabilité directe a été illustrée par le Conseil d'État, en ce qui concerne certaines dispositions de la Charte de l'environnement. D'après le juge, l'article 1er de la Charte de l'environnement doit être appliqué par les autorités administratives, dans le cas où elles précisent les modalités d'application de la loi, qui permettent la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles. Le Conseil d'État précise qu'il ne lui est possible de contrôler les mesures en lien avec l'application de la loi, que lorsqu' « elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaires[681] ». Pour l'administration, l'article 1er de la Charte de l'environnement est d'applicabilité directe et non d'invocabilité directe, dans le cas où l'administration agirait pour tirer les conséquences nécessaires des dispositions législatives. Il existe donc pour les juridictions administratives[682], des difficultés à appliquer directement les droits fondamentaux. « Il est en revanche indiscutable que les normes constitutionnelles, et en particulier les Droits Fondamentaux constitutionnels sont, en principe, d'applicabilité directe pour le législateur et le justiciable, lorsque celui-ci est habilité à saisir le juge, lorsqu'il existe une juridiction constitutionnelle[683] ».

Si le droit constitutionnel n'est apprécié que comme une technique juridique, alors cela revient à lui ôter les possibles recours à l'imaginaire qu'il propose[684]. La fictionnalisation du droit constitutionnel permet d'aller au-delà des énoncés, pour mettre

[680] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit.* [en ligne]. « L'on pourra considérer qu'une norme est d'applicabilité directe si elle s'impose directement à ceux qui sont visés par celle-ci, sans nécessité aucune d'une autre norme de concrétisation ; elle sera d'invocabilité directe s'il est possible d'en réclamer directement le respect devant un juge ».

[681] CE, 26 février 2014, *Association Ban Asbestos France*, n° 351514.

[682] Comme le montre notre exemple, mais les personnes privées rencontrent également les mêmes problématiques.

[683] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].

[684] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.*, pp. 8-9.

en valeur la technique d'écriture utilisée pour la rédaction de la norme. En occident, cet exercice lié à la fiction du droit constitutionnel est le résultat d'une évolution de l'après Rome antique[685]. Sur ce sujet, les travaux fait sur la jurisprudence romaine qui ont permis la tournure particulière du discours juridique occidental, sont principalement dû au juriste Quintus Mucius Scaevola[686]. Le droit romain ne s'intéresserait donc pas à la nature, ou aux exigences d'ordre éthique ou politique. Son principal lien résiderait dans la structure de la société privée[687]. Déconnecté d'un véritable fondement politique, le droit se trouvera dépourvu des dynamiques de la sphère publique[688]. Progressivement, les juristes romains vont commencer à nommer leur droit par un dénominatif, en mesure de refléter sa substance. À titre d'exemple, le *ius* va permettre à la norme de se détacher des valeurs religieuse et politique, pour finir par s'éloigner totalement de l'aspect matériel sous-entendu par l'existence humaine[689].

Ce mode de fonctionnement, mis en place par le droit, l'amène à créer des séparations épistémologique, le mettant à l'écart du monde qu'il est censé régir par ses normes[690]. Par ce procédé, le système juridique finirait de se replier sur lui-même[691]. Cette distance créée par la norme juridique l'amène à considérer une réalité différente de celle des citoyens. Des rapports d'obligations finissent par se créer. L'un d'entre eux vise les liens unissant les sujets de droit, qui présentent un caractère personnel. Ce dernier inspire les prérogatives inhérentes à l'élaboration du droit. Encore de nos jours, il va avoir des conséquences fondamentales pour la norme suprême. Le *ius* se présente finalement comme un réseau de concepts abstraits, capables de prendre une forme propre grâce à une logique interne. Il en résulte pour les juristes, une nécessité d'étudier les permanences dégagées par ces concepts, qui témoignent d'une importante puissance représentative[692]. Cette situation a provoqué la transformation du système lié au droit objectif, en fiction[693]. La Constitution devient à cet effet, un lien qui permet la jonction entre le monde imaginaire et celui imposé par la réalité juridique. Un équilibre doit être

[685] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, op., cit, p. 86.
[686] Juriste romain dont les travaux sont supposés prendre place entre 95 et 86, av. J-C.
[687] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, *op., cit*, p. 274.
[688] *Ibid*., pp. 497-498.
[689] *Ibid*., pp. 275-277.
[690] *Ibid*., p. 277.
[691] A. Schütz, « L'immaculé conception de l'interprète et l'émergence du problème juridique : à propos de « fiction » et « construction » en droit », *Droits-RFTJ*, n°21, 1995, p. 113.
[692] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, *op., cit*, p. 392.
[693] J. Sohnle, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *op., cit*, p. 5.

mis en place, pour permettre à ces deux formes d'expressions de coexister et proposer une certaine forme d'harmonie.

Néanmoins au travers de cet effort, c'est bien l'aspect rationnel du droit qui est remis en question, par ses difficultés pour être appliqué de façon concrète. La fiction constitutionnelle sert d'appui au système juridique en place, pour renforcer la portée des textes normatifs. Le juge est alors en mesure d'établir des solutions, pour répondre aux problèmes de droit rencontrés.

II La fiction constitutionnelle, caution de la souveraineté du pouvoir étatique

L'imaginaire constitutionnelle permet de magnifier la situation politique, dans laquelle la société évolue. Il s'agit de mettre en place de nouvelles fictions pour construire l'État de droit. Les citoyens sont ainsi amenés à accepter plus facilement la relation établie entre les dirigeants et les dirigés. De tels artifices s'inscrivent dans la continuité de pratiques plus anciennes. La fiction constitutionnelle peut être considérée comme le prolongement de la logique d'un récit, tel que le contrat social (A). La norme suprême est également un écrit, qui relate l'histoire juridique de l'État de droit. Dans cette optique elle permet d'établir par son texte, une vérité qui ne pourrait être remise en question par d'éventuels détracteurs (B).

A Une redéfinition du consentement unissant les gouvernants aux gouvernés

Le droit constitutionnel est plus concerné par les problématiques de la fiction. Il fait appel à tout un imaginaire destiné à asseoir sa légitimité, au sein de la communauté. La Constitution par ses rapprochements au mythe et au sacré, est en mesure de véhiculer des images de toute puissance. Nous le voyons par exemple avec la théorie du contrat social, ainsi qu'avec le principe d'autonomie de la volonté. Par le biais de ce schéma, le sujet est considéré comme un véritable souverain. Il est celui qui a autorisé la création du lien de droit entre lui et l'État. Il ne peut considérer sa sujétion à ce dernier comme

injuste, puisqu'il l'a lui-même désirée. « Cela tient précisément au fait que le droit est d'abord phénomène de contrainte. Ici, la contrainte prend le masque de la liberté. Dans un tel contexte, le sujet du droit apparaît comme un être libre. Il devient un sujet fantasmé...[694] ». La norme et la contrainte qui découle du contrat social, sont des limites à la toute puissance supposée des représentants de l'état sauvage. Cette situation permet de tempérer la méfiance du citoyen à l'égard des dirigeants, face auxquels il est impuissant. Ce sentiment s'explique par le fait qu'en droit public français, la norme suprême est assimilée à un commandement unilatéral, malgré ses prétentions à agir au nom de l'intérêt général[695].

La Constitution ne peut être assimilée au contrat social. Par sa nature, elle est supérieure à un simple accord passé entre deux parties. Elle demeure l'expression d'une volonté unilatérale, une émanation d'un corps souverain et indivisible[696]. La théorie du contrat social permet cependant aux membres de la société, de compenser un sentiment d'infériorité. « La théorie du contrat social et la théorie de la souveraineté qui en résulte traduisent donc de façon profonde une compensation au sentiment d'infériorité vécu dans le contexte juridique et bureaucratique par l'individu, à travers un système fantasmatique de représentations où l'individu se voit restituer de façon fictive sa toute-puissance, notamment par l'intermédiaire de la toute puissance collective[697] ». Bien que ce qui est présenté en matière de reconnaissance de la Constitution en tant qu'acte de droit soit faux et ne peux être attesté comme vrai, la société étatique accepte de se laisser persuader par cette réalité, de manière à ce que tout ce qui découle de cette fiction paraisse crédible. Ainsi, il est communément accepté que la Constitution ne puisse être réellement reconnue comme un acte de droit légitime. C'est une carence consentie, pour que le reste du corpus normatif soit reconnu.

Comme nous nous en sommes aperçus précédemment, il ne s'agit pas d'une simplification propre à la Constitution. Les théories touchant au contrat social et à l'état de nature de Hobbes ou Rousseau, reposent sur des stratagèmes aux fonctionnements identiques à ceux permettant la légitimité de la norme suprême. Cette légitimité accordée à la Constitution, repose bel et bien sur une fiction fondée sur un programme de vérité. Son authenticité ne serait ni supérieure, ni inférieure à un autre programme.

[694] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 145.
[695] O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1994,p. 237.
[696] G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. IV, 3e éd., Paris, LGDJ, 3e éd., 1984, p. 49.
[697] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.* p. 145.

Dans l'univers que cette fiction contribue à mettre en place, il instaure sa temporalité propre. Plus important encore, il définit les conditions qui permettent de relier la fiction à la réalité. Par ce procédé, nous nous rapprocherions d'un mythe, qui autoriserait à rendre compte et à figer un imaginaire collectif[698]. S'il est accepté par tous, il contribue à la création d'un peuple qui se reconnaît dans cette croyance commune. Cette dernière constitue un facteur d'unification propre, bien que la vérité soit apparemment indémontrable.

La théorie du contrat social de Jean-Jacques Rousseau a fait émerger la Constitution moderne. Elle associe les mécanismes du contrat à l'identification d'un dirigeant précis, au sein du corps des citoyens. Par ce procédé a été accréditée la vision d'après laquelle, la capacité de se constituer en corps politique et de se doter d'une forme de gouvernement, est conférée au souverain populaire[699]. La notion de pouvoir constituant est apparue. Elle a pris la place de norme originelle, au sein de la pyramide des normes[700].

B La norme suprême une verbalisation de l'histoire juridique

Cette focalisation centrée sur la notion d'imaginaire et ses liens avec la création du droit, amènent à considérer ce dernier comme une scène de théâtre sur laquelle vont être mis en scène symboliquement les récits fondateurs[701]. Dans cette optique, se trouverait au fondement de l'ordre juridique un imaginaire historique partagé par chacun[702]. Cette acceptation commune permet également de rendre le mythe constitutionnel inattaquable, au sein de la société dans laquelle il est pratiqué. La nature technique du système juridique prévu par notre Constitution contribue ensuite, à la mise en place d'une oligarchie de juristes. Cette structuration empêche cependant de

[698] B. Edelamn, « A propos des inventions juridiques », *op., cit*, p. 194.
[699] Sur ce sujet voir C.-M. Pimentel, « «Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », Jus Politicum, n° 3, [en ligne], 2009, Url : http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html, (consulté le 31 août 2020).
[700] Dans le même sens, Hans Kelsen incluera d'ailleurs le contrôle de constitionnalité comme élément permettant de définir la notion juridique de la Constitution. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *Revue de Droit Public*, 1928, p. 197.
[701] V. B. Edelman, « La fabulation juridique », *Droits*, n°41, 2005, pp. 199-218.
[702] F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, Collection histoire et document, 2004, p.19.

concentrer le pouvoir dans une seule figure. Si tel était le cas, la tension serait extrême pour celui qui posséderait ce pouvoir décisionnel. Il serait contraint de rendre des décisions, sans pouvoir se défausser sur le système ou des autorités concurrentes. Il s'agit de la méthode employée par le juge constitutionnel. Ce dernier ne rend pas ses décisions au nom du Conseil constitutionnel et des individus qui le composent, mais au nom de la norme suprême.

En ce qui concerne la Constitution, la fiction qui l'entoure peut devenir tellement puissante, qu'il devient impossible de la remettre en cause. Pour exemple, l'élection de Donald Trump en 2016 a été contestée, car moins d'électeurs avaient voté pour lui que pour son adversaire. Les spécificités des institutions des États-Unis permettent cette situation. Pour autant si l'on remet en doute la valeur de celui qui profite de cette situation, le remaniement du texte qui permet cela s'avère être une question plus délicate. C'est la fiction fondatrice de l'État qui serait attaquée. La vérité des textes fondateurs ne semble pouvoir être remise en cause. Sur ce sujet, Paul Veyne écrira que l'élaboration d'une doctrine fondant des croyances qui ne peuvent être considérées comme vraies ou fausses, entraîne des répercussions sur les domaines rationnels, comme l'histoire ou l'économie. Eux aussi devront être tenus comme étant invérifiables. Cela se justifie par un schéma qui a pour particularité de transformer les causes en raison[703]. Cette configuration indique que dans une société, il peut être difficile de distinguer la vérité du mensonge. Cette vision sera biaisée par les idéaux de chacun.

Dans ce sens, l'esthétique[704] peut également servir à exprimer cet ordre imagé. Il devient possible d'attester que « l'organisation politique dépasse la sphère du conscient, au sens où le critère du conscient réside précisément dans la verbalisation […]. Sous cet angle, le système juridique jouerait un rôle essentiel dans la verbalisation des représentations politiques[705] ». L'imaginaire politique figurerait donc sur le plan conscient. Ces considérations multiples amènent à remettre en cause les certitudes qui devraient normalement imprégner le droit constitutionnel, afin d'assurer son efficacité par l'intermédiaire de ses normes. Une distinction s'opère entre la théorie et l'application véritable du texte. La première proposition concerne l'écriture et le sens

[703] P. Veyne, *Les grecs ont-ils cru à leurs mythes? Essais sur l'imagination constitutante*, Editions du Seuil, Paris, 1983, Collection Des Travaux, p. 129.
[704] Elle peut aussi bien passer entre autres par la propagande de l'image ou par les manifestations de masses.
[705] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 146.

initial de la norme. La seconde appréciation touche à la pratique fait de l'usage de la norme. Elle peut parfois excéder ce qui était originellement prévu, ou au contraire être moins efficace que ce qui était envisagé. De même, l'activité quotidienne du juge constitutionnel interpelle, en ce qui concerne les projections de l'imaginaire.

Ses nombreuses références à « l'intérêt général », ou encore aux « exigences constitutionnelles », ainsi que toutes les thématiques développées autour, laissent apparaître une idée de sacrifice de sa personne, au nom des besoins du peuple. Le système de représentation tel qu'il est décrit par le bloc de constitutionnalité et développé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, amène à donner une autre dimension à la violence supposée par l'autorité de l'État, sur ses sujets. Cette dernière est compensée, voire même justifiée, par l'intérêt supérieur du collectif auquel appartient l'individu. Cette communauté prévaut sur tout. La personne qui invoque devant le Conseil constitutionnel une Question Prioritaire de Constitutionnalité, dont la réponse lui est défavorable, voit cet acte transformé en une forme de sacrifice honorable de sa personne. En contrepartie de sa perte, la décision rendue par le Conseil constitutionnel apporte la justice et l'équilibre au reste de la société. La décision n'est donc plus arbitraire, mais est prise pour le bien de tous.

Section 2 La fiction constitutionnelle une sécurité juridique autorisant la pérennité de la norme suprême

La mythologie mise en place par la Constitution contribue au renforcement du texte juridique. Ce dernier est en mesure de se maintenir dans le temps. Plus sa durée d'application sera importante, plus son autorité sera difficilement remise en question. La vérité prônée par la Constitution gagne une valeur ancestrale, semblable aux mythes de l'Antiquité qui ne pouvaient être réinterrogée. Le faire serait revenu à mettre en perspective l'ordre en place. Le recours à des figures mythiques à l'avantage d'éloigner l'homme. Il ne peut se mesurer à ces créatures évoluant sur un autre plan. La fiction constitutionnelle a recours aux mêmes logiques. Le pouvoir devient dépersonnalisé. Les prérogatives du pouvoir ne sont plus confiées à des humains, mais à des institutions juridiques. Le citoyen ne peut rivaliser avec ces dernières, ce qui signifie sa soumission à leur autorité (Paragraphe 1). La mythologie constitutionnelle ne peut cependant se présenter de façon aussi évidente à la société. La société moderne a souhaité s'écarter des considérations du fictif et de l'imaginaire, pour se tourner vers des prétentions rationnelles. L'imagination ne peut néanmoins disparaître. Elle est toujours un élément permettant d'asseoir le pouvoir politique en place. La fiction constitutionnelle doit prendre de nouvelles formes, pour pouvoir imposer durablement le régime juridique en place (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Le pouvoir humain, remplacé par les institutions juridiques

Le droit moderne substitue l'autorité d'un individu accomplissant son exercice du pouvoir au nom de son intérêt du pouvoir, pour confier ses prérogatives non pas à une pluralité d'individus mais à des institutions clairement définies. Nous assistons ici à un pouvoir qui n'est plus personnalisé. La légitimité d'une personne à posséder des capacités de contraintes repose désormais dans la fonction qu'elle occupe. La fiction constitutionnelle détourne la croyance que les citoyens peuvent éprouver envers une personnalité, pour la concentrer sur les institutions politiques que la norme suprême décrit. L'humain serait écarté, bien que le système démocratique contraigne à mettre en

avant des individus auprès desquels la population pourrait s'identifier. La fiction constitutionnelle va devoir opérer un transfert de confiance, afin d'appuyer la foi envers les autorités politiques (I). La norme suprême apparaît comme le texte qui contribue à mettre en place un nouvel ordre de valeur. Ce dernier va instaurer de nouvelles croyances et permettre le respect du droit, de la même façon que les citoyens pourraient respecter des dogmes religieux (II).

I La fiction constitutionnelle une solution de délégation de l'autorité politique

Le droit constitutionnel ne repose pas uniquement sur le texte qui lui confère une forme matériel. Il dépend également de l'application qui est faite de ces écrits. La pratique politique a une influence sur la portée de la norme suprême. Elle va imposer une forme de consensus. Les citoyens doivent l'approuver pour qu'il soit pleinement établi. La mythologie constitutionnelle et l'imaginaire qu'elle véhicule, sont influencés par l'humain (A). Il en découle pour le pouvoir juridique une forme d'abstraction imputable à la forme choisie pour la norme suprême. Ces considérations amènent le droit constitutionnel à revêtir une symbolique propre (B).

A Un droit constitutionnel par-delà la règle écrite

La place occupée par le Conseil constitutionnel, témoigne du fragile équilibre entre la fiction juridique et le réel du droit. Ainsi « un ordre juridique valide doit être dans un minimum efficace, c'est-à-dire que les normes doivent être un minimum respectée ou observée. Une norme ne peut jamais être "fausse" : si la norme est valide, elle existe, elle est présente dans l'ordre. La norme fondamentale n'a rien à voir avec la réalité (et même, elle a une relation contradictoire avec la réalité), au contraire de certaines normes qui ont pour objectif de régler la conduite humaine. Pour ces normes, un minimum d'efficace est exigé[706] ». Dans un régime comme celui de la cinquième

[706] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible? », *op. cit*., p. 155.

République où les corps sont séparés, les volontés et les intentions ne sont pas idoines. L'application du texte juridique n'est pas nécessairement celle envisagée. La délibération, l'échange et la réflexion sont nécessaires[707]. La réalité peut empêcher une application ou bloquer la norme par des problèmes qui n'étaient pas originellement prévus. À titre d'exemple, l'article 64 de la Constitution prévoit que : « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ».

De nombreuses façons d'interpréter le texte peuvent être mises en parallèle sur la manière d'agir du Président de la République. Doit-il agir personnellement ? Physiquement et délaisser ses autres prérogatives pour cela ? Ou cela signifie-t-il tout simplement qu'il doit prendre les mesures appropriées ? Seule la pratique régulière d'une procédure va être capable de donner une idée de la marche à suivre. Il n'existe aucune indication qui permettra d'affirmer si oui ou non, il s'agit de la bonne méthode. Le texte constitutionnel ne peut prévoir des solutions trop directives pour le juge. Ce dernier doit s'adapter à l'époque dans laquelle il exerce, pour ne pas proposer des solutions incohérentes avec la réalité qui l'entoure. Est-ce à dire que l'application du droit constitutionnel résulte de phénomènes de modes ? La réponse ne peut se limiter à « oui » ou « non ». Sur ces considérations « la norme fondamentale est destinée à la validité de l'ordre comme un tout, et elle n'est pas "appliquée" de la même façon. Une norme fondamentale n'a pas cette même relation avec le monde actuel, et sa validité ne dépend pas de son efficacité. Sa validité est une fiction, et se trouve dans le champ de l'impossible[708] ». Nous comprenons ici qu'il existe une marge, séparant l'édiction du texte de son application. Dans cette marge est contenue l'interprétation[709].

De véritables règles non écrites se mettent en place. Elles régissent le comportement des hommes, et perdurent aussi longtemps qu'ils les acceptent[710]. Ces règles établissent cependant que la Constitution ne représente pas seulement un droit écrit. L'acceptation tacite, suffit à rendre ces règles applicables. Cette situation établit également que les figures mentionnés au travers de la norme suprême, à l'instar du chef de l'État ou du 1er ministre par exemple, sont des protagonistes du récit. Ils incarnent

[707] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[708] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible? », *op. cit*., p. 157.
[709] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », *op., cit*, p. 129-130.
[710] Ces considérations amèneront un auteur comme Georges Burdeau à déclarer en 1956, donc avant l'instauration du contrôle de constitutionnalité, que la Constitution était aménée à disparaitre dans la politique, du fait des rapports de force électoraux. Elle n'avait plus sa place face aux jeux des partis et à la psychologie des hommes. La norme suprême ne serait plus qu'un hommage formel aux traditions juridiques. Elle serait un alibi pour dissimuler la primauté des faits sur le droit. G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », *op. cit.*, p. 53.

une partie de la norme suprême. Leurs pouvoirs sont prévus par le texte. Ce qu'ils font de ce pouvoir va être intégré à la pratique du texte constitutionnel. Ce dernier est en capacité de prendre forme, par l'exercice des prérogatives instituées par une figure comme le Président de la République, « gardien de la Constitution ». L'action du chef de l'État ou sa personnalité, ne sont pas les seuls éléments à prendre en compte. Il faut comprendre que « le chef charismatique apparaît comme nécessairement insuffisant dans le contexte d'une institution humaine destinée à perdurer par-delà les générations. Les systèmes fondés sur le charisme d'un individu se caractérisent par leur instabilité. C'est pourquoi le charisme personnel fait place à un imaginaire de l'autorité fondé sur une symbolique abstraite[711] ». Cette symbolique est portée dans notre société par la norme suprême.

La mythologie développée par la fiction constitutionnelle va servir l'imaginaire, lequel appuiera l'autorité du dirigeant en place. La célèbre théorie qui désormais peut sembler découler du mode de pensée lié aux deux corps du roi, développe la création d'identités abstraites. Ces dernières amènent aux concepts d'état ou de nation, entre autres[712]. L'autorité de l'État tente par ce mécanisme, de s'écarter du principe charismatique personnel propre au dirigeant[713].

B L'abstraction du pouvoir juridique fondé par le récit constitutionnel

Cet effort d'abstraction qui est élaboré au sein de la norme suprême est propre aux sciences politique et juridique. Le droit donne l'autorité non pas à l'individu mais aux normes juridiques. Les personnalités dépositaires de l'autorité s'effaceront derrière l'institution qu'elles sont censées représenter. La notion de charisme persiste d'une certaine manière, mais elle devient beaucoup plus symbolique[714]. Dans ses circonstances, la mise en place de la Constitution qui permet la construction de notre

[711] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 147.
[712] Sur ce sujet, voir notamment E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi : Essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Paris, Folio, coll., Histoire, 2020, 896 p.
[713] Sur la notion de charisme, voir notamment ; M. Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, coll., Recherches politiques, 1986, p. 135.
[714] Nous pourrions également évoquer ici, la description des phénomènes de « rationalisation formelle » et « matérielle » du droit de Max Weber. M. Weber, *Sociologie du droit, op. cit.*, p. 162.

système juridique et de son droit, s'apparente par ses mécanismes à un système de mythes, grâce à sa spécificité à n'être ni exact, ni erronée. Les pratiques qui en découlent ne sont ni fondées, ni fausses. Le droit constitutionnel prend les allures d'une doctrine théologico-politique, dont le juge constitutionnel serait le « grand prêtre[715] ». En définitive, l'existence du texte constitutionnel ne doit sa reconnaissance qu'à sa capacité à répondre aux attentes entretenues par le désir collectif. La seule preuve de la capacité d'agir de la Constitution est contenue dans les effets concrets qu'elle provoque. La Constitution par ses origines permet d'entretenir un rapport spécifique entre la fiction et la réalité, grâce à sa capacité à canaliser les songes de chacun[716].

En réalité, le texte constitutionnel se présente plus comme étant le dépositaire d'une vérité que l'on ne saurait remettre en question. Elle représenterait l'évidence même. Il est cependant nécessaire, pour que cette vérité soit pleinement en vigueur, que l'interprétation soit correcte. C'est elle qui met en doute la fiabilité du droit. Sa maîtrise est nécessaire, pour éviter de nourrir le doute. Comme nous l'avons vu précédemment, l'interprétation inquiète. Si elle est mal contrôlée ou trop arbitraire, elle risque de nuire à la rationalité juridique ou de remettre en cause l'ordre. Toute interprétation nouvelle se doit d'être intégrée au sein d'un immense réseau, dans lequel les interprétations jurisprudentielles et doctrinales qui ont été, s'entrecroisent. Les différentes interprétations qui se font en droit constitutionnel et qui y ont cours, sont le résultat d'un processus collectif, à l'image d'une œuvre commune à laquelle chacun des interprètes ont contribué. Il est cependant nécessaire de préserver la cohérence narrative du droit.

Pour sa part Dominique Rousseau explique que, « si la constitution «ne veut littéralement rien dire», peut-elle servir de principe de réflexion? En ce qu'elle fonctionne sur le mode du «comme si». Chaque fois qu'un acteur, une majorité parlementaire par exemple, réfère sa loi à un principe constitutionnel, il fait «comme si» celui-ci avait un sens objectif, imposant un contenu déterminé à la loi, même s'il sait «quelque part», ou même si le théoricien sait, que c'est une illusion. Dans la logique de la pratique, tout auteur est obligé de soutenir que sa décision n'est pas le produit d'un choix d'interprétation de telle ou telle disposition constitutionnelle mais de la stricte application de sa signification intrinsèque, sinon il ruine la force de sa

[715] Stéphane Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 163.
[716] B. Edelamn, « A propos des inventions juridiques », *op., cit*, p. 195.

(pro)position[717] ». Le juge devait respecter les interprétations précédentes, et entretenir le sens qui avait été donné. Le but est de donner l'impression que le droit est l'œuvre d'un seul auteur. La crédibilité du droit est également en jeu. Une proposition de droit sera plus facilement considérée comme vraie, si elle se présente comme la meilleure interprétation juridique possible[718]. De même, il vaut mieux éviter de mettre en avant ce procédé, afin d'éviter de voir des failles dans l'autorité étatique, qui tiendrait son pouvoir de subterfuge ou de jeux de l'esprit aléatoires.

En ce qui concerne notre sujet, de nombreux auteurs se sont permis de remettre en question une autorité fictive, née d'un contrat social semblable à celui que Thomas Hobbes avait élaboré[719]. La réflexion moderne sur la place des fictions commence à se construire, lorsque la réalité commence à être perçue comme éventuellement relative[720]. David Hume s'est durant l'année 1739 opposé au pacte de Hobbes et à l'idée d'une personne imaginaire, qui dans un État de nature aurait accepté de s'engager à l'égard du souverain ou de ses pairs[721].

II Un nouvel ordre de croyance fondé par la norme constitutionnelle

Par ses dispositions et la portée des valeurs qu'elle tend à mettre en place, la Constitution représente une nouvelle façon de concevoir la pensée juridique. Ces structures tendent à permettre l'émergence d'une pensée nouvelle. Néanmoins, ces schèmes sont fondés sur des pratiques anciennes. Les mêmes qui ont permis la construction des mythes antiques. L'approche liée à la pratique de la fiction constitutionnelle en reprend certains codes. Elle les détourne cependant, pour en supprimer les rapports avec les croyances en lien avec un quelconque dogme religieux. Le droit devient le nouveau culte supporté par la mythologie constitutionnelle (A). Ces appréciations nous amènent à nous interroger sur le crédit à accorder à ces

[717] D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit..*, p. 28.
[718] R. Dworkin, « La chaine du droit », *Droit et société*, n°1, vol. 1, 1985, p. 51.
[719] La principale différence avec le contrat social de Jean-Jacques Rousseau réside dans le fait que le contrat social n'est pas passé entre un particulier et la communauté politique, mais exclusivement entre les particuliers.
[720] W. Iser, *Das fiktive und das Imaginäre-Perspektiven literarischer Anthropologie*, Suhrkamp Frankfurt, 1993, p. 173.
[721] D. Hume « Of the Original Contract », *Constitution Society*, [En ligne], Url : www.constitution.org/dh/origcont.htm (consulté le 25 janvier 2021).

considérations mythologiques. Ils conduisent à interroger la valeur du droit, qui ne pourrait être qu'un mythe supplémentaire (B).

A La fiction constitutionnelle, une rupture des pratiques imposées par la croyance religieuse

Pour ce qui touche au Contrat social, si la réalité historique est remise en cause, il semble difficille de justifier l'obéissance des gouvernés par une vague promesse, faite par de lointains ancêtres. Comme le fait remarquer Guillaume Tusseau, la simple remise en question de l'aspect historique du contrat social reste en grande partie infondée. La plus grande partie des théoriciens qui élaborent un contrat social, le considèrent déjà à l'origine comme une simple fiction[722]. Il n'aspire à aucune autre prétention que ce qu'il est déjà. En ce qui concerne son propre travail, Jérémy Bentham va plus loin que ce que propose David Hume. Il faut savoir que dans l'idéologie de Bentham, l'état de nature représente une idée négative, alors que l'état social renvoie à du positif. Pour autant les deux constituent deux idéaux types, impossible à retrouver dans la réalité. Chez un auteur comme Hobbes, le droit permet de constituer un lien, car né du contrat social. Ce dernier crée également un rapport. La loi naturelle provient en effet de la volonté divine. Les preuves attestant de l'existence du contrat social proviennent d'éléments comme la loi naturelle, ou la droite raison.

Tout ceci ne représente pourtant que des fictions. Cette solution est loin d'être suffisante pour Bentham. La preuve réclamée par la vérité doit être la vérité seule. Un discours qui se contente de références à la réalité n'est pas suffisant. La fiction ne se veut être qu'un compromis avec cette vérité, dont elle reste éloignée. Le droit constitutionnel français a su garder certains éléments de cette vision par l'héritage révolutionnaire qu'il continue à porter, notamment à travers la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Le droit constitutionnel révolutionnaire oriente sa foi vers le légalisme des Lumières. Les révolutionnaires de 1789 héritent de certaines croyances[723].

[722] G. Tusseau, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel*, Editions L'Harmattan, 1er janvier 2001, collection Logiques juridiques, p.54.

[723] Néanmoins, il reste difficile de connaitre exactement la portée philosophique exacte, de l'influence des Lumières, sur les révolutionnaires français. S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll., Pluriel, 1988, p. 331.

Le droit mis en place serait perçu comme un progrès qui permettrait l' « affranchissement (…) des servitudes du passé et la conquête d'un bonheur croissant[724] ». Un véritable « amour des lois[725] » est mis en place. Ce qui amène à une autre croyance d'après laquelle, il existerait des principes qui prévoiraient des droits, dont chaque homme pourrait disposer. Ils représenteraient « le but de toute institution politique[726] ». La Constitution permettrait la naissance de l'homme moderne. « Sans doute, certains l'analysent comme le moment de l'aliénation de l'homme soit parce qu'elle le sépare de ses racines naturelles, de sa relation à Dieu, de ses identités traditionnelles, soit parce qu'elle consacre, selon la formule marxiste, la séparation de l'homme avec l'homme et l'égoïsme bourgeois. Mais il ne pourrait y avoir séparation ou aliénation que si l'individu abandonnait son identité, ou ses qualités antérieures, pour acquérir celle qui, par la magie du miroir constitutionnel, vont précisément le constituer être de droit[727] ».

Le positivisme législatif sera alors considéré comme le meilleur système de protection du droit naturel. Plutôt que de se contenter de déprécier la fiction, un auteur comme Hans Vaihinger a tenté de s'interroger sur l'efficacité de leur usage. Le recours à cette forme d'imaginaire donne des résultats corrects, bien que fondés sur des idées intentionnellement erronées [728]. Loin des idées d'un usage servant la duperie, Vaihinger prône pour sa part un usage raisonné de la fiction. Leur emploi serait ainsi lié aux notions de connaissance, d'éthique mais également de l'épistémologie, dans un sens critique des méthodes de pensée[729]. La fiction constitutionnelle va venir synthétiser ce travail d'épistémologie, dont elle représente l'aboutissement concret de ce processus.

B Le passage du droit sacré par des prétentions fictives, au droit réel

[724] F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 179.
[725] S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* Paris, Hachette, coll., Pluriel, 1988, p. 376.
[726] Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
[727] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.,* p. 25.
[728] H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob- System der theiretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menscheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, *op., cit.,* p. XII.
[729] V. la distinction entre dogme, hypothèses et fictions, H. Vaihinger, *op., cit.,* pp. 219-230 et 143-154.

Mêler éthique et épistémologie permet de donner une cohérence spécifique à la fiction liée au droit. Vaihinger rattache le pragmatisme et le normativisme, retirant ainsi les aspects négatifs liés à l'usage de la fiction dans le droit. La présence intentionnelle de la fiction, que cela soit au sein du système juridique ou dans ses institutions, doit être proportionnelle à l'utilité pratique qui en découle. La science juridique se résumerait pour Vaihinger à la science des institutions humaines arbitraires[730]. La mauvaise opinion de Bentham concernant sa spécialité, le pousse à réprimer violemment l'utilisation concrète de la fiction, et ceux jusqu'aux qualificatifs qu'il leur attribue[731]. Il n'est pas tolérable selon lui, que les prérogatives inaltérables de l'humanité s'établissent sur les fondements instables de la fiction. Il ne se contente pas de dénoncer l'aspect fictif du contrat social par exemple. Il reproche à cette fiction et aux autres en général, le simple fait d'exister. Il les juge tout simplement inutiles. Cette accusation intervient au moment où le principe d'utilité est reconnu comme une valeur fondamentale.

Ses recherches le poussent à écrire que désormais, l'existence de la fiction n'a plus lieu d'être[732]. Le travail de Bentham intervient dans une période où la fiction ne constitue pas encore un objet d'étude à part entière. À titre d'exemple, Francis Bacon se focalise sur les idoles, qui comme la fiction pour Bentham, pousseraient l'humanité vers l'obscurantisme[733]. La perception épistémologique de la fiction va évoluer. À la suite des recherches de Bentham, une véritable chasse aux sorcières va être lancée par des auteurs adhérents à ses idées. Il faut constater que dans les premières sociétés humaines et dans les civilisations préhistoriques, le droit n'occupe pas une position à part vis-à-vis de la perception du monde. Cette situation l'empêche d'être abordé comme une fiction[734]. Dans cette perspective, un auteur comme Mircea Eliade présente les lois morales proches de nos lois juridiques, comme des constructions découlant de notre révélation du sacré.

Le réel s'apparenterait à une force, ou plus précisément à une vie. La finalité de la science du droit serait en conséquence de conférer à la réalité juridique, une vision

[730] H. Vaihinger, *op., cit.*, p. 257.
[731] Pour exemple, l'utilisation de l'expression : « the pestilential breath of Fiction », J. Bentham, *A Fragment on the Government, being an examination of what is delivered on the subject of government in general in the introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*, London, T. Payne, 1776, préface p. XXXVII.
[732] J. Bentham, *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques*, Paris, éditions L.G.D.J. Bruylant, collection La pensée juridique moderne, 1996, p. 124.
[733] F. Bacon, *Novum Organum*, New-York, Collier & Son, 1911, p. 6.
[734] J. Sohnle, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *VertigO, op., cit.*, p. 4.

idéale, pourtant qualifiée d' « ésotérique » par certains auteurs[735]. Cette association rapproche le droit à ce qui est étrange, mais aussi singulier. Peut donc être considéré comme véritable, ce qui existe d'une manière pleine, ou qui relève d'un mode d'existence exceptionnel. La sacralité devient réelle[736]. La spiritualité et les conceptions mystiques crées par l'homme autour de la nature, imprègnent le droit et vont même jusqu'à mêler ces notions. À l'image du mythe de Protagoras, la justice des origines s'illustre comme un don des dieux[737]. Pour ce dépouiller de l'imaginaire et donc de la fiction présente au sein de ce qui peut être considéré comme un prédroit, il est nécessaire de passer par une longue période historique. Pendant ce laps de temps, la fonction juridique va tenter de devenir pleinement autonome[738]. La finalité de ce processus sera une législation, reposant sur une logique qui se passe de procédés fictifs.

Si l'on prend pour exemple certaines normes issues de la Grèce antique, il est possible de se rendre compte que plusieurs d'entre elles parviennent à se détacher de la sphère religieuse. La finalité n'est pas de les rendre autonomes vis-à-vis de la foi, mais de permettre l'intégration de la politique au sein de la société grecque. La réglementation politique permet ainsi l'affranchissement des schémas de l'imaginaire, dans la vie citadine, tandis que la philosophie autorise les manifestations spirituelles. Le droit reste étroitement lié à la politique, qui s'exprime par l'intermédiaire des lois[739].

Paragraphe 2 Une logique constitutionnelle renouvelée, applicable à son époque

La mythologie portée par la fiction constitutionnelle réclame de s'inscrire dans la longévité, pour permettre d'établir une vérité qui ne saurait être contestée au gré des débats. Ce mythe mis en place autour de la norme suprême permet de renforcer le texte même. Les mots qui le composent vont être porteurs de sens et de valeurs. Néanmoins, c'est au juge constitutionnel que reviendra la tâche de conférer une signification aux

[735] P. Amselek, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public,* 1978, p. 6.
[736] M. Eliade, *Traité d'histoire des religions*, Paris, Payot, 1991, coll., Bibliothèque historique, p. 21.
[737] Platon, *Protagoras*, Frédéric Ildefonse (dir.), Paris, Flammarion, coll. Garnier Flammarion/ Philosophie, 1997, pp.81-84.
[738] L. Gernet, « Droit et prédroit en Grèce antique », in L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, *op., cit,* pp.9-11.
[739] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, *op., cit,* p.86.

mots employés. Il n'est cependant pas réclamer qu'un terme ait la même résonance, d'une disposition à l'autre. Le texte constitutionnel peut ici avoir un caractère aléatoire. Il est nécessaire de garder à l'esprit que ces contraintes sont nécessaires pour entretenir la fiction constitutionnelle. Elles sont au service de sa cohérence interne. La force du texte constitutionnel en tant qu'écrit, permettra de servir l'adhésion de ses lecteurs (I). Ces exigences sont d'autant plus nécessaires du fait que les notions de fiction et de mythologie, possèdent des pratiques qui seraient en contradictions avec les exigences de la société moderne. Leur usage appartiendrait au passé. Il est important de les remanier, pour les habiliter aux pratiques politiques actuelles (II).

I Les qualités de l'écrit constitutionnel au service de la fiction prônée

Pour que la pratique constitutionnelle puisse perdurer à l'écart des vicissitudes du monde politique, le juge doit imposer une forme de technicité dont lui seul est en mesure d'en maîtriser les codes. Il en ressort une application de la règle constitutionnelle, pour laquelle il est l'unique détendeur de la logique abstraite qui anime le texte. Il se doit d'exercer ses capacités en parallèle du débat juridique (A). Le juge va conférer une valeur pour chaque mots employés dans la Constitution. La norme va être ramenée au statut de texte. L'usage d'un terme va varier d'un article à l'autre, en fonction de la valeur qu'il sera choisi de donner à la disposition dans son ensemble (B).

A L'affirmation de la théorie constitutionnelle face aux pratiques politiques

Le droit moderne applicable au sein de notre société découle du droit romain antique. Ce dernier obéit à des codes précis. Les gestes et formules qui sont appliqués, répondent à une objectivité, impossible à contredire, et qui témoigne de son indépendance. Le système mis en place par le droit romain, illustre le niveau d'abstraction présent dans ce qui préfigure, le *ius civile*[740]. Ce caractère abstrait s'est

[740] A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, *op., cit*, p. 87-89.

métamorphosé. Il continue à être employé, notamment au sommet de la hiérarchie des normes. Pour exemple dans le *ius civile*, il est prévu que ce qui est prononcé oralement devra être considéré comme une formule de droit. Cette appréciation rend le citoyen capable de créer du droit, grâce à sa simple parole. Ici, la fiction sert un *ius civile* où le droit est produit par le « verbe » du citoyen[741]. Une affirmation similaire est proposée dans l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Il prévoit que « La loi est l'expression de la volonté générale ». Désormais ce n'est plus le citoyen seul qui est en mesure d'édicter une nouvelle règle de droit, mais une majorité d'entre eux. Cet élément représente une cassure, pour ce qui touche à l'établissement de l'autorité.

La fiction juridique repose sur le même caractère abstrait. « L'ensemble de la vie politique et juridique d'un pays se déroule en marge, sinon en dehors, du texte constitutionnel [...]la véritable constitution de la Ve République, ce n'est pas le texte du 4 octobre 1958, mais la conférence de presse donnée par le général De Gaulle le 31 janvier 1964, où il affirme tout à la fois que le président de la République détient par la volonté du peuple l'autorité indivisible de l'État, définit l'orientation de la politique nationale et dispose de la «faculté de changer le Premier ministre, soit parce que se trouve accomplie la tâche qu'il lui destinait et qu'il veuille s'en faire une réserve en vue d'une phase ultérieure, soit parce qu'il ne l'approuverait plus[742] ». Un choix sur les droits et libertés qui seront consacrés au sein de la norme suprême, doit être effectué. Dans son discours le Général de Gaulle affirme des éléments contradictoires par rapport à l'esprit constitutionnel.

Il appartient au constituant, qui sur ce sujet à toute autorité, de mettre de côté ou non la règle si elle fait consensus entre les acteurs politiques. Le pouvoir de révision constitutionnelle peut également interférer sur ce point. Il s'agit alors d'une question politique. Dans cette optique, « tout droit ou liberté qui ne sera pas constitutionnalisé sera, non seulement à la discrétion du législateur dans sa concrétisation législative en particulier, mais sera, d'un point de vue normatif, comme hiérarchiquement inférieur

[741] Y. Thomas, *Les opérations du droit, op., cit*, p. 149.

[742] D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit.,* p. 20. Dans la continuité des explications de Dominique Rousseau ; « La véritable constitution républicaine de la France jusqu'en 1958 ne sont ni les lois constitutionnelles de 1875, ni la Loi fondamentale du 27 octobre 1946, mais le discours prononcé par Jules Grévy le 31 janvier 1879, dans lequel il affirme que jamais le Président de la République n'entrera en conflit avec la volonté des chambres : un accord politique s'établit en conséquence pour interpréter toutes les dispositions constitutionnelles, y compris celles relatives aux pouvoirs de l'exécutif, dans un sens toujours favorable au Parlement ». *Ibid*., p. 20.

par rapport aux droits et libertés constitutionnalisés[743] ». Il apparait ici une spécificité du droit, dans « cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création[744] ». De même, si le droit fondamental n'est pas d'ordre constitutionnel, il peut être d'ordre conventionnel. Il existe donc des moyens de concurrencer les droits garantis par la Constitution, ce qui tend à remettre en perspective les raisons de son existence. Il apparait une catégorie de normes, pour compenser les carences constitutionnelles. Néanmoins si ces droits sont reconnus, ils n'ont encore une fois pas la même valeur que les droits constitutionnels originaux. Sauf exceptions, ils n'ont pas une protection équivalente, garantie par un système idoine.

B La signification du texte constitutionnel suspendue au choix des mots

Malgré nos précédentes observations, il est un caractère important de la Constitution qui a trop souvent tendance à être ignoré, mais pourtant fondamental. La norme suprême est composée de mots indépendants les uns des autres, avant qu'ils ne forment une norme qui crée du droit « dur ». Il s'agit d'un texte, « par conséquent irrémédiablement indéterminé et indéterminant, puisque le sens des mots est à jamais indécidable[745] ». La dernière considération est trompeuse. Elle amène à penser que le corps de la Constitution est automatiquement impossible à contester, qu'il ne se prête pas à une réflexion sur le sens à apporter à l'écrit. Pour comprendre ce qui est proscrit ou admis, il suffirait de lire le texte constitutionnel. Dans des circonstances extrêmes, il serait peut être nécessaire de lire les travaux préparatoires, et avoir quelques précisions sur les intentions originelles du constituant. Le rôle du juge sur l'application de la Constitution apparaît alors comme justifié. « Si, en effet, elle ne veut rien dire, si le sens n'est pas déjà là, contenu dans les dispositions constitutionnelles, il doit être apporté de l'extérieur par les acteurs sociaux qui les utilisent et le juge constitutionnel est, comme

[743] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit.* [en ligne]. Rappelons nous également des mots de Hans Kelsen à propos de la définition d'un ordre, « Un 'ordre' est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, comme nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes appartenant à cet ordre », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 1999, p. 39.
[744] H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op., cit*, p. 224.
[745] D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 28.

le député ou le ministre, un de ces acteurs sociaux. Dès lors qu'il est admis, dans ce registre de pensée, que le texte dont le Conseil constitutionnel se sert pour contrôler la loi ne contient aucun commandement, aucune obligation claire et précise, il revient «naturellement» au Conseil de dire le droit, c'est-à-dire de déterminer le sens des mots au moment d'en imposer le respect aux acteurs politiques[746] ».

La technique interprétative du Conseil constitutionnel l'invite à attacher ses créations jurisprudentielles, à la volonté originelle du constituant. La détermination qui anime le juge constitutionnel à caractériser sa jurisprudence est le résultat d'un choix, réalisé entre de multiples significations possibles. La décision du juge est libre. Le juge ne saurait être tenu par une norme qui ne posséderait aucune signification. Ce mode de fonctionnement dénote par rapport à l'idée traditionnelle, selon laquelle il suffit qu'une loi soit promulguée pour qu'elle soit correctement appliquée. Cela n'est pas aussi simple. La démarche de justification du juge constitutionnel altère la signification originelle des principes visés. Ces derniers sont alors reformulés. Sur le plan de la stratégie politique, le juge constitutionnel possède la capacité de donner la solution qu'il désire, au litige qui lui est soumis.

Il lui est par exemple possible de décider que le terme « programme » voit son sens modifier entre l'article 38 et l'article 49 alinéa 1er de la Constitution de 1958[747]. Le Conseil constitutionnel a agit de même, en reformulant le droit de propriété prévu par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen dans son article 17[748]. Rappelons également que sur un plan en lien avec la philosophie, la doctrine a toujours mis en avant les différentes inspirations et finalités qui entouraient la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et le Préambule de la Constitution de 1946. Le premier texte possède une lettre libérale et individualiste. Le second véhicule des valeurs sociales[749].

---

[746] *Ibid..,* p. 22.

[747] Voir sur ce point, la décision n° 76-72, DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, rec. p. 31. Dans cette affaire le Conseil constitutionnel conclut que le Gouvernement est en mesure de demander de demander au Parlement de légiférer par ordonnance, sans qu'il ait à lui faire connaitre au préalable son programme. Sur un sujet différent mais toujours en lien avec les capacités de reformulation du Conseil constitutionnel,, nous pouvons nous rappeler bien entendu de la décision n° 71-44, DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, rec. p. 29. Ici le Conseil constitutionnel décide que la liberté d'association, telle qu'elle est prévue par la loi du 1er juillet 1901, représente un principe constitutionnel. Ainsi elle est en mesure de censurer les lois qui viendraient remettre en perspective cette liberté.

[748] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, op. cit.*, p. 145.

[749] Sur le sujet voir par exemple D. Rousseau, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *La revue administrative*, n°296, 1997, p. 164 ; V. Champeil-Desplats, « Raisonnement juridique et pluralité

« Ces deux textes formulent en vérité des normes simultanément irréalisables, comme la simple lecture parallèle de l'alinéa 9 du Préambule et des articles 2 et 17 de la Déclaration permet de le constater[750] ». La conciliation des normes au sein même du bloc de constitutionnalité, n'est pas évidente. La recherche de l'intention des auteurs ayant engendré la norme constitutionnelle, apparaît ici comme cohérente et légitime.

Le texte constitutionnel retrouve sa valeur d'écrit, au travers de l'étude des mots qui le composent. Ces mots sont cependant porteurs de significations variables d'un énoncé à l'autre, selon le sens que le juge souhaite leur conférer. La tangibilité du droit parait ici être difficile à apprécier, tant la portée des termes employés semble fragile. En outre, la norme constitutionnelle représente un récit extrêmement hétéroclite, de par la pluralité des écrits qui la compose. Ils sont d'origines, d'époques et d'inspirations variées. La conciliation de ces différentes normes, nécessite une interprétation large de la part du juge constitutionnel.

II Un droit actuel sous l'influence de pratiques juridiques antiques

Par ses caractères qui rapprocheraient la Constitution du mythe, la notion véhicule nécessairement un aspect ancien. Cela est une composante nécessaire pour que ses dispositions aient une valeur de vérité, qui ne saurait être remise en question. Au cours des deux derniers siècles les constitutions se sont succédées, si bien qu'il n'est pas vraiment possible d'évoquer la longévité qui animerait une partie de ces textes. C'est pourtant oublier la portée de l'action du constituant originaire, qui animerait chacun de ces textes. Les normes suprêmes peuvent être changées, mais c'est toujours le même esprit qui les anime. Il n'existerait donc pas une pluralité de constitutions mais bien un texte unique, métamorphosé par nécessité (A). L'usage de la fiction constitutionnelle apparaît ainsi comme un moyen d'établir de nouvelles règles, en accord avec les exigences de la société moderne (B).

---

des valeurs : les conflits axiotéléologiques de normes », in P. Commanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 59-70.

[750] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 762.

A Des textes constitutionnels renouvelés mais unifié par l'esprit du constituant originaire

La mise en place d'un bloc de constitutionnalité qui accumulerait des textes issus d'époques et d'inspirations différentes n'a pu être réalisable, que sous l'autorité de la Constitution de 1958. « Si, historiquement, la Déclaration de 1789 est évidemment antérieure au préambule de 1946, juridiquement, leur édiction en règles faisant partie intrinsèque de la Constitution de 1958 s'est faite simultanément et son effet dans le temps ne joue pas plus au profit de l'une que de l'autre[751] ». Un régime comme celui de la cinquième République prône néanmoins, une certaine forme de dialogue entre les différentes institutions. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et le Préambule de la Constitution de 1946 sont tous les deux reconnus comme faisant partie du bloc de constitutionnalité actuel, bien qu'ils proposent des idées opposées. Le juge constitutionnel ne dédaigne pas la valeur constitutionnelle de l'un de ces écrits, au profit de l'autre. La jurisprudence du Conseil constitutionnelle leur reconnaît la même portée normative. La modalité déontique des normes qu'il formule, n'est en revanche pas idoine.

Une forme de hiérarchisation des droits fondamentaux peut cependant s'opérer de façon implicite, du fait d'une qualification particulière. L'énoncé de l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit que : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». La norme constitutionnelle crée une sous-catégorie au sein de son texte. Elle insinue l'idée d'une forme de hiérarchisation des normes constitutionnelles[752]. Il n'en demeure pas moins qu'au travers de la confusion de différentes époques, résultant de l'interprétation actuelle du juge constitutionnel, la figure historique du constituant s'estompe progressivement. À la place apparaît l'unique constituant originaire, l'être mythique qui traverses les périodes constitutionnelles. Sa volonté se fait connaître et se réalise dans un tout cohérent, qui commence à l'époque de la Révolution française, avec

[751] G. Vedel, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, p. 53.

[752] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].

la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, jusqu'à nos jours avec notre actuelle Constitution.

Nous nous rapprochons là du processus de mythification de la mémoire collective, développé par Mircea Eliade. Après une certaine période passée, la figure historique de l'homme laisse place à celle du héros mythique[753]. Par ces aspects, le régime mettant en avant la notion de volonté générale qui s'exprime au travers de plusieurs institutions, prenant place comme nous l'avons vu dans des institutions multiples, appelle à des concertations. Il est nécessaire de prévoir et s'entendre, sur le caractère polysémique des mots employés pour créer le droit. De même, il est important de créer une politique juridique de l'argumentation. Elle permettra d'élaborer la normativité des termes employés. Ce ne sont pas les mots qui créent la norme, mais l'intention du constituant lorsqu'il rédige le texte constitutionnel. Le débat permet de s'entendre sur la signification que les dénominations auront, d'après les intentions dictées par le contexte dans lequel se trouve la norme suprême. Il devient nécessaire de choisir judicieusement les mots qui vont être employés. Leur capacité à porter ou donner « corps » à la norme envisagée, sera déterminante[754].

Par ces observations il deviendrait possible de s'interroger sur la valeur à donner aux différentes constitutions qui se sont succédées. Doivent-elles être considérées comme des œuvres uniques, indépendantes les unes des autres, ou au contraire, forment-elles un texte unique qui a pris des formes multiples, au cours des siècles ? Le mythe constitutionnel s'apparenterait ici, à celui du héros aux mille et un visages développé par Joseph Campbell[755]. Dans sa théorie Joseph Campbell explique que les héros des différentes mythologies sont en fait un seul et même personnage, qui vivrait la même aventure, mais racontée de manière différente dans chaque récit. La norme suprême pourrait être confrontée au même cas de figure. Il n'y aurait pas des constitutions mais bien, une seule Constitution qui serait toujours animée par l'esprit du constituant originaire.

B La fiction constitutionnelle comme témoin d'une pratique juridique passée

[753] M. Eliade, *Le mythe de l'éternel retour, op. cit.,* p. 52.
[754] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[755] J. Campbell, *Le héros aux mille et un visages*, Paris, J'ai lu, coll., Bien être, 2013, 633 pages.

Le renouveau des constitutions, qui permettrait de faire abstraction des pratiques passées n'est pas incompatibles avec certains usages familiers du monde juridique. En effet, la doctrine contemporaine semble avoir tendance à s'approprier la thématique de l'oubli des principes qui avaient une valeur particulière pour les révolutionnaires français. En conséquence, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se présente comme une nouvelle découverte de principes mis à l'écart. Ces nouveautés permettraient de parachever une construction. « Les pères de la Déclaration de 1789 avaient entendu placer les droits de l'homme au sommet des normes qui régissent la Cité (…). La pyramide est restée inachevée durant cent cinquante ans : la loi souveraine, comme le monarque absolu, pouvait impunément s'affranchir du respect de la norme supérieure (…). Le Conseil constitutionnel a mis fin à cet absolutisme. La pyramide institutionnelle coïncide désormais avec la pyramide des normes[756] ». La lecture de l'histoire constitutionnelle par le prisme téléologique, entraîne des anachronismes juridiques. L'œuvre révolutionnaire est finalement lue avec des concepts contemporains.

Certes le discours de la continuité juridique est renforcé, mais en contrepartie le droit constitutionnel et la notion de démocratie qu'il dégage, passe pour une véritable « prophétie autoréalisatrice[757] ». Par ces analyses, la Constitution devient « la condition de possibilité du système et sa clôture dans la mesure où elle renferme et referme le droit sur lui-même[758] ». Durant plusieurs années ce trouble autour de la présence de la fiction au sein du droit a pu être apprécié, pour permettre une certaine reconnaissance du droit originel. Pour autant, aux yeux d'une société moderne[759], tout cela peut paraître dépassé, voir même complètement archaïque. Bentham explique que les fictions qui auraient pu être par le passé employées de manière totalement légitime du fait qu'il n'y avait pas d'autres solutions disponibles, ne peuvent dorénavant plus être acceptées. Dans sa *Théorie des fictions,* Bentham va s'attacher à affirmer que le système juridique entier représente une structure fictive, qui n'aurait aucun créateur connu[760]. Les constructions nés de l'imaginaire, semblent rentrer en contradictions avec les exigences

[756] J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs,* n° 13, 1991, p. 15.
[757] E. Desmons, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques,* n° 32, 2001, p. 27.
[758] D. Rousseau, « Questions de Constitution », *Politique et société,* vol. 19, 2000, p.13.
[759] Comprenons ici qu'un auteur du XVIème, XVIIème ou XVIIIème siècle, se considérait comme faisant partie d'une société moderne.
[760] J. Bentham, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. 1, Londres, W. Pickering, 1823, préface, p. XIII.

d'une société moderne. Elles apparaissent comme des obstacles pour la création du monde de demain.

La fiction aura imposé durablement sa marque sur la structure de la législation, au point que des éléments comme le droit subjectif, permettraient de désigner la fiction. L'existence de cette forme de droit serait erronée et servirait avant tout le discours, sans que les auditeurs n'y prennent garde[761]. L'opération du droit tendrait à pousser à la transformation d'entités réelles, en entité fictives[762]. Pour autant, celui qui tenterait d'établir une nouvelle fiction à la hauteur du contrat social se verrait de suite être rejeté. « Pour le moderne, l'homme ne saurait être créateur que dans la mesure où il est historique, en d'autres termes, toute création lui est interdite, sauf celle qui prend sa source dans sa propre liberté ; et par conséquent tout lui est refusé, sauf la liberté de faire l'histoire en se faisant lui-même[763] ». Immédiatement la fiction serait refusée, en étant considérée comme une tentative d'usurpation ou d'imposture. Bentham va même jusqu'à considérer qu'avoir recours aux fictions serait dorénavant considéré comme un crime[764].

Pour cette raison, l'utilisation de la fiction n'est pas dénuée de risques. Il existe un réel danger pour celui qui choisit de se servir et de répandre les fictions qui ont déjà été mises en place. Il est dorénavant possible d'éviter ces dangers. L'usage de ces fictions n'est plus nécessaire, des substituts peuvent être mis en place. D'après Bentham les fictions doivent disparaître. De nouveaux outils plus en adéquation avec le monde moderne, peuvent être employés pour les remplacer. Les citoyens n'auraient plus besoin de ce type d'histoire pour adhérer à l'autorité des gouvernants. Ce nouveau monde est celui du discernement politique. Il a pu être créé grâce à l'expansion de l'enseignement, à un degré élevé. Par ce biais, les hommes ont été en mesure de s'élever à un niveau comparable à celui des gouvernants. Les gouvernés peuvent interférer avec cette politique qu'ils comprennent. Il n'est plus nécessaire d'avoir recours à des artifices. Il est envisageable de leur expliquer les choses concrètement. Le juge constitutionnel qui agirait au nom des citoyens, apparaît comme n'étant plus une nécessité. Sa seule utilité serait d'éloigner les citoyens du jeu politique[765].

[761] J. Bentham, *Bentham's Theory of Fictions*, C. Kay Ogden (dir.), Londres, Keagon, 1932, p.118.
[762] V. pour exemple, le cas du statut des personnes, J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1, John Bowring (dir.), éd., William Tait, Edinbourg, 1843, p.470.
[763] M. Eliade, *Le mythe de l'éternel retour*, Paris, Gallimard, Folio Essais, 1989, p. 174.
[764] J. Bentham, *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques, op., cit*, p. 124.
[765] P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsman (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p.115.

Le chef charismatique précédemment évoqué, ne serait plus qu'une émanation de son extrême volonté, qui tendrait à régir les comportements humains. « Cependant, les objets sociaux d'investissement fondés sur cette sorte de configuration narcissique sont multiples : les jurys, les organes de décision politique, les cénacles d'experts, etc. Il s'agit d'objets d'investissement en ce sens qu'il s'agit des lieux où se joue la reconnaissance, mais dont il semble, vu de l'extérieur, c'est-à-dire au plan imaginaire, qu'ils n'ont pas à rechercher la reconnaissance[766] ». Les représentants politiques et juridiques, ne seraient plus que des constructions destinées à entretenir par son symbolisme, un imaginaire tourné vers cette forme de représentation, alimentée par la norme suprême.

[766] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », op. cit., p. 148.

Conclusion du Chapitre 1 :

La fiction constitutionnelle contribue à la mise en place d'une nouvelle mythologie, contenue dans la norme suprême. Cette dernière place le droit au-delà de la portée des hommes. La Constitution ne donne pas de légitimités à des êtres vivants pour exercer le pouvoir. Elle confie cette capacité à des institutions. Elle décrit leurs différentes compétences. L'humain est jugé comme appartenant à une catégorie de créatures peu fiables, uniquement animées par des intentions qui servent leurs intérêts personnels. Nous nous rapprochons de la vision classique de l'homme, voulue par Thomas Hobbes. Les sociétés et les formes de pouvoirs ont évolué, mais leurs membres eux ont conservé la même nature. Le texte constitutionnel est ainsi écarté des vicissitudes propres aux hommes soumis au vieillissement. Néanmoins, la personne humaine peut s'identifier plus facilement à ses semblables, et ainsi leur donner sa confiance. La norme suprême n'est qu'un écrit. Sa fiction ne peut servir qu'à inspirer les vivants. Le choix des mots va avoir une importance cruciale, pour fédérer les individus en une communauté. La fiction proposée va offrir une nouvelle place pour les hommes et fonder un nouvel ordre, auquel ils ne peuvent qu'adhérer.

Pour ce qui touche à ces changements liés aux formes d'autorité, nous pouvons observer une modification des mécanismes de la fiction au moment de la Révolution française. Désormais le pouvoir n'est plus fondé sur le divin religieux. Une nouvelle forme de fiction apparaît, celle liée au droit et au légicentrisme. Pour cette raison, la Constitution va devenir le texte fondateur de cet ordre de pensée inédit, tourné vers le droit et le rationnel qu'il prétend permettre. Il va cependant falloir que les détendeurs du pouvoir constituant, persuadent les citoyens de prêter allégeance à cette croyance. Le texte constitutionnel est un écrit qui se fonde sur la persuasion. Il appelle à l'obéissance par les valeurs qu'il transmet à ses lecteurs. Le récit constitutionnel va influer sur la réflexion de ceux qui le liront. L'imagination en tant qu'exercice de l'esprit, prend tout son sens. La norme suprême comme œuvre littéraire impose de donner un sens, pour chacun des mots qui la compose. Cette signification est laissée à l'appréciation des lecteurs. La valeur du terme ne sera pas non plus identique d'une phrase à l'autre. La signification pourra varier, selon la recherche d'un effet voulu. La fiction constitutionnelle ne s'éloigne pas des anciennes traditions orales, qui offraient un récit soumis aux impératifs des différents conteurs.

L'évolution de la signification du récit, qu'il soit écrit ou non, semble impossible à empêcher. Il peut même aboutir à une nouvelle rédaction, comme lorsque la norme suprême est révisée ou remplacée par un texte de même valeur. La fiction qui est portée reste cependant toujours la même, puisque l'esprit du constituant originaire demeure. Ainsi, à l'instar des différentes mythologies, la fiction constitutionnelle conserve au gré de ses différentes rédactions, des caractéristiques inaltérables qu'elle maintient d'une norme constitutionnelle à l'autre. La forme du texte change. L'esprit demeure toujours identique.

Chapitre 2 La fiction constitutionnelle autorisant un nouvel ordre juridique

L'objectif de la fiction constitutionnelle est de proposer une explication de l'ordre juridique. Par ce procédé, elle tend à définir le cadre de vie des citoyens. La Constitution a valeur de Vérité, mais celle-ci peut s'avérer décevante, insuffisante, voire mensongère, selon la place occupée par les différents membres de la société. L'acte politique en démocratie entend concilier les différentes attentes de chacun. Ces exigences ne paraissent pourtant pas entrer dans les préoccupations du juge constitutionnel. Son action à priori, ne semble pouvoir être remise en question. La fiction constitutionnelle est néanmoins une création imparfaite, du fait de son origine humaine. Tout comme les mythes de l'antiquité, il demeure certaines précisions ou des incohérences, qui découlent de son récit. Cette situation amène à réinterroger sa valeur, ainsi que son utilité au sein du discours juridique. De telles considérations amènent à se demander, si la fiction est réellement un élément pertinent et essentiel pour le droit (Section 1). Le juge constitutionnel est contraint d'apporter des réponses aux inexactitudes soulevées par la norme suprême. Sa démarche doit par ailleurs être suffisamment convaincante pour faire taire les doutes émis par la population. Il doit également veiller à ce que de nouvelles questions ne découlent pas de ses propres explications. Bien sûr il évitera ainsi de perdre en crédibilité. Cette situation amène à un nouveau risque, celui de démystifier la norme constitutionnelle. Cette dernière se voit alors de nouveau réduite à n'être qu'un simple texte technique de plus. Un équilibre est à rechercher. Cette quête menace cependant l'ordre juridique traditionnel, pour aboutir à une nouvelle hiérarchisation du droit (Section 2).

Section 1 Un droit constitutionnel confronté aux inexactitudes propres à la fiction juridique

L'humain est une créature qui pourrait être caractérisée par sa tendance à douter. Cette situation le condamne à rechercher des réponses aux questions qu'il serait amené à se poser. En l'absence d'explications satisfaisantes, il ne pourra qu'échafauder des théories et compléter les trous de son raisonnement par l'imagination. Cette situation a conduit à la mise en place d'un univers fictif créée autour de différents sujet. L'écrit constitutionnel a pour objet d'apporter des réponses formelles sur l'organisation juridique de la société et aux questions que l'être humain pourrait se poser sur son rôle dans ce système. L'homme doute et la Constitution pourrait faire office de guide, pour l'aider à appréhender, l'univers qui est le sien (Paragraphe 1). Les indications proposées par la norme suprême ne peuvent cependant être acceptées par tous. La Constitution est censée délivrée la Vérité, mais tous comme les écrits d'un dogme, sa portée va être régulièrement soumise au débat. Ces doutes vont néanmoins échapper aux contraintes imposées par le cadre juridique, qui s'applique traditionnellement aux membres de la société (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Une signification à l'existence humaine délivrée par la norme suprême

En tant que texte qui fonde l'État, la norme suprême s'apparente à une promesse faite aux gouvernés pour ce qui touche au régime juridique qui sera désormais le leur. Pourtant l'usage fait de ce texte, ne peut se vérifier qu'avec le temps. La fiction peut se développer au-delà de ce que le pouvoir constituant originel pouvait permettre initialement, au travers de la mythologie qu'il portait. Le juge ne doit pas s'écarter des engagements qui ont été précédemment passés, au nom d'un mythe trop ancien pour interpeller les générations actuelles. Il veille à ne pas se détacher des préoccupations du présent. Autrement, le Conseil constitutionnel et la norme qu'il protège deviendraient les représentants d'une époque révolue (I). Par cette dimension, c'est la relation du juge

constitutionnel avec les citoyens, qui va être évaluée. La Constitution fonde une société, mais ce sont les hommes la composant qui lui permettront de se maintenir dans la durée. La fiction constitutionnelle va permettre aux hommes, de relativiser les caractéristiques contraignantes du pouvoir. À la place le texte constitutionnel contribue à la mise en place d'un ailleurs psychologique, dans lequel les plus désemparés vont pouvoir se réfugier. Il s'agit d'échapper à la technicité du monde moderne, en faisant écho à un temps idéalisé (II).

I La norme suprême comme engagement remis en perspective par la fiction

L'imagination des citoyens portée par la fiction constitutionnelle, représente une échappatoire pour les dirigeants politiques. Les besoins d'explications sont abolis par la représentation mentale, que crée le sujet de droit autour d'une situation juridique. Ces considérations aboutissent à un savoir de croyance, lequel exclut la nécessité pour les gouvernants de rendre des comptes, ou même de rendre certains faits appréciables pour les citoyens. La fiction apparaît comme un élément de dangerosité pour la démocratie (A). Ce procédé tend à endormir la méfiance des membres de la société. La fiction constitutionnelle se place au-dessus des considérations humaines, et des dangers liés à la nature de l'individu. Ce n'est pas l'homme qui va défendre ses semblables, mais bien les institutions juridiques qui vont s'engager à une telle action (B).

A Un frein à la démocratie, l'explication des faits annihilée par la fiction constitutionnelle

La visualisation mentale que le citoyen crée de l'État, est déterminante. Elle propose une véracité qui s'extrait des textes juridiques. Nous devons comprendre que, « dès lors que l'image de citoyen-français-être-de-droit se constitue par la mise en forme constitutionnelle, elle devient nécessairement à la réalité de la représentation que l'individu se fait de lui-même, ce à travers quoi il se perçoit et se vit; et, partant, elle

n'est plus un élément étranger à son univers pratique, mais, au contraire, le principe qui va commander ses relations avec la société[767] ». Cet emploi de la fiction déterminante de l'image du citoyen, rappelle d'une certaine manière ce que Bentham écrivait sur la finalité de son utilisation. La fiction peut être assimilée à des tentatives d'infantilisation des gouvernés, qui ont besoin qu'on leur raconte des histoires abracadabrantesques. Ils ne seraient pas en mesure de percevoir la réalité telle qu'elle est véritablement[768]. Néanmoins « la base d'une saine discussion démocratique est de s'entendre sur la matérialité de certains faits avérés[769]». L'efficacité de la démocratie reposerait sur un débat clair, compréhensible par tous. Le problème se concentre sur le rôle joué par les figures de l'État vis-à-vis des citoyens. Ces derniers seraient rabaissés, présentés comme incapables d'avoir une bonne compréhension des sujets auxquels ils sont confrontés. Les autorités leur proposeraient donc une « vérité » qu'ils pourraient accepter[770].

Cette volonté de l'État peut être considérée comme une forme de paternalisme, un rapport de l'autorité à ses sujets douteux, susceptible de déboucher sur de l'autoritarisme justifié par une volonté de protection abusive. Désormais il n'existe plus d'individus capables de dominer les autres. Personne ne peut se permettre de mentir à ses semblables, en prétendant le faire pour leur bien. La loi comme émanation de la volonté générale, telle que nous l'avons présenté, ne peut qu'être le résultat d'un processus délibératif. Celui-ci est fondé sur un échange rationnel et argumenté entre différents acteurs, liés aux institutions créatrices de droit. La délibération se présente comme un principe constitutif du mode de production de la loi. « La délibération s'impose ainsi comme le principe actif du régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale par le médium du droit et en particulier de ces droits fondamentaux de valeur constitutionnelle qui définissent le code de réalisation de l'activité délibérative[771] ». L'origine des gouvernements raconte finalement une histoire assez sombre, loin des préceptes enseignés par nos démocraties actuelles. Il s'agit d'une réalité cynique, teintée de violence et d'oppression.

---

[767] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.,* p. 25.
[768] J. Bentham, *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques, op., cit,* p. 124.
[769] A. Mercier « Fake news et post-vérité : tous une part de responsabilité », », *Fake News et post-vérité : 20 textes pour comprendre et combattre la menace. The Conversation*, e-book, [en ligne], juin 2018, url : https://<cdn.theconversation.com/static_files/files/160/The_Conversation_ebook_fake_new<hal-01819233>, (consultée le 28 mars 2021), p. 6.
[770] E. Lamy, I. Beyneix, « Loi sur les *fake news* : comment s'en prendre à l'origine du mal », *Fake News et post-vérité : 20 textes pour comprendre et combattre la menace. The Conversation, op., cit., op. cit.*, p. 49.
[771] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.

Le mythe qui découle de la fiction juridique, révèle son utilité puisqu'en « passant de l'histoire à la nature, le mythe fait une économie : il abolit la complexité des actes humains, leur donne la simplicité des essences, il supprime toute dialectique, toute remontée au-delà du visible immédiat, il organise un monde sans contradictions parce que sans profondeur, un monde étalé dans l'évidence, il fonde une clarté heureuse : les choses ont l'air de signifier toutes seules[772] ». Le droit constitutionnel mettrait en place une structure « onto-théologique ». Il prévoit l'existence à l'extérieur du droit positif d'une figure qui se présenterait comme absolu. Cette dernière renverrait à une image philosophique divine[773]. Les références du droit Constitutionnel à ce qui serait de l'ordre de l'extra juridique, apparaîtraient comme indispensables. D'un point de vue pratique comme théorique, ces emprunts fourniraient au droit des moyens de justification irréfutable, qui lui feraient autrement défauts. Ces éléments renverraient « à une transcendance humaine, non objectivable[774] ».

Le gouvernement des hommes a réussi à se maintenir. Jamais l'humanité n'a renoncé à l'ordre. Les régimes politiques se sont enchaînés mais l'autorité est restée. Les gouvernés ont continué d'obéir à de nouveaux gouvernants, légitimés par le droit constitutionnel et ses inspirations mythologiques[775]. Néanmoins, « le fondement profond de toute révolution, ce qui fait, non pas qu'on s'y jette, mais que, dans la quiétude d'une vie supportable, on la conçoive, c'est la croyance que l'humanité ne vit que de changements et que ces changements correspondent à des étapes dans la voie de la perfection[776] ».

B La promesse d'une autorité probe, fondée par la norme suprême

[772] R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Editions du Seuil, 1957, p. 237.
[773] Sur ce sujet v. O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, 2007, 122 pages.
[774] *Ibid*., p. 32.
[775] J.-F. Mattéi, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, Paris, PUF, coll., Thémis Philosophie, 1996, p. 5 : « (…) le mythe reflète en premier lieu, dans sa figuration sensible, ces réalités étrangères qui lui donnent sa forme spécifique et son statut d'intermédiaire entre le monde d'en haut et le monde d'en bas, à la jointure du visible et de l'invisible ».
[776] G. Burdeau, *Traité de sciences politiques, op. cit.*, p. 538. Dans le même sens il est possible de relever l'idée selon laquelle la révolution serait à la fois, d'une « croyance aux infinies possibilités de la raison », et de la « foi en la perfectibilité des sociétés humaines », G. Burdeau, *op. cit.*, pp. 538-539.

Le temps qui correspondrait au progrès des révolutionnaires, ne signifie pas une évolution philosophique lente et continue. Au contraire, ce temps qui s'écoule s'accélère. Il est tributaire des actions réalisées par les révolutionnaires. La rupture historique prend le pas sur l'aspect progressif. La première Constitution qui a été inspirée des écrits de la Révolution, semble avoir véhiculée jusqu'à nos jours une certaine forme d'imaginaire. La loi ne sera pas une énonciation utopique, prévoyant ce qui devrait être. Au contraire, elle dispose de ce qui est concret[777]. Cette situation d'assujettissement n'est pas due au respect d'une vague promesse, faite par nos lointains ancêtres lors du passage du contrat social. Il résulte d'après Bentham d'un calcul utilitaire. Certes les hommes sont liés par des pactes. Dans le cas du contrat social, il s'agirait d'un accord entre le peuple et le roi[778]. Les premiers s'engageaient à obéir au dernier. Le roi pour sa part, s'obligeait à gouverner le peuple, de façon à pouvoir se mettre au service de leur bonheur[779]. La Constitution est un prolongement de cette promesse. Elle fonde l'État qui aura autorité sur les sujets du droit. Ces derniers acceptent le régime juridique, en fonction de ses caractéristiques mises en avant par la norme suprême.

Bentham s'interroge sur la raison qui pousse les hommes à tenir leurs promesses, et notamment ici dans ce contrat social. Ces considérations s'appliquent également pour la Constitution. Le moment déterminant selon lui, serait l'instant où est reconnu un avantage bénéfique à la société. L'accord serait donc profitable s'il était respecté. Par contre ne pas le tenir, pourrait engendrer des conséquences malheureuses. Le châtiment peut intervenir à ce moment-là, pour forcer à respecter l'accord passé. Le respect du contrat va surtout être tenu, afin d'avantager l'ensemble de la communauté. Pour cette raison chaque individu doit tenir sa promesse. « Doué de raison, chaque homme dispose d'une autonomie et d'une capacité créatrice qu'il utilise, par un calcul raisonné de ses intérêts, à construire un contrat social, des institutions et des règles de comportement[780] ». Pour ne pas pénaliser ceux qui tiennent leur promesse, il est décidé de punir les contrevenants, plutôt que de rompre l'accord.

[777] S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.,* p. 370.
[778] J. Bentham, *Théorie des fictions*, Association freudienne, 23 octobre 1997, Le discours psychanalytique, p. 269.
[779] La référence au bonheur elle-même est assez vague car il n'existe pas de véritable valeur commune permettant d'attester ou non du bonheur.
[780] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 15.

Le bénéfice à gagner et le dommage à éviter permettent de compenser le dommage touchant à la punition nécessaire pour obliger les hommes à se plier[781]. Le mécanisme de contrainte justifie selon Bentham cette rigueur. La démonstration de Bentham va au-delà de l'asservissement du peuple. En effet, si le peuple se doit de tenir son accord, cela signifie que le Roi non plus ne peut se permettre de déroger aux règles énoncées par le contrat. Les gouvernants doivent veiller à suivre les règles établies et leurs limites. Ils sont contraints en règle générale, de veiller au bonheur de leurs sujets. C'est la condition nécessaire pour éviter un soulèvement qui pourrait conduire à une révolution. En effet, si le Roi allait à l'encontre du bonheur de ses sujets, ces derniers sous la contrariété pouvaient estimer qu'il leur état possible de se passer de son autorité. Bentham considère que les notions de droit et de devoir et celles de service et d'obligation, rassemblent les mêmes idées mais perçues sous des angles différents.

Les droits et les obligations sont des notions clairement opposées par nature. Pourtant leurs origines lient leurs existences de manière intrinsèque. Il n'est pas possible de créer une règle de droit, sans qu'une règle de sanction ne soit également élaborée[782]. En ce qui concerne les relations entre un Roi et ses sujets qui peuvent être amenées à se dégrader, Bentham c'est évidemment appuyé sur la Révolution française de 1789. La loi est « moins le reflet de ce qui est (conception rationaliste) que l'instrument du changement souhaité[783] ». En ce qui concerne le temps lui-même, il se présente comme « processus de rationalisation progressive de la société[784] ». Bentham conçoit la fiction juridique comme le résultat d'une volonté manifestée par le législateur. Une déclaration de droits comme la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, apparaît alors comme un objet paradoxal.

II Les désillusions du monde moderne occultées par le récit constitutionnel

La fiction constitutionnelle proposée par la Constitution, permettrait une forme de libération des consciences pour les citoyens. Les contraintes et les logiques mécanistes

[781] J. Bentham, *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques, op., cit,* p. 126.
[782] J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, J. H. Burns, édition H.L.A. Hart, The Althone Press, University of London, 1977, p.88.
[783] F. Ost, *Le temps du droit,, op. cit.*, p. 182.
[784] *Ibid*., p. 182.

prônées par un État qui mettrait en avant la technicité de ses institutions, s'effaceraient. Cette situation permettrait un retour à des valeurs plus traditionnelles et rassurantes pour les sujets du droit. Au travers de la fiction constitutionnelle, la nature humaine serait réévaluée, de façon à conférer à chaque membre de la société une place précise (A). Néanmoins cette nouvelle appréciation de l'homme serait perçue comme utopique. Elle exclurait les comportements néfastes pour l'individu et ses semblables. Certains sentiments seraient bannies pour le bien être de la vie en société. La fiction constitutionnelle ne présente pas l'humain comme il est, mais comme il devrait être (B).

A La nature humaine réinterrogée par les valeurs de la Constitution

L'homme représente une catégorie longtemps difficile à identifier clairement. Au-delà de sa portée philosophique ou anthropologique, il a fallu de nombreux textes pour permettre d'en construire une appréciation concrète[785]. Les différents auteurs qui se sont succédés témoignent chacun d'une conception différente du monde, ainsi qu'une relation des hommes avec ce dernier, variant selon les points de vus[786]. Par extension si la volonté générale représente une fiction, c'est en raison du lien qu'elle établit entre l'idée qu'elle est réputée exprimer, et la réalisation sociale par le droit qu'elle est supposée permettre. Les finalités de cette mise en œuvre, varient d'un citoyen à l'autre. La volonté générale n'est pas en sois une véritable fiction constitutionnelle. En revanche elle inscrit l'espace constitutionnel dans une promesse démocratique, qui chercherait encore les moyens pour lui permettre d'être tenu[787]. La Constitution serait à même, de faire sens à l'existence humaine. Elle exprimerait une vision globale du monde, qui donnerait une signification à la vie des hommes en société. La norme suprême offrirait un ordre social désirable, une « idée du droit[788] ».

[785] La Charte de 1215 et l'Habeas Corpus de 1679 en Angleterre en constituent les prémisses, auxquelles s'ajoutent en 1776 la déclaration américaine. En ce qui concerne la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen elle a donné naissance à de nombreuses versions tout au long du XIXème siècle et des diverses révolutions. Tout cela finit par aboutir sur la Déclaration universelle des Nations Unies de 1948.
[786] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit,* Paris, Presses Universitaires de France, 1986, Collection Les voies du droit, p. 293.
[787] G. Bacot, *Carré de malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 2001, p. 66.
[788] G. Burdeau, « Une survivance la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, p. 53.

Cependant cette image présentée, « n'est pas pour autant un faux ou une déformation de l'identité réelle de l'individu, car précisément ce dernier n'a pas la qualité de citoyen-français-être-de-droit avant qu'elle ne lui soit représentée par la constitution[789] ». Une norme à l'image de la Constitution possède ce caractère spécifique. Elle entend créer des droits qui limiteraient le souverain qui auparavant les créait. La norme suprême possède une mythologie allant bien au-delà de sa portée fondatrice, qui l'inscrirait hors du temps historique. Les racines constitutionnelles qui iraient au-delà du perceptible, dégage un sentiment de fascination, en comparaison avec ce que la modernité peut offrir. « La modernité est une chose fragile qui tient à ce que ses conditions de possibilité sont devant elle : elle suppose, c'est-à-dire elle pose, comme point de départ nécessaire, des hommes désenchantés alors qu'elle les produit[790] ». Dans ce contexte, « le désenchantement du monde met immédiatement les hommes en situation de demandeurs de sens[791]». Par la fonction pratique que le Conseil constitutionnel confère à la notion de volonté générale, il lui est permis de réorganiser les canaux d'expression de la volonté politique, dans leurs entièreté.

L'aspect protéiforme de la notion de volonté générale se calque sur le mouvement constitutionnel, pour lui conférer une stabilité apparente qui s'inscrirait dans l'âge de la postmodernité du droit[792]. En droit constitutionnel, il apparaît que le corpus jurisprudentiel des droits et libertés constitutionnels représente le domaine réservé des gouvernés. La loi établirait l'espace des gouvernants[793]. Il s'agit ici de brider le pouvoir lui-même, ce qui consiste finalement en une forme d'autocensure. Ceux qui écrivent ces déclarations sont généralement emmenés à exercer une certaine forme d'autorité sur les autres. Ces considérations présentant la Constitution comme un outil juridique servant à limiter le pouvoir, ne vont pas sans poser des interrogations. Elles sous-entendent une fonction politique particulière pour la norme suprême, puisque cet aspect limité du pouvoir serait en dehors de l'essence constitutionnelle. Cette fonction présenterait un aspect plus artificielle que d'autres. Elle aurait été forgée au gré des vicissitudes de la vie politique, pour répondre aux besoins des représentants de l'État.

[789] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 24.
[790] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 10.
[791] *Ibid*., p. 10.
[792] J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du Droit Public*, 1998, p. 659.
[793] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.

Bien que ces « nécessités » aient parfois pu servir des intérêts stratégiques, elles ont été en certaines occasions rationalisées et approuvées par la doctrine[794]. Comme l'explique Georges Burdeau, le concept de Constitution présente un «édifice rationnel élevé pour des êtres de raison[795] ». Le déclin de cette figure remonterait aux années 50, lesquelles ont délaissé la pensée rationaliste, au profit de « la vie dans ses forces élémentaires et spontanées[796] ».

B L'être humain préservé de dérives émotionnelles au détriment de la volonté souveraine

L'autorité bloque certaines de ses facultés pour l'avenir, au cas où elle deviendrait despotique ou malintentionnée. Sur le pouvoir du Conseil constitutionnel, Philippe Blachèr écrira d'ailleurs que dorénavant « la Constitution est devenue, sous l'influence de la jurisprudence constitutionnelle, la règle de droit la plus proche de la volonté générale[797] ». Il s'agit d'un stratagème utile. Malgré l'éventuelle bonne volonté des dépositaires de l'autorité, il n'est pas exclu que dans l'avenir d'autres individus se montrent moins scrupuleux. Ces mécanismes de précautions et de limitations volontaires sont semblables aux pratiques que notre actuel Conseil constitutionnel s'est imposé. L'intervention du juge constitutionnel sous-entend une longue période, pour ce qui touche à la construction de la loi. De même, le Conseil constitutionnel va tenter de créer une jurisprudence cohérente avec la fiction juridique employée.

Ainsi, « les fictions jurisprudentielles ont déployé leur capacité normative importante, en contribuant à la sensibilisation des autorités légales et sociales à l'écart existant entre la réalité et les normes, et à la possibilité de surmonter celui-ci par la création des nouvelles règles juridiques. De cette manière, les fictions jurisprudentielles, en dépit de leur caractère controverse, ou, peut-être, précisément à cause de cela, se révèlent être, non seulement dans l'histoire, mais aussi dans le présent, une impulsion puissante de l'évolution conceptuelle et normative, dans le sens légal, mais aussi dans le

[794] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[795] G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », *op. cit.*, p. 53.
[796] *Ibid*., p. 53.
[797] P. Blachèr, *op., cit.* p. 25.

sens philosophique et logique de ce mot[798] ». Cette logique qui justifie l'usage de la fiction par le juge constitutionnel, révèle le « caractère essentiellement pragmatique de la norme fondamentale : elle doit être présupposée parce qu'il n'y a pas d'autre manière de justifier l'ordre comme un ordre juridique légitime. Sans la norme fondamentale, la science du Droit ne pourrait ni analyser ni interpréter l'ordre juridique comme tel. C'est donc dans un domaine scientifique que se trouve la réelle raison d'être de cette « norme ».[799] ».

Par ces éléments, il nous est possible de nous apercevoir que la loi ne permet plus d'exprimer pleinement la volonté souveraine. Le Conseil constitutionnel français aurait contribué à mettre en place un « régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale[800] ». Ce discours est cependant versatile. La norme suprême empêcherait l'être humain de céder à certaines pulsions liées aux émotions. Le droit constitutionnel couperait l'homme de certaines caractéristiques naturelles qui pourraient lui être préjudiciables sur le long terme. Le fait que ce comportement soit potentiellement approuvé par la majorité des citoyens, ne serait pas un facteur déterminant. C'est pourtant une forme de liberté qui est renié non pas par les hommes, mais par les institutions. Cette situation signifierait que la suprématie normative de la Constitution, implique de considérer la norme fondatrice comme seul moyen pour permettre l'expression de la souveraineté. Sur le plan normatif, la figure du dirigeant se désagrège. La Constitution fait office de véritable système[801]. Le chef de l' État n'apparaît qu'à la faveur du texte constitutionnel. Par les pouvoirs qu'il acquiert au nom de l'intérêt général, le Conseil constitutionnel illustre « capacité du système à produire son propre imaginaire[802] ».

Ce résultat découlerait de la volonté des hommes eux-mêmes. Ils ne parviendraient pas à accepter les réalités du monde moderne. Ce dernier serait froid. La réalité proposée ne serait que désenchantée. Le besoin de sacraliser le droit constitutionnel deviendrait une nécessité pour oublier les aspects relatifs et contingents des règles édictées par les hommes. Les juges constitutionnels seraient instrumentalisés

[798] A. Dimiškovska, « Les fictions jurisprudentielles et le raisonnement défaisable en droit », in S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions, op. cit.*, pp. 138-139.
[799] J.-M. Sievers, « Peut-on respecter une norme impossible? », *op. cit*., p. 146.
[800] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale, op. cit.*, p. 27.
[801] Sur le sujet voir F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » in P. Bouretz (dir.) *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272.
[802] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Ed. Hermann, coll. « Le Bel Aujourd'hui », 2007, p. 30.

par la sacralisation du droit. Cette condition nouvelle ferait d'eux des idoles vénérées. Ils personnaliseraient le droit même[803].

Paragraphe 2 Le débat constitutionnel au-dessus des considérations de la société

Par défiance à l'égard du législateur, et au nom de l'incapacité présumée de la loi à véhiculer l'intérêt général, le juge constitutionnel aurait mis en place l'expression de la volonté générale constitutionnalisée. L'utilité et la pertinence du législateur serait remise en perspective par la fiction constitutionnelle, sur laquelle le juge se fonderait pour justifier de nouvelles compétences. Au travers de cette action, ce sont néanmoins les intentions du Conseil constitutionnel et son approche de la fiction autour de la norme suprême, qui sont à réévaluer (I). La fiction constitutionnelle par son approche de la vie humaine, se détacherait trop des contraintes imposées par la société. Sa pleine réalisation concrète serait à déplorer. La fiction s'inscrirait dans un espace- temps à part, qui ne correspondrait pas à l'existence que nous connaissons. Le texte constitutionnel ne serait par conséquent pas applicable à l'existence de notre société, ce qui nécessiterait de réinterroger sa portée et sa pertinence pour les individus. Ces derniers apparaîtraient, comme étant mystifiés par le pouvoir en place (II).

I Une justice constitutionnelle réévaluée par les engagements du juge

Le juge constitutionnel se présente comme la « bouche » de la Constitution. Par ce rapprochement, il devient le conteur de la fiction constitutionnelle. Cette dernière présente la norme suprême, comme le texte qui délivre la vérité. La parole du juge serait considérée comme un frein au débat constitutionnel, puisqu'elle ne saurait être remise en question. Le Conseil constitutionnel reste composé d'humains, faillibles par nature. L'erreur paraît donc être un élément inévitable au bout d'un certain temps. La fiction constitutionnelle semble nier cette composante du raisonnement du juge (A). Il

[803] Sur ces questions voir S. Rials, « Entre artifice et idolâtrie », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 163.

n'empêche que les débats autour de la nature de la norme suprême et par conséquent sur l'activité du Conseil constitutionnel, ne peuvent être définitivement écartés. Ces interrogations ont des répercussions sur le domaine d'activité du juge (B).

A Une valeur de la vérité redéfinie par l'intervention du juge constitutionnel

L'intervention du juge Constitutionnel permet de reconsidérer la règle juridique. Cette dernière ne serait plus l'émanation de l'arbitraire. La sacralisation du droit permettrait de replacer ces normes « sous le règne de la Vérité[804] ». Une démarche visant à instaurer le respect de l'ensemble des normes constitutionnelles, en faisant abstraction de possibles valeurs contradictoires liées à la période ou ces textes ont été rédigés[805], permet de donner une nouvelle perspective aux exigences constitutionnelles. Le concept « permet au juge de classer les normes découlant de ces deux textes dans la même catégorie, tout en reconnaissant une normativité différente et établissant par là même une hiérarchisation concrète entre leurs dispositions[806] ». Le bloc de constitutionnalité ne propose cependant aucune hiérarchie abstraite[807]. Il n'en demeure pas moins, qu'une application concrète, la suggère.

Face aux pouvoirs du juge constitutionnel, il reste possible de remettre en question la capacité des représentants du peuple à demeurer détendeur du système politique. L'existence de la justice de façon générale avec des juges non élus, ne doit pas être remise en perspective. Les obligations qui en découlent peuvent cependant être réévaluées. C'est ainsi que la fiction juridique fournit des pistes de lecture pour justifier cet état de fait. Des moyens de compréhensions vont être mis en place, pour expliquer la position du juge constitutionnel. La façon dont les magistrats sont désignés, et plus particulièrement les membres du Conseil d'État, interroge. Pour sa part, le juge

[804] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.,* p. 16.
[805] A l'image de ce que nous avons présenté auparavant, pour ce qui concerne la valeur de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, face au préambule de la Constitution de 1946.
[806] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.,* p. 762.
[807] Certains auteurs estiment que bien malgré lui, le Conseil Constitutionnel est obligé dans certaines circonstances de créer une hiérarchisation au sein du bloc de constitutionnalité. V. pour exemple sur la question des nationalisations. S. Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *Revue de Droit Public*, 1984, p. 601. Bien entendu de façon générale, le juge constitutionnel se refuse à l'idée de créer une hiérarchie entre les normes constitutionnelles. V. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, coll., Thémis, 2006, p. 320.

constitutionnel choisit d'évoquer l'impartialité et l'indépendance de la justice. Il met de côté les thématiques liées aux obligations[808]. Dans une logique similaire, la démocratie semble n'être possible que d'une façon précaire. Le peuple se trouve dans l'incapacité d'un point de vu pratique, d'être institué « en grandeur capable d'action ». L'univocité de la notion de souveraineté ainsi que l'exigence d'unanimité, rendent tout cela utopique. La fiction va rappeler certains éléments, pour appuyer le rôle du juge. La notion de démocratie permet une justification, à défaut de posséder une réelle portée pratique[809].

Les représentants élus pour leur part, n'ont que de faibles chances pour renverser une jurisprudence constitutionnelle, au prix d'efforts vains pour aboutir à un résultat généralement hasardeux. Néanmoins, un auteur comme Michel Guenaire reproche à l'essor du contrôle de constitutionnalité, de contribuer à la crise de la politique moderne. Le législateur verrait ses efforts mis à mal. Le débat politique parlementaire serait empêché. La confrontation des opinions au cours de débats serait condamnée à disparaître. La spontanéité qui se dégagerait de la volonté d'action et de décision est remplacée par un contrôle permanent. La surveillance constante est également accompagnée de menaces de sanctions. Le droit dans ses représentations vivante et contradictoire à l'image de la société, est éclipsé par des concepts abstraits et anciens. La fiction qui appuierait la vérité de la Constitution et portée par sa « bouche », à savoir le juge constitutionnel, ferait taire les idées à priori contradictoires par l'approche formulée par le juge constitutionnel. Le travail de contrôle de ce dernier, figerait le droit et le passé, désormais considéré comme intouchable[810].

Cette situation fait écho à l'explication d'Hegel, selon laquelle d'une « manière générale, il est absolument essentiel que la Constitution, quoiqu'elle soit venue à l'existence dans le temps, ne soit pas considérée comme quelque chose de fabriqué, car elle est vraiment ce qui est absolument en soi et pour soi et qui, pour cette raison, doit être considéré comme le divin et le durable, comme quelque chose qui est au-dessus de la sphère des choses fabriquées[811] ». Une majorité large au sein de l'assemblée est nécessaire pour obtenir un résultat concret. Dans le cas contraire, le juge constitutionnel

[808] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 763.
[809] C. Colliot-Thélène, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique,* [en ligne], n°8, 2012, Url : http://juspoliticum.com/Les-masques-de-la-souverainete.html, (consulté le 6 septembre 2020).
[810] M. Guenaire « La Constitution ou la fin du politique », *Le Débat*, n° 64, mars-avril 1991, p. 149.
[811] G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2e édition, 1989, p. 286.

continuera d'être souverain. « On ne perçoit pas le rapport entre ces intermittences de la souveraineté et un principe démocratique en un sens quelconque. […] En mettant les choses au mieux, on concédera que la ‘‘démocratie constitutionnelle’’ est encore démocratique, mais pas qu'elle peut être considérée comme plus démocratique que la ‘‘démocratie électorale’’[812] ». La question de la valeur à accorder à certaines normes, ainsi qu'à leur véritable portée ou symbolique, est à poser.

B Une activité du juge sans limites par le débat constitutionnel

Le droit constitutionnel par la portée trop poussée qu'il peut avoir au détriment de la logique pratique, interroge. Des principes de fonds prévus par la norme suprême, comme l'image, la présomption d'innocence, la liberté d'expression ou encore le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, contraignent à mettre en place une véritable réflexion autour du sens, de la valeur où de la portée que peuvent avoir ces textes, ainsi que l'incidence qu'ils peuvent avoir sur le quotidien des gouvernés. Une frontière est crée pour enrayer l'immédiateté, la rapidité ou l'émotion, du processus d'élaboration des règles de droit[813]. Pour exemple, les principes particulièrement nécessaires à notre temps présents au sein du bloc de constitutionnalité, suscitent une difficulté particulière. Leur mise en œuvre parait presque impossible et justifie donc d'employer les mécanismes liés à la fiction juridique, pour leur offrir une portée pratique concrète. Le juge constitutionnel affiche cependant une réticence à leur offrir une constitutionnalisation explicite[814]. Ce qui ne l'empêche pas de les suggérer par la fiction. Dans la même optique, Bentham considère qu'il est impossible de brider des droits qui pourraient entraver l'action de la législature.

Hors c'est ce que prévoit l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789. « La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la

[812] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle » *Jus Politicum*, 2009, n°2, [en ligne], http://juspoliticum.com/article/Que-veut-on-dire-par-democratie-L-essence-la-democratie-et-la-justice-constitutionnelle-76.html, (consulté le 26 juin 2021).

[813] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.

[814] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 763.

Société[815] ». Le paradoxe selon Bentham, repose sur le fait qu'il est impossible de considérer comme étant illégal, ce qui provient de la volonté claire du législateur[816]. Le législateur étant la manifestation de la loi, il ne peut commettre d'actions contraires à celui-ci. Dans le sens de cette vision, « le Conseil constitutionnel, placé au carrefour crucial, est en quelque sorte un aiguilleur ou un régulateur indiquant quelle voie (…) doit suivre la réforme pour être adoptée[817] ». Suite à ces observations offrant de multiples contrastes, d'autres remarques de Bentham peuvent être mises en perspectives. Il s'agit du même type de difficulté que celles qui concernaient le tri des normes que devait effectuer le juge constitutionnel, sans n'en omettre aucune. À son image, le législateur ne peut se permettre de ne laisser de côté aucun des différents droits naturels. Les explications autorisées par l'emploi de la fiction juridique, viennent cependant appuyer la démarche du juge constitutionnel.

Bentham s'oppose à l'hypothèse qu'il soit possible de penser qu'un droit quelconque puisse être refusé à la législature. Cette proposition n'est pas pertinente selon lui. Il serait plus approprié d'avoir recours à une démonstration scientifique, prouvant par des éléments concrets les défauts de la proposition que la législature souhaiterait imposer. De même, il faudrait expliquer les avantages de l'ancienne loi dont il faudrait se passer, si elle devait être abolie. Dans ce contexte, il paraît plus approprié de dire qu'en toute logique, le législateur ne doit pas agir d'une certaine manière, plutôt que de lui interdire quelque chose. Il y'aurait sinon une certaine forme de défiance vis-à-vis de l'autorité, permettant de préparer une insurrection qui serait déjà justifiée au préalable. Présenter sous cette forme l'impossibilité pour le législateur d'effectuer certaines contraintes, c'est ôter le pouvoir d'autorité suprême[818].

Le pouvoir est discuté est propose un fonctionnement délibératif puisque les différents représentants de la volonté générale sont mis en concurrence. Par ailleurs, les caractéristiques démocratiques du régime sont mises en avant. La norme constitutionnelle n'est plus une affirmation impossible à remettre en question. La fiction juridique qui accompagne la Constitution, se construit progressivement. Le texte suprême naît, suite à un débat focalisé sur sa portée, ainsi que sur sa signification.

[815] Extrait de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789.
[816] J. Bentham, *A Comment on the Commentaries, op., cit*, p. 56.
[817] L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *Revue du Droit Public*, n°2, mars-avril 1982, pp. 419-420.
[818] J. Bentham, *Œuvres de Jérémy Bentham, tome 1,Traité de législation civile et pénale, Tactique des assemblées politiques délibérantes, Traité des sophismes politiques*, Bruxelle Société Belge de Librairie, 3ème édition, 1840, Hauman et Cie, p. 516.

Puisqu'elle a été l'objet d'une discussion, sa promulgation ne signifie pas la fin des interrogations sur la norme. Au contraire, la discussion peut être relancée si cela est jugé pertinent. Son existence ne signifie pas nécessairement qu'elle apporte une satisfaction totale. La norme constitutionnelle est libre d'évoluer, dans le cas où de nouvelles significations non retenues à l'époque pourraient légitimement être ajoutées[819]. Cette logique permet les revirements de jurisprudence. La création de la norme et son application apparaissent ici conscientes de la société. Ces mécanismes reconnaissent d'ailleurs les droits fondamentaux propres aux citoyens, mais dont on pourrait ici remettre en cause l'effectivité au sein du régime représentatif. Nous le savons, la confiance entre les gouvernants et les gouvernés n'est que peu présente.

II La norme suprême un récit détaché des contraintes imposées par la vie humaine

Le récit constitutionnel en ayant recours aux artifices de la fiction, tend à s'écarter des vicissitudes attachées à la vie des hommes. Il est amené à s'inscrire dans une temporalité à part, qui n'entretient que quelques liens avec l'existence humaine. La question de la capacité du juge constitutionnel, à apprécier pleinement l'intérêt des citoyens, qu'il est censé défendre, demeure (A). Par l'appréciation de la société des hommes contée dans le récit de la norme suprême, le droit constitutionnel devient porteur d'un système normatif valable uniquement dans l'univers qu'il dépeint. Il n'est pas forcément en adéquation, avec l'univers mécanistes de la société (B).

A Une volonté du juge constitutionnel détachée de celle des citoyens

Par le processus de discussion autour de la norme suprême, il est rappelé que les autorités ne possèdent pas véritablement la volonté générale. Elles ne peuvent prétendre à sa matérialisation par les normes édictées. La volonté générale s'affirme et se précise

[819] Sur le sujet voir François Ost, qui explique le rapport entre la volonté et la durée, de même que le temps accordé à l'institution juridique. Il s'agit d'un « temps hybride avec lequel le droit a appris à ruser : à la fois mobile et stabilisé, désinstituant et instituant, instituant et institué, il est le temps de l'institution », F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 164.

par le débat entre différents acteurs, issus d'institutions rivales. Pour que ces derniers puissent légitimer leur capacité à agir au nom de cette volonté, ils se doivent de respecter certaines libertés. Pour exemple, la liberté d'expression va permettre d'assurer différentes significations, qui pourraient être couvertes par un principe constitutionnel. Si ces droits, assurant la protection des personnes dans leurs activités publiques ou privées ne sont pas garanties, le principe de délibération deviendrait alors inefficace. « La délibération n'est un principe actif du régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale que par le médium du droit et en particulier de ces droits fondamentaux de valeur constitutionnelle qui définissent le code de réalisation de l'activité délibérative[820] ».

Le régime représentatif provoque la suspicion au sein d'une démocratie. En effet, la volonté générale prônée par le Conseil constitutionnel, n'est pas nécessairement celle du peuple[821]. Cette volonté demeure celle d'une collectivité. Le Conseil constitutionnel se l'est approprié fictivement. Au travers de sa jurisprudence, le juge constitutionnel tente d'élaborer un lien entre ses décisions, notamment celles qui mettraient en place de nouveaux principes, et la volonté qui serait réputée être celle du constituant. Il s'impose des contraintes argumentatives, pour rattacher son interprétation des textes à un raisonnement déductif. La prémisse de cette pensée, serait la volonté du souverain. Les normes véhiculées par « les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », sont un exemple parmi tant d'autres, de justifications laissées par le Conseil constitutionnel[822]. La bienveillance supposée de ceux chargés de transmettre la volonté générale, induit la méfiance. Un véritable protocole doit être mis en place, afin de veiller aux intérêts de la collectivité. Au contraire une loi référendaire prise suite à un référendum, semble profiter d'une plus grande bienveillance de la part du juge constitutionnel. Comme il l'a déjà été souligné « les lois adoptées par la voie du référendum ont été très rares, ce qui a contribué à leur reconnaître une légitimité politique plus grande que pour les lois parlementaires[823] ».

Comme le rappelle Gérard Conac, juridiquement la loi référendaire est de rang égal à celui d'une loi parlementaire pour ce qui touche à son contenu législatif. Si la

[820] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[821] V. S. Caporal, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *Politeia Les Cahiers de l'Association française des Auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, n° 16, décembre 2009, pp. 529-558.
[822] P. Blachèr, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, op., cit. p. 133.
[823] L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, septembre 2005, p. 181.

hiérarchisation existe entre ces deux normes, elle ne peut l'être que de manière artificielle et n'être donc que de nature politique[824]. Cette place particulière de la norme référendaire est légitimée par l'article 3 de la Constitution. Benoît Mercuzot souligne qu' « en constatant que la loi référendaire est l'expression directe de la souveraineté nationale, le Conseil constitutionnel donne toute son ampleur à l'article 3 de la Constitution : le peuple est le titulaire originaire de cette souveraineté, dès lors son expression ne saurait être mise sur le même plan que celle de ses représentants. Ceux-ci ne font qu'exercer une souveraineté qui ne leur appartient pas. Le peuple se voit donc conférer une place éminente par l'article 3 tel qu'il est interprété par la Constitution[825] ». Par son lien avec la volonté générale des citoyens, le Conseil constitutionnel place les lois référendaires dans une catégorie spécifique, qui n'existe qu'au nom de ses considérations[826].

Le juge constitutionnel tente par cette démonstration de placer les actes directement issus de la volonté des citoyens, sur un autre plan de la structure juridique. Par cette stratégie, il continue d'entretenir l'image qui l'établirait en tant que de défenseur de la volonté des citoyens. Contrevenir à cette présentation équivaudrait à retirer toute légitimité à la norme suprême. Cette dernière est issue d'une entorse à la précédente règle juridique, qui a permis l'abrogation de la Constitution précédente. Sans entrer en concurrence avec elle, le juge constitutionnel fait de la volonté citoyenne une institution à part entière. Elle apparaît dans un sens, supérieur à la norme fondatrice.

B L'inscription de la norme suprême dans une temporalité à part

Au vu des précédentes observations qui ont été faite sur la volonté des citoyens, une Déclaration de droits à l'image de celle de 1789 est dans l'incapacité selon Bentham de permettre la création d'une constitution stable. Le problème viendrait de sa tendance

[824] G. Conac, « Article 11 », in G. Conac, F. Luchaire, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1980, p.294.
[825] B. Mercuzot, « La souveraineté de l'expression référendaire : un principe nécessaire au droit constitutionnel », *Revue de droit Public*, juin 1995, n°34, p. 678.
[826] Pour ce qui touche à une autre juridiction, celle du Conseil d'Etat, la réalité est tout autre. La jurisprudence laissée sur le sujet montre que les juges du fond ont assimilé la loi référendaire à la loi parlementaire. Dans ce sens v. J.-F. Prévost, « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *Revue de Droit Public*, 1977, p.35.

à se reposer sur un lot de revendications incessant. L'idée de réflexion n'est cependant pas incompatible avec les notions de démocratie. Le temps de réflexion doit l'emporter sur l'urgence, parfois dictée par l'émotion. Garantir la supériorité de la Constitution sur les lois, permet au Conseil constitutionnel français, d'établir la supériorité du peuple constituant sur le législateur[827]. La Constitution est préservée des vicissitudes de la vie politique. Pourtant, une notion à l'image du Contrat social, invite à des répercussions qui peuvent être difficiles à appliquer. La volonté générale ne doit pas être considérée comme spontanée et inconsciente de l'avenir. Elle doit être patiemment construite.

Il est nécessaire également de l'inscrire dans une temporalité fictive, considérée comme absolue. Cette situation s'explique ainsi, « par sa nature indivisible, absolument identique, et, en conséquence, quelle que soit la durée qu'on lui attribue [devant] être considérée seulement comme un moment, c'est-à-dire comme une époque en laquelle la fin est comme le commencement et le commencement comme la fin, une sorte d'éternité puisque celle-ci n'est pas une succession d'époques, mais un temps unique, lequel n'est pas en soi un temps effectif, mais ne devient du temps (c'est-à-dire du passé) que par rapport au temps qui la suit[828]». Ce constat ne signifie pas que le droit constitutionnel est amené à exclure les initiatives citoyennes. Le peuple prévu par l'article 11 de la Constitution, est appelé à être « le législateur référendaire [qui] est par définition une autorité ''constituée'', soumis à l'emprise de la Constitution[829]». Il existe une réelle différence de nature entre le Parlement législateur et le peuple législateur, lorsqu'il exprime sa souveraineté dans le domaine législatif par le biais du référendum[830].

Le Conseil constitutionnel devient cette instance parfois moralisatrice mais prudente, qui permet l'élaboration du droit sur le long terme. Il veille à ce qu'une initiative législative potentiellement inadaptée au droit français, puisse se maintenir dans la durée, conformément à ce que les principes de la Constitution insérés dans la durée, énoncent. « L'équilibre démocratique repose sur une répartition des compétences se limitant les unes les autres et dont l'efficacité est assurée par les juridictions de nature diverse. Mais il faut bien qu'au-delà de ce réseau de compétences distribuées, il existe

[827] Sur ce sujet, voir M. Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, coll., Bibliothèque des histoires, 1995, 288 pages.
[828] F. W. J. von Schelling, *Introduction à la philosophie de la mythologie*, Gallimard, coll., Bibliothèque de philosophie, 1998, p.184.
[829] J.-F. Flauss, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *Les Petites Affiches*, 23 juin 1997, p. 9.
[830] B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnels des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Manuels, 2002, p. 165.

un lieu où la souveraineté démocratique s'exerce sans partage[831] ». Si le législateur a parfois tendance à la rapidité lorsqu'il rédige une nouvelle règle, le juge lui a l'habitude de reprendre cette rédaction de manière plus posée. Sa réflexion est avant tout fondée sur les affaires à chaque fois particulières, auxquelles il est confronté[832].

Face à cette situation laissée par le contrat social, le peuple a des craintes vis-à-vis de son dirigeant. Force est de constater qu'elles paraissent légitimes. En effet, nul contrat n'est à l'abri d'un manque de respect d'une des parties. Le fait est qu'à l'échelle d'un accord entre les gouvernants et les gouvernés, les recours passés pour forcer l'un des contractants à respecter ses obligations sont limités. Comme nous l'avons vu, le dirigeant est censé être au service du bonheur de ses citoyens. Il agit en subordination de la loi, avec des règles lui imposant sa conduite. Cette quête du bonheur d'autrui constitue la lettre de la loi, qui permet la création de la règle. Un auteur comme Bentham, reconnaît cependant que pour le dirigeant, gouverner en allant à l'encontre de la loi, c'est-à-dire contre le bonheur des citoyens, permet certaines actions. Naturellement, il en découlera le risque de menacer l'ensemble des droits et des privilèges qui pourraient être détruits. Hors ces droits sont primordiaux, car ils assurent le bonheur des gouvernés[833]. Il existe pourtant des raisons qui pourraient justifier le détournement des valeurs défendues par la Constitution.

[831] G. Vedel, « Schengen et Maastricht. À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *op. cit.*, p. 173.
[832] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.
[833] J. Bentham, *Théorie des fictions*, op., cit, p. 271.

Section 2 Une redéfinition du cadre juridique par la fiction constitutionnelle

Le recours à la fiction constitutionnelle fondée sur des appréciations de la norme suprême, a contribué à une expansion du domaine de compétence du Conseil constitutionnel au-delà de ce qu'il lui était possible de faire lors de sa création. L'influence du juge constitutionnel a touché de nouveaux acteurs. La norme suprême concerne désormais un plus large public par rapport à ses précédentes incarnations. Son application concrète a eu des répercussions sur les droits des citoyens. Les intérêts de ceux-ci semblent préservés. La mythologie constitutionnelle délivrée par son conteur, le juge, laisse cependant craindre que le droit des hommes soit manipulé. Comme nous l'avons écrit précédemment, la fiction constitutionnelle substitue l'action des individus, derrière celle des institutions. L'humain paraît progressivement écarté du pouvoir décisionnel (Paragraphe 1). Cet aspect d'un droit constitutionnel qui remettrait en perspective la liberté des membres de la société, est cependant à relativiser. Le pouvoir constitutionnel s'étend à de nouvelles structures, mais ces dernières vont influer sur la fiction prônée en proposant de nouvelles conceptions. Le droit devient un sujet de dialogue. Ses formes vont être altérées, selon les arguments de chacun (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La fiction constitutionnelle parallèle à la volonté des citoyens

Le Conseil constitutionnel se présente comme un défenseur de la volonté des citoyens, bien qu'il soit handicapé par le fait que ses membres ne sont pas des représentants élus. Le juge est la personnification d'une institution, à défaut d'être un élément d'identification de la société. Bien que la fiction constitutionnelle mette en évidence des organisations juridiques, plutôt que des individus, elle demeure composée d'humains. Ils sont par conséquent soumis aux qualités et aux défauts, propres à leur nature. La fiction constitutionnelle tente de dissimuler ce fait. Il s'agit pourtant d'une composante à prendre en compte. Au-delà d'une technicité prônée par le droit, censée gommer les failles du système juridique, la fiction essaye de renforcer cet aspect. Nous assistons à une quasi déification des institutions juridiques par la mythologie

constitutionnelle, pour dissimuler les faiblesses humaines (I). Cette mythologie abrite cependant, une forme de raisonnement en deux temps. Elle laisse prendre conscience à ceux qui l'étudient, que l'homme au sein du système juridique ne peut être considéré comme fiable. Par conséquent pour que l'autorité soit acceptée, il faut que l'élément humain soit dissimulé derrière des institutions juridiques dont les compétences ne pourront être réinterrogées. Dans un second temps, le mythe constitutionnel a contribué à écarter les citoyens du processus décisionnel, du fait de ces mêmes faiblesses (II).

I Un pouvoir constitutionnel dissimulant derrière ses institutions des hommes

En tant que défenseur des intérêts des citoyens, le juge constitutionnel va parfois être amené à entrer en opposition avec d'autres pouvoirs, notamment celui détenu par le législatif, lorsqu'il est question d'un contrôle de constitutionnalité de la loi. En tant qu'organe non élu, le Conseil constitutionnel n'a pas de compte à rendre aux électeurs, il se présente pourtant comme un défenseur des intérêts des citoyens. Le juge peut alors être considéré comme un intermédiaire entre les dirigeants, et ceux qui leur ont accordé leur confiance (A). La parole du citoyen élu apparaît comme faillible. Sa bonne volonté est alors à relativiser. La fiction constitutionnelle est consciente des lacunes du genre humain, et tend à mettre en garde ceux qui souhaiteraient lui accorder un trop grand crédit. Le pouvoir constituant reste une œuvre de l'esprit des hommes. Il convient donc d'accorder les mêmes réserves à l'œuvre du juge constitutionnel (B).

A Un juge constitutionnel distinguant la volonté citoyenne du souhait politique

Il existe une place particulière au sein de l'organisation juridique, pour ce qui touche au contrôle qu'opère le Conseil constitutionnel sur les actes directement issus de l'expression des citoyens. Néanmoins, il demeure des oppositions entre les souhaits des décideurs et ceux de la population. En ce qui concerne le référendum par exemple et le cas où le dirigeant reviendrait sur ce qui aurait été décidé par les citoyens, il convient de

revenir sur la pensée de Michèle Guillaume-Hofnung. Elle précisait ainsi que pour ce qui est de la place du Conseil constitutionnel dans une position semblable : « l'acte concerné par le référendum suit le régime juridique de l'acte au rang duquel il s'est placé, en particulier quant à sa modification. Rien n'empêche donc qu'un parlementaire ressuscite une loi que le peuple vient d'abroger. Il prend un risque politique, mais le juge ne pourrait pas déclarer la nouvelle loi inconstitutionnelle sur la seule base de son opposition à l'expression directe de la volonté générale[834] ».

À ces éléments il était également possible d'ajouter que : « le texte adopté par référendum ne jouit pas d'une nature idoine, il s'insère dans diverses catégories juridiques (…) dont il suit le régime juridique (…)[835] ». Le peuple consulté comme le prévoit l'article 11 peut être considéré comme un simple organe institué de plus. Il s'avère que le vote ne peut suffire à rendre la loi irréprochable, voire parfaite[836]. Il faut être conscient qu'une seule transgression de la règle ne signifie pas une rupture de contrat. Comme pour les contraintes du côté du peuple, les enjeux sont trop grands pour rompre l'accord de manière irréfléchie. Cela n'excuse pas les actions néfastes des gouvernants. Ces derniers peuvent aller à l'encontre du bonheur des gouvernés, sans transgresser la moindre règle de droit. Ils ne transgressent pas les limites de leurs pouvoirs. Dans un autre cas de figure, le dirigeant peut se retrouver dans une situation particulière, au cours de laquelle le bonheur des citoyens peut être mieux servi si les autorités vont à l'encontre de la loi. La fiction constitutionnelle sert à créer un équilibre entre les intérêts des citoyens, tout en n'excluant pas la réalité selon laquelle certaines logiques propres au pouvoir peuvent leur échapper. Cependant l'ignorance ne peut servir à cautionner l'arbitraire du pouvoir.

En cas de guerre par exemple, des mesures considérées comme liberticides, peuvent être prise dans le but de protéger les citoyens. Il faut toutefois que ces mesures soient employées avec parcimonie, pour ne pas tomber dans un cas de figure plus sombre. En effet, une méthode de gouvernement qui prive les citoyens de leur bonheur et de leur liberté peut être celle qui, lorsque certaines constitutions l'autorisent, permet un exercice plus facile du pouvoir. Elle a en outre l'avantage de se mettre aisément en œuvre[837]. Dans ce contexte nous voyons que de multiples précautions doivent être prises

[834] M. Guillaume Hofnung, *Le référendum*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 2ème éd., 1994, p. 61.
[835] *Ibid*., p. 119.
[836] J.-F. Prévost, « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *op., cit.*, p. 35.
[837] J. Bentham, *Théorie des fictions, op., cit,* p. 271-272.

à l'égard des partisans du Contrat social. L'ensemble de la fiction constitutionnelle ne peut être remise en perspective, par un contexte particulier de son époque. Cette crainte de voir les gouvernants prendre le contrôle des gouvernés de manière drastique est encore présente dans nos sociétés actuelles, plus de deux cent ans après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La crise sanitaire du Covid-19 a d'ailleurs été un des exemples les plus récents lorsque des mesures de confinement de la population ont été mise en place. C'est le droit d'aller et venir qui ici a été réinterrogé.

Cette crise de confiance pèse directement sur le Conseil constitutionnel, qui a su seul s'affranchir de certaines limites posées. Le lien entre le juge constitutionnel et les sujets du droit, tel qui peut être perçu au sein de la société, paraît alambiqué. Les appréciations qui en découlent sont divergentes. « Cela tient à la conflictualité des rapports sociaux dans le cadre d'une société complexe, fondée sur une différenciation des fonctions et des groupes sociaux. Les missions endossées par les castes de juristes impliquent nécessairement un exercice du pouvoir, une attitude susceptible d'être ressentie, au sein de la société, comme une forme d'agression[838] ». Le Conseil constitutionnel donne l'impression d'être devenu un organe trop indépendant au goût de certains. Plusieurs personnes se demandent s'il existe encore une autorité capable de le stopper. Si le juge Constitutionnel devient une personnalisation de la sacralité de la norme suprême et du pouvoir, le défier signifie aller à l'encontre de la vérité détenue par la Constitution. « Les juges en effet — dans cette conception de leur rôle — effacent, ou, plus exactement, recouvrent l'arbitraire des lois soit, s'ils les confirment, en leur procurant un caractère objectif, soit, s'ils les censurent, en montrant précisément que l'arbitraire politique ne peut être la source des lois. En résumé, le contrôle de constitutionnalité transforme la loi des hommes, êtres physiques, subjectifs et partisans, en loi du Droit, sorte de divinité garantissant par son extériorité le sens et la valeur de vérité de la règle. Et les juges, en se donnant à voir comme la simple bouche de ce Droit, seraient à la fois les artisans et les prêtres de cette nouvelle religion constitutionnelle;[839] ».

Le pouvoir qui émane du juge constitutionnel, génère au sein des autres groupes sociaux des images négatives.

[838] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *Droit et société*, 2002/1, n° 50, p. 133.
[839] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 16.

B Un juge humain avant d'être le dépositaire du pouvoir d'une institution

La littérature s'est emparée de cette symbolique négative autour du juriste, en révélant la dangerosité d'un pouvoir important détenu dans des mains faibles, et avant tout humaines. Pour exemple, l'œuvre de Kafka regorge de telles situations. Ainsi dans *Le procès,* lorsque le personnage principal réussit à ouvrir les ouvrages consultés par les juges, il ne découvre finalement que des images pornographiques[840]. Les institutions pourtant présentées comme légitimes, ne font que dissimuler l'arbitraire et l'absurdité. « La condition de l'homme moderne est de vivre cette double attirance, cette tension entre être sans qualités et être de sens, qui précisément le constitue comme homme moderne. Et la constitution est cet acte qui peut faire vivre cette dualité à la fois parce qu'elle l'exprime et parce qu'elle la réfléchit[841] ». Le bureaucrate chez Kafka est présenté comme bien réel, fainéant et tyrannique. Il se contente de justifier son attitude néfaste par les exigences de la bureaucratie[842]. L'autolimitation du juge représenterait l'ultime recours, contre des accusations soulignant ce pouvoir trop important. Cet argument trahit pourtant des carences. Un pouvoir ne s'autolimite que dans le cas où il n'y aurait aucune institution en droit de le faire. « Car l'autolimitation n'est que le revers d'une médaille dont l'avers est la souveraineté[843] ». Le contentieux constitutionnel permet aux citoyens de s'affranchir de la volonté de leurs dirigeants, en leur permettant de faire des réclamations, notamment sur la censure d'une loi[844]. « Concrètement la Constitution définit progressivement un espace assurant symboliquement et pratiquement-par la censure de la loi- l'autonomie des représentés par rapports aux représentants[845] ».

[840] Franz Kafka, *Le procès*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 1983, p. 93 et 94. Du même auteur, nous pouvons également citer, Le château, dans lequel l'avenir du personnage dépend de la haute bureaucratie laquelle dissimule un affairement stérile. F. Kafka, *Le château*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 1994, p. 260 et 261.

[841] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 10.

[842] Dans un même registre, Victor Hugo dans son œuvre L'homme qui rit, n'hésitait pas à décrire une aristocratie se moquant des souffrances de son peuple et n'hésitant pas à rejeter par le rire et le mépris, les membres légitimes de sa propre institution qui osaient les défier en leur dépaignant une réalité à lauquelle, ils refusaient d'adhérer, car elle ne servait pas leurs intérêts propres. V. Hugo, *L'homme qui rit*, Paris, Pocket, 2015, 768 pages.

[843] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle » *op. cit.*, (consulté le 26 juin 2021).

[844] V. D. Williams, *Observations sur la dernière Constitution de la France*, Paris, Hachette Livre, BNF, 1793, réed, 2018, 54 p. L'auteur préconisait justement la création d'un Conseil constitutionnel qui irait dans ce sens.

[845] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.

En outre cet espace est en perpétuel évolution. Le Conseil constitutionnel vient l'altérer à chaque fois qu'il élève de nouveaux droits au rang de normes constitutionnelles. Juvénal déclara cette phrase restée célèbre « *sed quis custodiet ipsos custodes ?* ». Que l'on peut traduire par « mais qui garde les gardiens ? ». Force est de constater qu'aujourd'hui encore cette préoccupation continue de s'appliquer à l'égard du Conseil constitutionnel. Le cercle se referme sur le juge constitutionnel. Encore une fois, il est « présenté, dans une certaine compréhension de la constitution-néant, comme un décideur politique que la position dans le système politique érige en véritable gouvernant, constituant et législateur à la fois, à la place du peuple et des représentants. Tout se passe comme si toujours, quel que soit le point de vue doctrinal, était en réalité visée la figure du juge, véritable point de résistance — au sens psychanalytique du terme — de la pensée juridique[846] ».

Si le Conseil constitutionnel est obligé de trouver de nouveaux moyens pour régulariser de nouvelles situations, c'est en partie dû au fait que l' État n'est plus en mesure de dominer l'ensemble de la réalité. Les droits fondamentaux défendus par la Constitution deviennent de véritables, « instruments vivants ». Ils permettent d'illustrer le débat américain d'une *living constitution*, face à l'*originalism*. La situation d'un droit constitutionnel en perpétuel mouvement s'exprime par le fait que « les énoncés dispositionnels de Droits Fondamentaux ne permettraient pas, dans certains cas, de couvrir de nouveaux domaines d'application, supposés comme devant être nouvellement couverts par ces énoncés, car ces domaines n'ont jamais été envisagés par les auteurs de ces énoncés, soit de manière accidentelle, soit parce que ces derniers ne pouvaient pas le faire[847] ». L'application de schémas normatifs ou trop uniformes ne suffit plus[848].

II Le rôle originel du citoyen détourné par la fiction constitutionnelle

[846] D. Rousseau, « Question de Constitution », *Politique et sociétés*, n°19, p. 22.
[847] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[848] P. Maisaline, F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n°27, 1994, p. 446-447.

En proposant une vision de ce que doit être le citoyen au travers de ses écrits, la Constitution réduirait le citoyen à un simple sujet de droit. L'écrit ferait abstraction des compétences de l'homme, en ce qui concerne la création de la norme. Nous assistons là à une redéfinition de l'humain, par rapport à ce qu'il pouvait être au moment de la Révolution française. Le détendeur du pouvoir constituant pourrait être assimilé à un metteur en scène, chargé de donner un rôle avec une dimension précise pour chacun de ses acteurs. Ce faisant, il prendrait soin de conférer à la norme suprême, une ampleur particulière au sein de l'appareil juridique (A). L'utilité des citoyens serait reléguée au second plan, pour ne pas inquiéter le pouvoir politique en place (B).

A Un droit constitutionnel magnifié par la fiction le mettant en scène

Il est intéressant de remarquer que le juge constitutionnel, malgré les multiples difficultés qui s'imposent à lui, occupe une place qui pourrait lui être enviée. En effet, la seule autorité en droit capable de remettre en cause sa vision des textes constitutionnels, serait les sujets mêmes du droit constitutionnel, qui remettraient en perspective la pratique de la norme suprême. Néanmoins, les interactions de ces derniers avec l'application de la Constitution, sauf notamment par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité, sont plutôt rares. Le monde juridique peut leur sembler trop opaque[849]. Certes, la norme suprême et tout ce qui l'entoure entretiennent une certaine forme de mystère, difficile pour le grand public à mettre en lumière. Ces procédures sont souvent opaques et ardues à mettre en place, de par la rudesse des conditions d'applications de ces dernières. La portée de textes particuliers, rend la Constitution pratiquement sacré et intouchable, au point que même dans des situations d'état d'urgence, sa révision parait extrêmement complexe. Pour établir certains parallèles, « les sociétés anciennes avaient leurs mythologies ; les constitutions sont, aujourd'hui, les mythologies des sociétés modernes[850] ».

Cette complexité tient au fait que le droit constitutionnel, à l'instar des autres branches du droit, se met lui-même en scène, de même que ses acteurs comme les juges

[849] P. Amseleck, « La teneur indécise du droit », *paul-amselek.com*, [En ligne], Url : paul-amselek.com/textes/ teneur_indecise_droit.pdf, (consulté le 30 janvier 2021), p. 15.
[850] D. Rousseau, « Question de Constitution », *Politique et sociétés*, n°19, p. 14.

constitutionnels. Ces phénomènes restent à différencier, selon les individus et les groupes auxquels ils appartiennent[851]. « Ainsi, le monde des juristes n'est pas pleinement unifié. Les avocats, les magistrats, les administrateurs, etc. constituent autant de sous-castes, qui se trouvent en concurrence, et qui s'opposent dans le contexte des représentations qu'elles véhiculent »[852]. L'image négative qui demeure autour du juge constitutionnel lorsque l'on vient à évoquer le gouvernement des juges, lui est par exemple spécifique. L'image du droit constitutionnel et même du droit en général ne peut être présentée comme exclusivement négative. La juridiction constitutionnelle permet le fonctionnement de la société dans son intégralité. La norme suprême a également pour fonction de conférer à cette dernière une image positive.

La société occidentale s'est élaborée autour du droit, dont elle ne peut plus se détacher. Des termes comme « État de droit », ou « démocratie » qui émaillent la Constitution, permettent d'ailleurs d'en témoigner. Le peuple n'est pas exclu de la représentation de la société. En théorie, il peut être encore présent par la voie du référendum. Il est amené à voter, pour savoir s'il souhaite ou non réviser la Constitution. Comme le prévoit l'article 11, les pouvoirs publics peuvent proposer une révision constitutionnelle, notamment pour permettre l'adoption d'un texte qui irait à l'encontre de la norme suprême. Pour un auteur comme Gérard Conac, une telle situation ne peut être considérée comme un acte de transgression de la Constitution. Au contraire, il s'agirait d'un acte de création[853]. En ces circonstances, la volonté seule du peuple suffit à donner la force juridique, justifiant l'existence du texte, quitte par la suite à contraindre les pouvoirs en place à le faire appliquer[854].

L'inconstitutionnalité que va permettre l'article 11 est annulée par les citoyens, dans le cas où ils répondent positivement au référendum[855]. Le peuple censé détenir la souveraineté, permet cela. Dans le cas où la réponse serait négative, il convient de signaler que les pouvoirs publics seraient dans l'embarras, car ils auraient voulu aller à l'encontre du texte constitutionnel. L'usage du référendum pour de tels procédés représente donc un risque. Lorsque le juge altère la Constitution, car il pense déceler un nouveau principe fondamental, il remet également en perspective la volonté originale de

[851] D. Anzieu, *Le groupe et l'inconscient. L'imaginaire groupal, op. cit*., p.80.
[852] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », Droit et société, 2002/1, n° 50, p. 136.
[853] G. Conac, « Article 11 », *op., cit*., p.275.
[854] *Ibid*., p. 291. Rappelons également que « l'idée d'une norme immédiatement évidente présuppose le concept d'une raison pratique », P. Brunet *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., p. 13.
[855] B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnels des droits fondamentaux, op., cit*., p. 166.

l'auteur du texte, altérée par la vision possiblement influencée de son époque. Cette situation implique que la Constitution « peut tout aussi bien se passer de réfèrent métaphysique et être fondée seulement sur la décision politique des hommes[856] ». Le juge se risque à une interprétation trop libre, afin de pallier les insuffisances qu'il suppose de l'énoncé, prévoyant le droit fondamental qu'il analyse[857].

B Un pouvoir constitutionnel écartant les prérogatives des humains sur le pouvoir

Comme nous l'avons écrit, la nature parfois difficile à cerner du travail effectué par le juge constitutionnel, contribue à ce que l'opinion publique se méfie de lui. L'accusation d'un éventuel gouvernement des juges ressurgit fréquemment. L'idée d'une relation fusionnelle entre gouvernants et gouvernés apparaît comme fausse, éloignée de l'idéal démocratique tel qu'il est imaginé. Les juges constitutionnels interviennent dans le débat démocratique. Ils décident si un texte voté par le parlement à la capacité ou non d'être qualifié de loi. Dès cet instant, il est possible de se demander si le pouvoir normatif n'appartient pas en réalité au juge, puisqu'il a le dernier mot[858]. Dans le même temps, une mise à distance des gouvernants et des gouvernés s'opère. Raymond Carré de Malberg a travaillé sur la question de l'identification des gouvernés aux gouvernants. Il en découle la confusion entre le peuple et ses représentants[859]. La Constitution offre tellement de sujet de craintes, que le simple fait d'évoquer la perspective d'une révision constitutionnel est pratiquement tabou de par ce que cela peut sous-entendre.

La crainte de la manipulation ou d'un arbitraire encore plus prononcé fait partie du problème. En ce qui concerne la question de la souveraineté qui présiderait à la révision constitutionnelle, la constitutionnalité de la chose semble secondaire. Cela parait d'autant plus vrai, si l'on considère que ce qui prévaut « c'est que personne n'a le

[856] D. Rousseau, « Question de Constitution », *Politique et sociétés*, n°19, p. 15.
[857] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[858] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit*.
[859] V. R. Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1984, 228 pages.

droit de contredire le souverain[860] ». Il est possible de voir là un parallèle avec la fable écrite par Jean de La Fontaine, *Les Grenouilles qui demandent un Roi*[861]. La morale de cette fable renvoie au souhait d'un changement du système politique, et à sa portée potentiellement destructrice. La situation du peuple peut ainsi empirer. Néanmoins, cette digression permet de rappeler le fait que le peuple représente une forme de pouvoir instituée, lorsqu'il est décidé de le consulter. En tant que tel, les choix qui lui sont demandés de faire par le biais d'un scrutin, deviennent un dérivé du pouvoir originaire. Il est opposable à toutes les autorités instituées[862]. Là repose finalement la dualité autour de la norme suprême.

Si à l'origine elle était censée protéger des dérives du pouvoir monarchique, comme cela a pu être le cas en 1791, l'arrivée du suffrage universel et l'élection des représentants par les citoyens a modifié la donne. De nouvelles fictions se sont mises en place. Le citoyen a progressivement été éloigné du rôle censé lui échoir à l'origine. Les mécanismes de protection du Conseil constitutionnel en arrivent à protéger le peuple de ses propres choix et des représentants qu'il a choisi. Nous nous rapprochons de la « formule lockienne », présentée par Stéphane Rials. Il s'agit d'une conception positiviste de la garantie des principes du droit naturel. La Loi naturelle demeure inaccessible à l'entendement humain. Seuls certains principes fondamentaux pourraient être assimilés. Cette situation justifierait le monopôle des juges, pour permettre la garantie des droits de l'homme[863]. Le juge constitutionnel apparaît comme autonome, dans sa capacité à créer la signification que la norme juridique aura. Il prendrait la place du Parlement, pourtant légitime pour conférer une valeur juridique à la norme. Ainsi « (…) une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution ; mais il y a, au contraire, de fortes raisons qui appellent la consécration par la Constitution de ce contrôle destiné à

[860] M. Lascombe, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, L'harmattan, coll. « Logique juridique », 8ème éd., 2002, p. 291.

[861] Dans cette petite histoire, la population des grenouilles s'est lassée de son système démocratique. Afin d'y remédier Jupin leur donne un Roi, ce dernier a la particularité d'être un soliveau, une pièce de bois immobile, que les grenouilles ne tardent pas à trouver trop passive. Face à leurs protestations Jupin fait apparaitre un nouveau roi, cette fois-ci une grue qui n'hésite pas à les dévorer pour satisfaire son appétit. Encore une fois les grenouilles protestent mais Jupin refuse d'accéder à leur requête leur faisant remarquer qu'elles auraient dû se contenter du système de gouvernement qu'elles avaient au départ

[862] G. Conac, « Article 11 »,*op., cit.,* p. 279.

[863] S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.,* p. 395.

empêcher la toute puissance législative du Parlement[864] ». La fiction constitutionnelle écraserait les autres institutions.

Cette situation n'est pas sans écho, par rapport à ce que Michel Troper a pu écrire sur le sujet ; « C'est ainsi que la loi est loi non pas parce qu'elle émane de la volonté du Parlement, mais seulement parce que la constitution fait de la volonté du Parlement la condition pour qu'une loi entre en vigueur[865] ». Le pouvoir constituant français accorde historiquement, une importance certaine à l'identification d'une autorité qui légitimerait le droit en vigueur. En contrepartie, il se détache des questions liées à une application tempérée du pouvoir. Pour le constitutionnalisme français, le progrès ne passerait qu'au travers de la mise en œuvre d'une volonté politique, censée exprimer de façon réflexive le pouvoir qui permet à la société de s'auto-régénérer[866].

Paragraphe 2 Différentes structures juridiques capables d'intéragir avec la fiction constitutionnelle

Nous le savons, la norme constitutionnelle est la norme fondatrice, de laquelle les autres textes juridiques tirent leur validité. Néanmoins il convient de se demander si cette nature du texte est effective, ou si au contraire cet aspect du droit découle de la fiction constitutionnelle qui entoure l'écrit. Il s'agit de savoir si la vérité a influencé le récit et sa fictivité. L'inverse est également possible. Dans ce cas là la fiction aurait donné corps à ce qui est considéré comme la véracité que l'on ne saurait remettre en cause. Les capacités contraignantes de la norme suprême ne seraient alors dues qu'à la fiction originelle qui aurait engendré le droit. Le texte constitutionnel n'aurait alors pas plus de capacités contraignantes sur l'ordre juridique, que n'aurait une vague promesse formulée sans convictions (I). La fiction constitutionnelle a cependant permis au juge d'étendre son influence. Le Conseil constitutionnel s'est assuré que ses compétences ne seraient pas éclipsées par celles d'un autre organe juridique. Cependant, il en est arrivé à confronter des acteurs inattendus, à la fiction constitutionnelle (II).

[864] R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale, op. cit*., p. 221.
[865] M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *in* M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 216.
[866] S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.,* p. 370.

I La force contraignante du pouvoir constitutionnel réévaluée par la fiction

Le recours abusif à la fiction au sein du droit constitutionnel, revient à interroger la part de la norme suprême qui demeure irréfutable. La Constitution semble dans l'incapacité d'exister uniquement sous la forme d'écrit. Le droit seul ne suffirait à lui permettre de s'imposer comme un texte contraignant. La fiction constitutionnelle permettrait d'appuyer des vérités qui ne pourraient être vérifiées de façon concrète, par des tiers (A). L'autre problème en lien avec la notion de fiction constitutionnelle, tiendrait en un parallèle à faire avec les pratiques de l'antiquité liées au mythe. Le juge serait le conteur du droit constitutionnel. Sa vision lui serait propre. Les valeurs contenues dans la norme suprême ne seraient pas figées. La vérité constitutionnelle apparaîtrait donc comme variable (B).

A Un écrit constitutionnel dépouillé de toutes vérités objectives

La défiance que la norme suprême représentait contre une autorité passablement jugée comme arbitraire, est désormais une défiance éprouvée contre le suffrage universel[867]. Pourtant la parole des acteurs qui créent la loi n'a de véritable sens ou d'efficacité, que grâce à un échange entre ceux qui transformeront l'oral en écrit, et ceux qui par la suite devront faire usage de ce texte. Dans ce sens, le processus d'expression de la volonté générale représente une véritable transsubstantiation. « On dira que ce pouvoir n'est pas confié à l'individu en tant que tel mais à l'individu en tant qu'il est lui-même l'organe d'une entité qui le dépasse et l'incorpore[868] ». Le travail du juge constitutionnel n'est plus perçu comme un geste unilatéral, proche de l'arbitraire. Il devient partie intégrante d'une relation consentie, qui permet la construction d'un énoncé constitutionnel pleinement efficace. La parole du souverain devient ainsi

[867] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op.*, *cit.*, (consulté le 7 novembre 2020).
[868] P. Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2004, p. 17.

agissante. La juridiction constitutionnelle n'est plus au dessus des autres institutions. Elle appartient à un ensemble.

Un auteur comme Olivier Camy va plus loin. Il explique que la méthode d'interprétation utilisée par les cours constitutionnelles des démocraties occidentales, est représentée par l'herméneutique juridique. La finalité revendiquée consiste à appliquer les dispositions de la Constitution, en admettant la plénitude de sens qui découle d'elle. Ces derniers reflètent une conception théologique du droit, le présentant comme une « totalité juridique infinie[869] ». Il apparaît comme illusoire de penser que « la constitution «veut dire» commandement et contrainte à l'égard du législateur : elle est faite de mots — égalité, nécessité des peines, libre administration des collectivités locales... — qui n'obligent à aucun comportement précis parce qu'ils ne portent en eux aucune signification déterminée, unique et préalable, mais de multiples sens qui laissent les acteurs politiques libres de choisir celui qui correspond à leur volonté d'action[870] ». Par ces aspects, la juridiction constitutionnelle conserve un aspect contraignant, mais finalement assez volage.

L'emploi de ces références théologiques sécularisées justifierait « l'infinitisation herméneutique du droit positif[871] ». La juridiction constitutionnelle par son travail, va forcer les autres acteurs à être plus rigoureux dans leurs démonstrations. Le Conseil constitutionnel se présente comme l'instrument d'un progrès démocratique. Il permet d'établir le règne du droit[872]. Ces derniers devront défendre efficacement leur vision d'un énoncé. Ils s'exposent alors à la critique du juge constitutionnel, qui évaluera leur argumentation. La décision rendue devient un verdict, récompensant ou non la pertinence du discours qui a été tenu[873]. Il en va de même pour la Constitution. Elle peut être remplacée par un nouveau texte suprême, prévoyant des normes plus liberticides pour les citoyens. Le statut du peuple est amené à changer selon les circonstances. Il peut en certaines occasions être législateur, lorsqu'il s'agit de voter pour une loi référendaire. Dans le même sens, il peut également être constituant[874].

---

[869] O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, coll., Logiques juridiques, 2007, p. 97.
[870] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit*., p. 20.
[871] O. Camy, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique, op. cit.,* p. 32.
[872] Sur ce sujet voir notamment J.-M. Denquin, « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, [En ligne], Url: http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html, (consulté le 4 septembre 2020).
[873] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*
[874] B. Mathieu, M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnels des droits fondamentaux, op., cit*., p. 166.

Nous assistons à une redéfinition de la nature de la norme. Sa place au sein de l'ordre social est désormais à remettre en perspective. « Il semble désormais qu'il faille prendre en considération une relativisation du droit, ce qui revient à mettre radicalement en cause la conception de la règle juridique jusqu'ici communément acceptée[875] ». Pour exemple, l'imaginaire juridique au travers des revendications sociales entraîne ces dernières à être exprimées, seulement en terme de droit qu'il serait nécessaire d'obtenir. Il peut également s'agir de statut à s'approprier. Les mouvements sociaux malgré ces éléments, représenteraient des émanations indiquant une confiance absolue à l'encontre du droit. « Le hiatus entre ces représentations idéalisées du droit et son fonctionnement réel montre bien qu'on est ici sur le terrain d'un droit rêvé voir fantasmé[876] ».

Ces éléments réinterrogent la portée du droit, ainsi que le rôle des différentes institutions juridiques. La fiction constitutionnelle semble permettre une redistribution des compétences, dans le cas où certaines circonstances le justifieraient.

B Un droit constitutionnel aux valeurs suggestives non immuables

L'argument de la souveraineté constituante, présumée appartenir aux citoyens et qui pourrait provoquer sa propre perte est à relativiser. Elle n'est pas absolue. Si elle l'était, le peuple serait en mesure de rédiger sa propre Constitution, par le biais du pouvoir constituant originaire. Ici, il ne s'agit que d'un pouvoir constituant dérivé. « S'il existe donc toujours un souverain qui est au-dessus de la Constitution, il n'y a jamais de souverain dans la Constitution[877] ». Il semble également intéressant à relever que : « C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois. À celui qui se plaint que la loi votée par les représentants de la Nation ne soit pas souveraine comme la Nation elle-même, on répond que "la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution". Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut

[875] P. Maisaline, F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *op., cit.*, p. 444.
[876] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », *op., cit.*, p. 139.
[877] J.-F. Flauss, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *op., cit.*, p. 13.

être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts[878] ».

Ce problème de la modification de la Constitution se trouve bien dans le droit français. Cependant, il n'est pas nécessairement présent dans d'autres pays. À titre de comparaison, Georges Vedel fait remarquer que le droit constitutionnel autrichien, pourtant connu pour son extrême vigilance à faire de la Constitution la norme suprême, a rendu banal les révisions constitutionnelles. Ces dernières s'effectuent selon les besoins du législateur. Ces pratiques à répétitions ont entraîné une altération de la forme du sacré, qui concerne l'aspect transcendant des droits qui pouvaient être garantis par la Constitution[879]. Ce n'est pas un cas isolé, d'autres sont à recenser. Les États-Unis possèdent un juge constitutionnel qui a pu durant certaines périodes clés de l'histoire, être amené à définir son rôle d'une certaine manière. Il a pu se percevoir comme le protecteur de textes précis et de principes qui en découlent.

Selon ce juge constitutionnel, sa tâche ne s'arrêterait pas là. Il devrait également veiller sur tout un ensemble de valeurs morales et culturelles, servant de fondement à l'ordre social. La signification de ce rôle, confère au juge constitutionnel un aspect arbitraire en apparence. En France, l'instauration du principe de la dignité humaine mise en place par la décision du 27 juillet 1994, peut être perçue comme le témoignage d'une trop grande indépendance du juge constitutionnel. Pourtant, il peut aussi s'apparenter à l'aboutissement d'une importante collaboration entre les travaux des assemblées parlementaire, des jurisprudences laissées par les différents tribunaux nationaux et européens, et de la doctrine. Tous les indices laissés par chacun ont finalement permis au principe de la dignité humaine d'émerger. L'organisation juridique était prête pour cela. Ces éléments permettent de voir au-delà des capacités d'expression des juges constitutionnels seuls. Ils continuent à être l'un des maillons dans le processus d'édiction des normes. « Le juge constitutionnel ne gouverne pas ; il est l'organe régulateur du régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale[880] ». Il permet également la préservation de l'esprit de l'État, ainsi que ses valeurs historiques.

[878] G. Vedel, « Schengen et Maastricht. À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue Française de Droit Administratif*, vol 8, 1992, p. 173.
[879] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 156.
[880] D. Rousseau, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, [en ligne], *op., cit.*

Son rôle serait d'une certaine manière, de protéger l'identité de la société. Néanmoins cette dernière est susceptible d'évoluer, au gré des débats entre les assemblées et les juridictions. Elle n'est pas figée. Une interprétation nouvelle peut émerger avec le temps. Cette question complexifie le rôle du juge constitutionnel, mais aussi les fondements réalistes de son rôle. Les valeurs représentent un élément suggestif, qui face à l'évolution de la société par le biais des mœurs et des nouvelles technologies, laisse une place des plus conséquentes à l'imagination. Le caractère fictif inhérent au droit constitutionnel et même au droit en général, peut être considéré comme l'aboutissement d'un processus historique mis en place par les juristes, dans un souci de logique transcendantale. Cette conception exclut les actes volontaires du souverain étatique[881]. Ce dernier a contribué à entretenir le doute sur le caractère mystique du pouvoir de la norme suprême.

II L'influence grandissante de la fiction constitutionnelle sur d'autres organes juridiques

Suite aux difficultés de mettre en pratique la Constitution de la IIIème République qui avait progressivement perdu de sa valeur juridique, le Conseil constitutionnel que nous connaissons a tenté de rappeler l'importance de la norme suprême. Pour cela, il n'a pas hésité à se référer aux moindres mots du texte, allant même jusqu'à conférer une portée juridique pour son préambule. Cette situation a permis l'accroissement des compétences du juge. En agissant ainsi il a assimilé, souvent malgré eux, de nouveaux acteurs qui se sont confrontés à la fiction constitutionnelle. Cette situation a contribué à conférer à cette fiction de nouvelles influences, extérieures à celles du juge (A). La portée exacte de la norme suprême arrive à être réévaluée par cette donne inédite (B).

A De nouvelles influences sur la fiction constitutionnelle

[881] J. Sohnle, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *op., cit*., (consulté le 21 septembre 2020), p. 3.

Durant le Moyen-âge et la Renaissance, le Roi de France s'est illustré comme le représentant de Dieu sur terre. Le divin le mystique ont été invités dans la réalité juridique, pour permettre l'assise du pouvoir souhaité. Sur cette fiction juridique originelle, s'est développée de nouveaux éléments[882]. Cet effort d'imagination et donc de création sur la fiction, permet l'élaboration d'un droit constitutionnel s'ouvrant à de notions plus modernes. Au travers de ces différentes prises de positions le Conseil constitutionnel revêt plusieurs facettes, despotes pour certains, protecteur des libertés publiques pour d'autres. Il est difficile d'établir sa place exacte, même au sein de l'appareil juridique.

La puissance du Conseil constitutionnel est une arme à double tranchant. Elle peut lui permettre d'interférer dans des domaines ou sa position n'est pas évidente. Ses capacités entrainent également une surveillance étroite de ses agissements. Le Conseil constitutionnel peut être amené à s'infliger la pire des censures, celle qui provient de lui-même et non d'un contrôle tiers. En ce qui concerne par exemple les lois référendaires que nous avons vu précédemment, ces dernières ne sont pas exclues du contrôle de constitutionnalité. Elles sont d'une essence supérieure. Plus simplement, elles ne sont pas contrôlées par la juridiction. Les lois référendaires échappent à l'emprise du juge[883]. La fiction constitutionnelle brouille les frontières entre le Conseil constitutionnel et les autres juridictions. Cela signifie néanmoins que d'autres acteurs qui d'ordinaire apparaissaient comme insensible à la norme suprême, sont désormais touchés par son influence.

Le savoir constitutionnel est, comme le présentait Dominique Rousseau, sorti du cercle des universités[884]. Il ne s'agit plus d'un texte aux préceptes philosophique, discutés par ses connaisseurs, pour traiter des structures du parlement des prérogatives présidentielles, ou celle des ministres. En gagnant en « popularité », la norme suprême est par conséquent, davantage discutée. « Là où commence la constitution, là finit la vie. Contre le dynamisme social, le foisonnement des initiatives, la spontanéité créatrice, l'imagination politique, contre la volonté de puissance la constitution représente et oppose la volonté de la raison : elle contraint chacun à comprendre la vie politique à

[882] L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, Flammarion, Paris, coll. Champ historique, 1982, p. 9.
[883] J.-F. Prévost, « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *op., cit.*, p. 41.
[884] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).

travers le langage et les catégories qu'elle institue[885] ». Par la même occasion, le recours aux écrits de la Constitution c'est généralisé. Des groupes qui jusqu'alors, ne semblaient pas se préoccuper des dispositions constitutionnelles, ont tenté de se les approprier. Par ces nouvelles considérations, les juges judiciaires sont par exemple confrontés plus fréquemment à cette norme, lorsqu'ils analysent le caractère sérieux d'une question de constitutionnalité. Ils sont amenés à traiter du droit constitutionnel, au point d'en devenir des juges constitutionnels de droit commun. Dans une optique similaire, les avocats s'ils veulent parfaitement défendre leurs clients, se doivent désormais de prendre connaissance des aspects constitutionnels que peuvent avoir certaines questions, fiscales, sociales ou pénales[886].

Le droit constitutionnel en étendant sa fiction a fini par toucher des cercles, qui auparavant ne se souciaient guère de l'action du juge constitutionnel. Le débat sur la portée de la fiction constitutionnelle a eu tendance à s'accroître, en ajoutant de nouveaux acteurs. La fiction constitutionnelle se trouve avec une portée significative nouvelle, de par les influences inédites qui sont venues se superposer aux anciennes. Les significations du texte sont devenues plus floues que ce qu'elles étaient auparavant. De nouvelles questions ont été ajoutées. La fiction a dû remplir certains manques d'informations.

B La portée de la norme suprême réintérrogée par de nouveaux acteurs

La multiplication d'acteurs liés au droit constitutionnel offre une nouvelle appréciation du texte fondateur, de par le sens que les nouvelles inspirations peuvent lui conférer. Cela aboutit à la prise en considération de nouveaux droits fondamentaux. En ce qui concerne ces derniers, il apparaît nécessaire de rappeler que leur prise en compte « passe d'abord par la mise en évidence et la connaissance des différentes questions techniques et pratiques susceptibles de se poser en matière de droits fondamentaux. Elle renvoie ensuite par un choix du constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle de résoudre ces différentes questions de manière plus ou moins explicite ou de ne pas le

[885] D. Rousseau, « Question de Constitution », *Politique et sociétés*, n°19, p. 18.
[886] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », op., cit., (consulté le 26 septembre 2020).

faire. Dans cette entreprise, toute carence est source d'incertitude et conduit les organes d'application à la compenser en se substituant aux auteurs des normes constitutionnelles[887] ». Un travail d'équilibre entre la part d'explication textuelle et celle de la détermination organique reste à faire.

Les normes constitutionnelles représentent en réalité, « de véritables « structures juridiques», c'est-à-dire des ensembles entiers d'obligations, d'interdictions et de permissions dont la valeur juridique précise reste, pour l'instant, en suspens[888] ». La propriété privée demeure au sein de ce cas de figure, un cas spécifique. Il permet d'illustrer la complexité des nomes constitutionnelles. Le fait que ce droit existe, l'autorise à être effectif. Néanmoins, cela n'est pas nécessairement un moyen de lui permettre d'être constitutionnellement garanti. La question de la propriété publique offre une problématique similaire. Une part raisonnable de propriété publique est obligatoire, pour permettre à l'État d'accomplir ses missions. En revanche, le juge constitutionnel n'explique jamais quel serait le seuil minimum qu'il doit protéger, pour faire respecter ce droit. De cette façon, il évite d'impliquer le législateur qui pourrait éventuellement décider de nombreuses privatisations.

Une forme de contrainte pèse également sur les ministres du gouvernement, notamment lorsqu'il leur est expressément demandé de faire en sorte de « déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de lois inscrits à l'ordre du jour[889] ». L'idée de la circulaire ici citée, est de respecter les exigences liées à l' État de droit, en évitant d'incorporer une norme incompatible avec le principe de légalité. La saisine du Conseil constitutionnel pouvant être réclamée à chaque instant, il est nécessaire de s'assurer un travail irréprochable sous peine de voir l'action du gouvernement en place, discréditée. La juridiction constitutionnelle apparaît comme une suite logique à la tâche première de la norme suprême, garantir la séparation des pouvoirs. Ce seul phénomène s'est avéré insuffisant pour garantir la démocratie et même la liberté politique des citoyens. La protection des droits n'est pas automatiquement garantie. Le corps politique doit prendre garde à ne pas être accusé d'avoir tiré profit de cette situation.

[887] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[888] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 763.
[889] M. Rocard, « Circulaire du 25 mai 1988, relative à la méthode de travail du Gouvernement », *Journal officiel du 27 mai 1988*, p. 7382.

La fiction constitutionnelle a permis d'accroître les capacités du juge constitutionnel. La fiction était à l'origine un outil technique. Il assurait au Conseil constitutionnel une sécurité, par laquelle il ne perdrait pas ses prérogatives face aux autres juridictions. Un véritable mythe du droit a été créé par le pouvoir constituant. Les capacités du juge ont été sauvegardées et ce sont même accrues. Néanmoins, son action l'a conduit à dialoguer avec de nouveaux acteurs, qui n'étaient pas envisagés comme des partenaires à l'origine. À l'instar d'autres croyances, la fiction constitutionnelle c'est transmise à une autre partie de l'appareil juridique, qui à son tour s'est appropriée certains de ces énoncés. La fiction constitutionnelle a obtenu une pluralité de significations. Elles ont échappé à la surveillance du juge constitutionnelle. Il n'est plus le seul destiné à donner une valeur à l'énoncé. Certaines autres figures du droit peuvent lui imposer une nouvelle signification, en se fondant sur certains termes. Le Conseil constitutionnel reste un contrôleur, tout en étant contrôlé.

Conclusion du Chapitre 2 :

L'humain à la différence de l'animal, est une créature qui a sacrifié l'instinct pour l'intelligence. Cette caractéristique unique le condamne à parfaire et à affiner sa réflexion, pour mieux appréhender le monde qui l'entoure. Aucune vérité, ou aucune création, ne peut demeurer parfaite ou immuable. Il en va de même pour le droit constitutionnel, fruit de la réflexion des hommes. La fiction constitutionnelle est ainsi un moyen de compléter les absences de certaines réponses, pour des questions encore trop complexes. Comme l'a souligné Jérémy Bentham, la fiction est une réponse insatisfaisante pour l'époque moderne. Le mythe archaïque ne saurait perdurer indéfiniment et en particulier au temps de la mécanique et de la science moderne. Il en résulte cependant pour le droit constitutionnel, une incapacité à demeurer indemne, malgré les valeurs de pérennité qui devraient normalement le caractériser. En se développant, au-delà de ce que la fiction constitutionnelle pouvait laisser présumer, l'activité du juge à rencontrer de nouveaux acteurs. Ils ont relancé les débats liés à la Constitution. La fiction constitutionnelle a été développée par des orateurs inédits, pour lui conférer une nouvelle sensibilité. Une telle situation pourrait être considérée comme une altération de l'ordre juridique établi. La Constitution ne serait désormais plus l'affaire exclusive des constitutionnalistes. Le réagencement des édifices du droit paraît inévitable.

Le juge constitutionnel par crainte de perdre son pouvoir, est devenu une menace grandissante pour les autres organisations juridiques. Sur ce point, le législateur est celui dont les capacités semblent être le plus mises à l'épreuve, du fait de ses compétences fréquemment concurrencées par celles du juge constitutionnel, pour ce qui concerne les dispositions de la loi. Certes la Constitution est supérieure à cette législation, mais cela ne signifie pas que le juge constitutionnel doit devenir le créateur de la règle de droit dans son entièreté. Il s'agirait par ailleurs d'une limite à la séparation des pouvoirs assez évidente. Que le juge trouve également des rivaux qui reviennent sur son autorité à l'égard de la fiction, demeure finalement un retour des choses assez logique. C'est également l'assurance de ne pas voir la fiction constitutionnelle se soumettre à l'imagination d'un acteur unique. Les frontières des domaines du droit seraient dorénavant plus floues, par l'interpénétration entre les différentes organisations

juridiques. Plus les découvertes se développent, plus l'homme semble être effacé au profit des institutions pour lesquelles la norme suprême prévoit des compétences.

Ce sont cependant bien des individus qui se dissimulent derrière les édifices de ces structures. Il s'agit également d'êtres dotés d'intentions. La psychologie de ces personnes sera déterminante. Elle va forger une part de la fiction constitutionnelle et de sa nature.

Conclusion du Titre 1 :

Par la présentation qui est faite du droit, la fiction constitutionnelle amène à hisser le texte juridique à la hauteur d'un véritable récit empreint des inspirations de la mythologie. L'objectif d'une telle démarche est de conduire les gouvernés à considérer la norme suprême, comme un élément allant au-delà d'une simple norme. L'enjeu se focalise désormais sur la capacité du droit à inspirer les citoyens. L'emploi de mots particuliers permet de susciter chez le lecteur, des sentiments à priori incompatibles avec la logique systémique imposée par le droit. La Constitution évolue sur un autre plan que celui qui semble prévaloir pour les autres catégories de normes. Une telle situation conduit le juge constitutionnel à réaliser des démarches propres aux valeurs véhiculées par la norme suprême. L'enjeu de son travail n'est pas tant d'infliger des sanctions, comme cela pourrait être le cas pour les juges des autres juridictions. Il s'agirait plus d'assurer le respect de la Constitution, quitte à instaurer une forme de crainte.

La norme suprême fonde chez le citoyen, un sentiment d'appartenance qui le lie à l'État de droit. Pour que ce dernier demeure intact, il est nécessaire que la Constitution se maintienne dans le temps et dans la durée. Le juge doit veiller à ce que les décisions rendues, revêtent un caractère volontairement flou sur certains points. Il évite d'aborder frontalement des points précis, qui pourraient entraîner des désaccords majeurs et des divisions. Ces dernières entacheraient la vision, parfois utopique, de la société prévue par la norme suprême. Le juge constitutionnel est aussi conscient des limites humaines qui entravent la perfection du droit. L'ignorance autour de cette notion et l'impossibilité de les confronter à la vision du pouvoir constituant originaire, empêche l'élaboration d'une doctrine trop précise. Il en résulte la nécessité de faire appel à l'imaginaire de chacun, pour aboutir à la mise en place d'une fiction spécifique. Ces stratagèmes permettent d'inscrire la Constitution dans la durée. La fiction constitutionnelle est auto-alimentée, puisque la longévité de la norme suprême devient indirectement, un gage de sa qualité.

Dans ce contexte, la vérité répond à des considérations ancestrales. Elles empêchent une remise en question frontale. Par extension, le juge constitutionnel continue également de renforcer son emprise sur l'écrit fondateur, au point de devenir l'orateur de cette vérité. Une tentative de monopole dangereuse s'installe puisque grâce

à la fiction constitutionnelle, l'opposition aux décisions du juge s'avère impossible. Si tel était le cas, cela reviendrait à remettre en perspective la vérité prônée par la Constitution. Bien entendu, il faut que le texte ait des mécanismes pour assurer son respect. Cette démarche suscite une forme de crainte, qui entoure la norme suprême. Au-delà du pouvoir juridique qui s'impose aux citoyens, c'est également un pouvoir psychologique qui s'illustre par l'action du juge constitutionnel, pour assurer le maintien de l'ordre établi. Cette situation prouve que la seule valeur de l'écrit ne suffit pas. Il est nécessaire que d'autres éléments se superposent, pour assurer la place de la norme suprême. Néanmoins, certains mécanismes de résistances à l'encontre du juge constitutionnel demeurent. La Constitution a désormais une influence sur l'activité d'acteurs inédits.

La vérité du juge est menacée par des opinions nouvelles. Il existe de multiples significations à donner au texte constitutionnel. Par la fiction, nous assistons à l'émergence de plusieurs constitutions, issues du même texte, mais fruit de réflexions et d'appréciations divergentes. Seule la vision que les lecteurs portent à cette norme permet de créer de nouvelles valeurs, qui peuvent diverger selon les points de vus. Ces observateurs prennent la place du pouvoir constituant originaire. Ils dénaturent sa pensée initiale. Le contexte de l'époque et l'évolution des cultures représentent déjà une incidence conséquente, pour le regard qu'il est possible de poser sur l'écrit. Le juge constitutionnel détient bien entendu le dernier mot sur la signification de la Constitution. Ces nouvelles logiques mettent à mal son travail. Le juge est progressivement attiré vers le domaine contesté de la politique.

.

Titre 2 La fiction d'une constitution sociale révélatrice de la pensée

Par sa présentation générale, la Constitution semble être un long récit descriptif, créé pour présenter les différentes institutions qui composent l'appareil étatique. En son sein, sont prévues les compétences et les pouvoirs de chaque organismes. L'être humain paraît exclu des dispositions constitutionnelles. Il pourrait être l'objet de la loi. Ces considérations tendent à minimiser la valeur originelle du texte constitutionnel. La norme suprême fonde avant tout l'État, auquel elle confère sa légitimité. Ce faisant, elle représente pour les citoyens une promesse sur ce que sera cet État futur, dont ils ignorent au moment de son apparition les valeurs qu'il portera. La norme suprême portée par la fiction, revêt alors un caractère sociale. Elle permet de définir le pouvoir qui sera celui des gouvernants, tout en présentant la place qui sera celle des gouvernés. Par cette situation, les citoyens comprennent les moyens qui leur sont donnés pour préserver leurs libertés. Néanmoins, la norme suprême doit créer un équilibre pour être acceptée par les hommes, tout en inspirant une certaine crainte (Chapitre 1).

La Constitution fait la démonstration de sa valeur pour s'assurer de l'allégeance du peuple. Autrement elle ne devient qu'un texte fantaisiste, écarté de l'ordre juridique. Le juge constitutionnel va devoir établir sa crédibilité, afin que le respect de la norme suprême soit une évidence. La fiction constitutionnelle permet au juge d'effectuer une homogénéisation des différents textes constitutionnels, dont les sources s'étendent sur plus de deux siècles. Il s'assure par ce procédé que la norme ne se contredise jamais. Sa vérité n'en devient que plus évidente à être acceptée pour les citoyens. Il s'agit également d'éviter de fournir aux détracteurs de la norme, des raisons pour la supprimer. Comme pour les mythologies archaïques, la fiction va permettre de donner des pistes pour appréhender les différentes valeurs de la norme constitutionnelle (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les caractéristiques sociales de la Constitution appuyées par la fiction

Pour être pleinement acceptée et éviter les soupçons d'arbitraires qui pèsent sur l'œuvre du juge constitutionnel, le savoir constitutionnel doit être compris. Ainsi, l'importance de son respect sera assimilée. Pourtant à l'origine, le droit constitutionnel n'a pas réellement vocation à s'appliquer aux hommes. Il touche les institutions juridiques. Ces dernières sont dénuées de sentiments humains, par conséquent elles ignorent la peur. Le droit constitutionnel en faisant abstraction de l'individu, a omis de trouver immédiatement des moyens de pression inédit pour contraindre à son respect. Cette situation explique qu'en France, il est fallut attendre la cinquième République et l'instauration du Conseil constitutionnel, pour conférer à la norme suprême, un véritable pouvoir contraignant. La fiction constitutionnelle a évolué pour que désormais, elle puisse entrer en résonance avec la pensée des citoyens, qui composent les institutions politiques. La fiction pour être acceptée doit persuader ceux qui l'approchent de sa vérité. Il est nécessaire d'écarter la démarche strictement juridique et rationnelle, qui caractérise la pensée juridique.

La fiction constitutionnelle ne fait pas appel à la pensée née de la connaissance, mais celle issue du sentiment. Plus particulièrement, c'est la crainte et la peur qui vont être invoquées, afin d'asseoir l'autorité des porteurs de la norme suprême. Le Conseil constitutionnel va faire respecter la norme suprême au sein de la société. Il doit exploiter les sentiments avec parcimonies, pour ne pas être considéré comme un pouvoir tyrannique. Il veille à ce que le bien-fondé de son action soit reconnu par les sujets du droit. La fiction constitutionnelle va devoir être appréciée, dans la logique qu'elle propose. Le citoyen doit comprendre qu'une action est réalisée pour son bien, et non pour le contraindre (Section 1). Ce n'est que dans ces conditions, que le Conseil constitutionnel va pouvoir agir au nom de l'intérêt général, si souvent proclamé. Cet acte va avoir une influence indirecte, sur son appréciation de la société (Section 2).

Section 1 Une fiction constitutionnelle devant être soutenue par les membres de la société

Pour pouvoir être reconnue pleinement, la fiction constitutionnelle doit entrer dans la culture juridique, mais pas seulement. Il ne faut pas qu'elle soit perçue par le seul savoir des élites du droit. Elle doit également être appréciée par les différents groupes qui composent la société. Il s'agit d'une démarche d'apprentissage réalisée par chacun, de façon consciente ou non. Ce savoir ne peut être construit par la contrainte. Il lui faut être progressif. Pour cela il passe par les us et coutumes de chacun. Cette connaissance perd cependant en clarté et en précisions. Elle finit par être généralisé et parfois même, par prendre une consistance trop diluée. La fiction constitutionnelle va finir par proposer des variantes. Elles ne correspondent pas pleinement à la vision proposée par les détendeurs originaux du pouvoir constituant. La fiction va être soumises aux vicissitudes du débat de l'opinion. Le sacré du droit constitutionnel est alors remis en perspective, par les membres de la société (Paragraphe 1). Il s'agit cependant d'une nécessité pour le Conseil constitutionnel. Il descend au niveau des hommes, dont il doit comprendre les attentes. La société devient un élément formateur pour la fiction constitutionnelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La fiction confrontée aux appréciations extérieures à l'ordre constitutionnel

Cette « démocratisation » du savoir constitutionnel n'est pas sans conséquence sur la portée de la fiction. La vérité proposée par la norme suprême n'est plus considérée comme sacré. Elle en vient à ne plus être unique mais pluriel. Elle est discutée, analysée et même contestée. Le savoir peut engendrer la méfiance à l'égard du Conseil constitutionnel et de ses membres, dont la connaissance et les compétences sont réévaluées par ceux qui les évaluent. Ces derniers sont les membres de la société, que le juge a promis de protéger. Une réévaluation de l'ordre en découle (I). Cette situation est une conséquence de la généralisation du savoir constitutionnel. Le juge a contribué à

créer des rivaux. Il n'a plus l'exclusivité de la Constitution. Elle s'est imposée aux citoyens qui savent l'utiliser pour faire valoir certains de leurs droits, par l'intermédiaire notamment de la Question Prioritaire de Constitutionnalité. La fiction constitutionnelle révèle une portée nouvelle (II).

I La remise en perspective des vérités du droit constitutionnel

La fiction constitutionnelle représente un nouveau pallié dans les critères d'accessibilité du droit. Il n'est plus simplement question de connaître les écrits, mais également les usages du droit. Les rites et les pratiques qui s'attachent à ce dernier, peuvent s'extraire du simple cadre de la raison. Cette situation n'est pas sans incidence sur l'appréciation qui planait sur le monde juridique. Elle peut même déconcerter le profane. La Constitution n'est pas qu'un simple écrit (A). La vérité constitutionnelle par n'est plus unique. Elle est soumise à des appréciations diverses, qui remettent en perspective la portée des actes du juge constitutionnel (B).

A Un droit constitutionnel difficilement représentable au sein de la raison

Le mécanisme du contrôle de constitutionnalité a permis à la Constitution de continuer à porter la démocratie de façon plus efficace[890]. La mise en place d'un juge prompt à étudier la question de la constitutionnalité des lois, ou depuis 2008 la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité, a mené tout juge à devenir un protecteur de la norme suprême. Cette situation entraîne une forme de mise en scène de la représentation politique. Elle crée une séparation entre le corps des gouvernants et celui des gouvernés. Les décisions constitutionnelles illustrent cet état de fait. Elles jugent les actes votés par les représentants, par rapport au droit des représentés. Ce droit étant contenu dans la Constitution, le Conseil constitutionnel est compétent pour agir en

[890] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op., cit.*, (consulté le 7 novembre 2020).

pareil circonstances[891]. N'oublions pas que le droit constitutionnel en sortant de la sphère des juristes, a rejoint les citoyens et leurs préoccupations, malgré un droit qui à l'origine n'avait pas vocation à s'appliquer aux hommes, mais uniquement à leurs gouvernants. La norme suprême devient pour eux, un moyen d'empêcher les abus de pouvoir qui pourraient être décelés. Il est ainsi donné la possibilité de s'opposer à l'action des représentants politiques. C'est également un moyen d'étendre la fiction constitutionnelle sur de nouveaux domaines.

Cet emploi de la Constitution est à double tranchant. Dans certaines circonstances, le Conseil constitutionnel peut servir de bouc-émissaire à l'égard des citoyens. C'est notamment le cas, lorsqu'un gouvernement choisi de faire passer une loi qui touche à un domaine sensible, malgré sa conscience des risques de censures sur certaines dispositions. L'objectif de cette manœuvre est de montrer au domaine publique sa détermination pour ce qui touche à ses idées, au dépend du Conseil constitutionnel. Ce dernier ne pourra pas laisser passer les dispositions houleuses, incompatibles avec les normes constitutionnelles. La censure qu'il sera obligé de pratiquer le fera passer pour une institution arbitraire, responsable d'entrave à la volonté du gouvernement et du parlement. Ironiquement il redevient là une arme du gouvernement, qui s'en sert pour se victimiser auprès du grand public, et pour justifier l'absence de certaines mesures promises durant les périodes d'élections.

Il s'agit là d'un acte délibéré, au détriment du Conseil constitutionnel qui se trouve piégé par ses propres pouvoirs et compétences. Il s'agit d'un jeu de dupe qui a longtemps servi aux différents gouvernements, à l'époque où le Conseil constitutionnel était son arme privilégiée. Pour autant, le travail du juge constitutionnel va au-delà des considérations politiques. Georges Vedel souligne l'importance jouée par ce double discours à l'égard du Conseil constitutionnel. Chacun de ces deux discours, celui du Conseil constitutionnel protecteur des libertés publiques et celui attestant de l'existence d'un gouvernement des juges, peut être délivré à un public spécifique qui demande à y croire. Il s'agit d'une vérité qu'il est capable d'entendre et de recevoir[892]. Cette « démocratisation » du droit constitutionnel n'est pas au goût de tous. L'émancipation des principes constitutionnels, hors de leurs espaces habituels, fait craindre à certains leur perte. L'imagination liée à ce que représente le pouvoir constituant, prend le pas sur

[891] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.,* (consulté le 26 septembre 2020).
[892] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 156.

le concret. La norme suprême est sacrifiée sur l'autel de l'idéologie. L'opinion remplace progressivement le savoir, et illustre les difficultés pour le Conseil constitutionnel d'occuper un rôle concret, sans faire usage de la fiction.

Notre Constitution ne permettrait plus dans ce contexte, la mise en place d'un système fondé sur la seule raison. La liberté et la justice ne seraient plus garanties par la norme suprême. La Constitution serait associée au néant de Dominique Rousseau. L'idée autour de cette norme suprême « dénie toutes ces qualités à la raison et lui attribue celles d'emmener les hommes et les sociétés loin des choses de la vie dans les délires froids des machineries totalitaires […].Le moment où l'idée de constitution-néant commence à s'affirmer est, en effet, celui où les sciences humaines déconstruisent les grands systèmes philosophiques, rejettent l'hypothèse d'un sujet raisonnable, libre et conscient, démontrent la perversion radicale de la raison ; et celui aussi où sont vantées la puissance, la richesse et l'énergie créatrice d'une vie libérée des carcans institutionnels[893] ».

L'emploi de la fiction constitutionnelle remettrait en perspective l'intelligence des sujets du droit. Il s'agit aussi d'une prise de conscience ; le sacré de la Constitution n'est plus la garantie de son respect. Cette situation engendre la crainte à l'égard de la norme suprême et de ses représentants, le Conseil constitutionnel. Le savoir constitutionnel n'est plus un synonyme de vérité. Il devient soumis à débat, comme le serait n'importe quelle théorie.

B Une perception variable de la vérité du droit constitutionnel selon les publics

Cette défiance à l'égard de la fiction constitutionnelle et de ses représentants, nous renvoi aux idéaux de Bentham, à propos d'un droit aristocratique. À la différence des autres disciplines juridiques le droit constitutionnel serait à part, du fait de la noblesse de ses dispositions. Le terme de norme suprême prendrait un tout autre sens. Il serait ici considéré que cette branche du droit, viserait à régir l'ensemble de la société dans toutes ses aspirations. Les exigences constitutionnelles que nous avons évoquées, ne pourraient être considérés comme taxinomiques. La déduction des modalités déontique des normes

[893] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, pp. 22-23.

qui seraient qualifiées ainsi, ne pourrait être réalisée. Même s'il est nécessaire de reconnaître que le juge constitutionnel n'est pas obligé de proposer des concepts qui posséderaient un intérêt taxinomique, ou qui en sois seraient cohérents, il reste dans l'obligation de motiver ses décisions[894]. L'emploi des exigences constitutionnelles permet de relativiser l'importance des motivations en lien avec la décision.

L'exigence permet de construire la motivation, sans expliquer davantage la décision. La faute de la décision est attribuée à la norme suprême, qui semble animée d'une volonté propre. Le juge n'est plus qu'un émissaire, envoyé pour transmettre sa parole. Sur le plan idéologique, l'importance de ces exigences est tout autre. Le juge constitutionnel est habilité à faire des choix entre des objectifs qu'ils lui sont logiquement impossibles à réaliser, tout en s'abstenant d'établir une hiérarchie entre les normes du bloc de constitutionnalité[895]. La norme suprême peut ainsi régir le politique, dans ses aspects les plus majestueux. Dans ce même ordre d'idée, la Constitution contrôle l' État et ses représentants. Cette situation incitera d'ailleurs Michel Guenaire, à écrire que la Constitution étouffe et brise les élans de la vie politique[896]. D'autres droits, civil, commercial, pénal, ou familial par exemple, auraient selon cette appréciation une portée moindre. Ils ne pourraient s'appliquer que dans des cas bien spécifiques et n'auraient pour les gens une réelle utilité, que pour certaines activités quotidiennes. Cette idéologie est cependant à revoir. Le droit constitutionnel n'a pas l'apanage du politique.

L'usage fait du droit dans ses différentes branches se fonde certes, sur les valeurs de la norme suprême, mais elles amènent à des considérations nouvelles de la politique. La légalisation du mariage pour tous, ou la pénalisation des clients de prostitués, révèlent de manière flagrante quelques exemples de la direction prise par la politique souhaitée par l'Etat[897]. La norme suprême ne peut être invoqué pour fonder ces choix. Les représentations qui peuvent s'établir au sein des différents esprits, ne sont pas les mêmes selon les individus. C'est une constante dans de multiples domaines. Cela vaut aussi pour l'art, la religion, la science et donc la science du droit. Les représentations que peuvent se figurer le grand public, ne se retrouvent pas nécessairement dans celles

[894] C'est ce que prévoient les articles 20, 26, 28, 38 et 40 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

[895] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *op. cit.*, p. 764.

[896] M. Guenaire, « La Constitution ou la fin du politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, p. 150.

[897] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).

tracées par les différents chercheurs. En ce sens, « rien ne garantit que la constitution ne soit pas «rebranchée» sur un au-delà hypothéticologique ou métaphysique[898] ». Le Conseil constitutionnel va chercher à représenter le peuple de manière subjective. La fiction constitutionnelle accorde au citoyen une place spécifique, sans que cela ne corresponde nécessairement au ressentiment de ce dernier. La situation suppose néanmoins, que le Conseil constitutionnel soit plus compétent dans cette tâche, que des représentants élus.

C'est toute la crédibilité de ce dispositif qui est remise en jeu. Si le juge constitutionnel était effectivement capable de traduire les attentes de l'opinion, cela ne reposerait que sur un simple fait contingent. Les fondements de cette prétendue capacité, resteraient à démontrer. Dans les années 50 Georges Burdeau écrivait que le déclin de la Constitution était parallèle à la chute du concept rationaliste, qui ne pouvait avoir « cours à une époque où les seules valeurs dotées d'un prestige social sont celles qui magnifient la vie dans ses forces élémentaires et spontanées[899] ». Désormais toute forme de vérification des attentes des citoyens demeure impossible, si l'on ne va pas chercher la confirmation du point de vue exprimé par le Conseil constitutionnel auprès des citoyens[900]. Le juge constitutionnel est par le mécanisme de la fiction constitutionnel un créateur de vérité. Il faut faire reconnaître cette vérité comme tel par le public, pour qu'elle en ait la force effective.

Ce procédé amène à certains décalages, éloignant le savoir du Conseil constitutionnel de celui du grand public. Ce dernier évoluera dans une sphère parallèle à celle de la société. Cette sphère est animée par la fiction constitutionnelle. Si le savoir constitutionnel peut être considéré comme une culture avec ces mythes et légendes, il lui faut se confronter à d'autres formes de savoir, y compris ceux fondés sur les croyances d'autres cercles.

II L'universalitsation de la fiction constitutionnelle, soumise à des propositions

[898] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.,* p. 10.
[899] G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », *op. cit.,* p. 62.
[900] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *op. cit.,*, (consulté le 26 juin 2021).

Le droit constitutionnel doit être pleinement assimilable par tous. Ce n'est qu'en se démocratisant que sa vérité et la pertinence du travail du juge, pourra être appréciée par les différents groupes qui composent la société. Par la même occasion, la fiction n'en devient que plus légitime. Le Conseil constitutionnel est en mesure de s'affranchir de certains dictas. Il peut rivaliser avec d'autres organisations juridiques, qui menacent indirectement certaines de ses compétences (A). L'efficacité de ce procédé est à relativiser, car il y'a un contre coup. Généraliser le savoir constitutionnel tend à rendre sa connaissance banale. Les appréciations du Conseil constitutionnel risquent d'être noyées dans celles de la masse. La vulgarisation des énoncés constitutionnels, nuisent à la portée de la fiction (B).

A Une fiction constitutionnelle obligatoirement partagée afin d'appuyer sa validité

Chacun peut avoir une vision différente du Conseil constitutionnel et des volontés qu'il entend protéger. Cette situation ne sous-entend pas qu'un groupe détient la vérité au détriment de l'autre. Pour ce qui relève ou non de la démocratie, il convient de souligner que tous les pouvoirs en place ont la capacité de revendiquer la capacité d'interprèter la volonté des citoyens. Ce faisant, ils empêchent l'établissement d'un critère de démarcation entre ce qui est démocratique et ce qui ne l'est pas[901]. De la même manière pour ce qui concerne les droits de l'homme, domaine défendu ardemment par le Conseil constitutionnel, il existe différentes vérités les concernant, selon le point de vue des personnes. L'une d'entre elles serait d'après Vedel, plus facilement compréhensible par tous. Elle renverrait directement aux caractéristiques classiques que nous connaissons. Ces considérations touchent à la transcendance de ces droits, à leur universalité et à leur aspect éternel[902]. La fiction constitutionnelle doit être partagée par tous pour être pleinement acceptée, au point d'être reconnue comme une vérité indiscutable. Les droits de l'homme vont encore plus loin que ces notions, déjà importantes. Ils créent un socle commun, entre les différents membres de la société.

[901] *Ibid*.,
[902] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit.*, p.157.

La fonction de représentation au plan social est ici approchée. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen demeure dans ce contexte, un exemple intéressant à suivre. Le texte renvoi en effet à la communauté et à l'image de cette dernière. La notion de représentation revendiquée par notre Constitution y trouve également ses fondements. Il s'agit de la fonction de reflet du droit qui est ici reprise[903]. Le droit constitutionnel revêt bien une fonction proche des récits fictifs. De tels éléments autorisent l'auto-représentation du groupe, de sa valeur, ainsi que de ses finalités. Ils permettraient de justifier auprès de l'ensemble social, son fonctionnement[904]. Les manifestations de masses, les défilés militaires ou encore les emblèmes et les drapeaux renforcent cette appartenance, et cette représentation iconique. Il est possible également d'assister à ces phénomènes lors des meetings politiques, ou des rassemblements sportifs. Durant ces moments, la présence de nombreux drapeaux du pays peut être recensée[905]. La fiction devient un facteur de rassemblement et de rapprochement, autour de valeurs communes et partagées. Au-delà des croyances et des différences entre les sujets du droit, c'est leur appartenance à un même système juridique, qui est relevée.

Ces éléments constituent « une optique fondamentale pour comprendre combien la personnalité de l'individu se structure autour de l'image que lui renvoient diverses instances[906] », à l'image des « diverses formes d'approbation sociale[907] ». Les rituels et la liturgie politique font partie intégrante de toutes les organisations humaines. Ce n'est que récemment et de façon souvent imparfaite, qu'a été délaissée la conception sociale et politique teintée de formes théologique voire théocratique[908]. Les rites politiques mis en place par la Constitution, à l'image des différentes élections, ou les passations de pouvoirs, s'inscrivent dans un registre de méthodes employées de façon plus ou moins régulières, dans le but de renforcer l'unité de la communauté[909]. Ces techniques emploient la fiction, pour l'intégrer dans la pensée collective. Elles peuvent s'exercer de

[903] Sur la notion de reflet du droit voir notamment le travail de la doctrine allemande avec par exemple W. Mertens, *Psychoanalyse : Grundlagen, Behandlungstechnik Und Anwendung*, Berlin, Köln, Kohlhammer Urban, 5e éd., 1996, p. 119.
[904] Sur le sujet, v. R. Kaës, *Les théories psychanalytiques du groupe*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, p. 8.
[905] Sur le sujet voir notamment D. Anzieu, *Le groupe et l'inconscient. L'imaginaire groupal*, Paris, Dunod, 3e éd., 1999, 288 pages.
[906] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 128.
[907] *Ibid*.,
[908] Nous pouvons citer pour exemple la devise américaine « In God we trust », présente sur les billets d'un dollar. P. Legendre, *La 901e conclusion, Étude sur le théâtre de la Raison*, Paris, Fayard, 1998, p. 26.
[909] En tout cas, ils réunissent la communauté dans un acte commun, celui du vote par exemple. Le débat politique est pour sa part plus enclin à la division.

manière consciente ou non, comme cela peut être le cas avec les techniques de propagande. Depuis, les organisations sociales modernes n'ont pas modifiées leurs moyens de fonctionnement.

Si le besoin d'unifier les membres de la communauté par des pratiques spécifiques n'a pas évolué. La forme des méthodes choisies s'est développée, par de nouvelles appellations ou encore des techniques inédites. L'objectif visé, demeure le même. Il s'inscrit dans une longue tradition imposée par la fiction constitutionnelle.

B Un droit constitutionnel démystifié par la pluralité d'idées reçues à son égard

Les liens que la société entretient avec des mythes plus modernes, provoquent une forme de dédain des pratiques religieuses. Ces connexions encouragent le progrès par l'emploi de technologies, alliés à une certaine forme de cynisme. Elles donnent l'illusion d'une distanciation avec ces pratiques considérées comme datées. Le rapport à consonance mythologique entre l' État et la société, établit par le prisme de l'élection, mérite pourtant d'être évalué[910]. La fonction iconique que doit remplir le droit en général, est assumée par la Constitution. La norme prévoit le système de représentation de la réalité. Il s'agit d'une construction de l'imaginaire, mais relayée par le droit lui-même, donc conçu d'après la vision des créateurs du droit. Cela correspond à l'auto-description théorisée par Niklas Luhmann[911]. L'idée de représentation émise par le droit, « permet de poser que le discours ne vise pas seulement à décrire, ou à formuler des injonctions, mais aussi bien à constituer un système d'images, une imagerie[912] ». D'après ce constat, l'activité juridique prévue par la norme constitutionnelle et son corpus, appartient au système de l'imagerie sociale.

À ces conceptions peuvent s'ajouter celles émise par une vision purement savante. Cette dernière s'identifie par son dénie de la transcendance dans les droits de l'homme. Cela renverrait à rabaisser la société. La transcendances des droits de l'homme serait reléguée à n'être qu'un produit social. La conception de transcendance irait à l'encontre

[910] M. Miaille, *L'État du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Saint-Martind'Hères, PUG, coll., Critique du droit, 1980, p. 202.
[911] N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Francfort sur le Main, Suhrkamp Verlag, 1998, p.866.
[912] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 130.

du caractère absolu, à la fois dans le temps et dans l'espace. Ces qualités seraient refusées aux droits et libertés. La situation prouve que par le biais de deux registres assez éloignés l'un de l'autre, il est possible de donner naissance à deux discours. Pour Vedel il n'existe comme lien, qu'une simple explication de fait. Elle reposerait sur la distinction entre ceux censés recevoir le discours[913]. Il existe divers éléments de contradictions, mais personne ne peut se targuer de posséder la vérité absolu. Ces contradictions sont irréconciliables. Le débat repose sur un aspect extrêmement philosophique. Il sera difficile de prouver les dires de chacun, et de rallier l'ensemble des opposants à un point de vue unique.

Il faut reconnaître que dans cette situation, les arguments des deux camps peuvent paraître valables et continuent d'entretenir les deux droits. Cependant, de telles mesures posent problème dans l'optique d'un droit réaliste. Un droit constitutionnel qui serait trop partagé au travers de la société, et donc trop développé par le biais du contrôle de constitutionnalité, inquiète. Il en deviendrait banal. Il ne posséderait plus cette solennité dû à un droit à la vérité absolue. Les grandes constructions théoriques à propos de l' État, de la souveraineté, ou même des partis politiques, seraient démystifiées. À la place se trouverait des commentaires multiples sur les décisions du Conseil constitutionnel, et diverses analyses sur la vie politique. Au lieu d'une croyance pure, le cynisme prévaudrait. La connaissance du droit constitutionnel en deviendrait banale. Chacun serait libre de s'en faire un avis. La professionnalisation de ce droit en deviendrait presque superflue. La question prioritaire de constitutionnalité a bouleversé les rapports de forces entre les gouvernants et les gouvernés.

Tout justiciable est désormais capable d'interférer dans les affaires politiques, en se servant de la norme suprême. De même, il est possible d'y avoir recours durant un procès ordinaire[914]. Le citoyen est capable de donner une portée nouvelle à la Constitution, ce qui peut conduire à multiplier les idées qu'il est possible de s'en faire, donc à perdre en précision. « Mais précisément ce système, ce «quelque chose» qui fait penser et agir, intègre nécessairement par le jeu de la socialisation les principes constitutionnels : égalité, liberté, solidarité, laïcité... Sans doute, chacun les intègre «à sa manière » soit comme règles juridiques, soit comme principes philosophiques ou comme idéaux politiques, et parfois peut-être, par un mélange savant, les transforme en

[913] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit.*, p. 157.
[914] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).

éléments culturels. L'important est que, quel que soit leur mode d'intégration, ces principes font partie de ce « quelque chose » qui commande les pensées et les actions des agents sociaux[915] ». Ces craintes liées au maintien d'un droit constitutionnel puissant sont donc à relativiser. Bien avant la question prioritaire de constitutionnalité, un auteur comme Georges Burdeau déplorait en 1956 la « déchéance de la notion de constitution[916] ». Il n'hésitait pas à présenter cette dernière comme une simple allégorie, hantée par les ombres, d'un temps révolu.

L'instauration du Conseil constitutionnel en France et l'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité ont permis de réanimer le débat autour de la norme suprême, pour la replacer au centre des préoccupations de l'organisation juridique. Nul ne semble en mesure de s'opposer frontalement à la fiction constitutionnelle. Il est bien sûr possible de la discuter. L'omettre purement et simplement parait cependant être, une véritable illusion.

Paragraphe 2 Les besoins de la société cristallisés par le droit constitutionnel

Pour s'imposer dans le temps, la norme suprême doit pouvoir proposer des degrés d'interprétation variables. De cette façon, le Conseil constitutionnel évite de devenir une institution archaïque, incapable de répondre à l'intérêt des citoyens. Cette situation implique l'idée, que la vérité inhérente à la Constitution est malléable, d'après les besoins du juge. La fiction constitutionnelle peut permettre de fluidifier les mécanismes de la norme suprême, sans que le juge ne soit accusé de dénaturer la norme pour son propre compte. Pour que la fiction soit acceptée par les hommes, il est nécessaire que le juge comprenne les attentes autour de son travail, sans sombrer dans le populisme et la démagogie. Son travail est dicté par un besoin de justice. Il s'agit également d'une fonction réclamant une écoute des problèmes visant les intérêts des citoyens (I). Le Conseil constitutionnel en se présentant comme le défenseur de la volonté des hommes, remplit indirectement un rôle social (II).

[915] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 26.
[916] G. Burdeau, « Une survivance la notion de Constitution », *in L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, p.53.

I La fiction constitutionnelle adaptée aux nécessités de son époque

La fiction constitutionnelle permet de proposer une appréciation nouvelle de la vérité constitutionnelle en l'adaptant à des circonstances précises, propres à la société. Cette situation remet en perspective l'aspect intouchable et sacré du mythe constitutionnel. Ce dernier semble pouvoir être soumis au débat et rediscuté par les acteurs du droit constitutionnel (A). La fiction constitutionnelle joue alors un rôle inédit, qui ne concerne plus seulement l'œuvre du Conseil constitutionnel. Désormais l'intérêt des citoyens est également apprécié par les notions de représentations (B).

A Une redéfinition des vérités proposées par la fiction constitutionnelle

Presque ironiquement, Georges Burdeau présentait en 1956 la fin du droit constitutionnel. Il craignait un manque flagrant de mécanismes capables d'asseoir les dispositions de la norme suprême. Désormais ce sont ces mécanismes souhaités par le passé qui inquiètent. La vérité et le concret ne peuvent souffrir d'être multiples. Ils sont dans l'incapacité de proposer plusieurs voies à suivre. Cela leur est interdit. La fiction constitutionnelle rappelle ce qui n'est pas la réalité. Elle présente ce qui dorénavant, doit être une vérité[917]. La solution trouvée pour faire face à un nouveau problème, doit être à l'image des solutions qui ont été précédemment établies. Ce principe est valable aussi bien pour les sciences politiques, que pour les sciences juridiques[918]. De même, en référence au réalisme américain, il devient difficile de prédire la solution d'un problème juridique si plusieurs solutions valables mais diamétralement opposées, peuvent être mises en application.

La vision du droit positif que proposait précédemment Michel Troper est mise à mal par cet aspect, souvent nié mais bel et bien existant au sein du droit[919]. Dans ces circonstances, le droit constitutionnel[920] se retrouve en difficulté par rapport à la logique

[917] L. Fontaine, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *op., cit.,* p.1.
[918] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.,* p. 130.
[919] M. Troper, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *op., cit,* (consulté le 7 décembre 2020), p.1.
[920] Ainsi que les différentes matières du droit dans des situations d'oppositions idoines.

imposée par le droit positif. Ce dernier se place sous le contrôle d'une personne qui détient le pouvoir d'édicter et de sanctionner les normes, le souverain, la nation ou simplement la société. Par cette logique, la détention du droit positif doit octroyer à son possesseur, la capacité de rédiger selon sa volonté les textes normatifs qui nourriront le droit constitutionnel. Il est bien entendu possible de passer par la révision constitutionnelle si cela est nécessaire, pour corriger les incohérences dus à d'anciennes normes. Les droits de l'homme, s'ils étaient éventuellement visés, ne feraient d'ailleurs pas exception à cette permission. Face à la logique du droit positif, se trouve celle proposée par le droit naturel. Elle offre des normes absolues transcendante, et par conséquent inaltérables par qui que ce soit. Ce sont des normes qui de façon implicite, se voient reconnues comme supérieures aux autres normes constitutionnelles qui peuvent être révisées.

Certains droits sont assortis d'une clause d'éternité[921]. De ce fait, quiconque souhaiterait modifier une norme écrite auparavant, qu'il s'agisse d'une autorité même ou un corps unanime, doit voir son dessein être empêché. La dichotomie entre les deux logiques juridiques est bien présente, ce qui peut susciter l'incompréhension. La clause d'éternité équivaut également à une nouvelle hiérarchie entre les normes. Certaines seraient sacrifiables, d'autres non. La pertinence des premières serait à réévaluer. Nous le voyons, le Conseil constitutionnel et le droit constitutionnel en général sont étroitement surveillés dans leurs actions. Certes, ils ont eu recours à la fiction pour s'arroger des droits, mais c'est cette même fiction qui a permis de mettre en avant des droits fondamentaux oubliés. Sur ce sujet, le réaliste américain Oliver Wendell Holmes Jr ne peut concéder une logique juridique qui prônerait l'immobilisme total des normes. À ses yeux, l'étude rationnelle du droit passe obligatoirement par l'étude de l'histoire. Cette théorie est loin d'être dénuée d'intérêt, puisque le droit imite le réel. Pour qu'il y'ait imitation, il est nécessaire qu'une analogie puisse être faite, avec une situation établie par le passé. Celle-ci sert de point de comparaison.

L'étude de l'histoire devient alors importante, pour que des périodes similaires ou identiques soient détachables. En suivant cette logique, la science juridique se métamorphose en science de l'identité ou de la similarité. Elle associe des cas en leur trouvant des points communs. La science juridique se fonde sur la casuistique et sur sa

[921] C'est le cas par exemple de l'interdiction de réviser les articles 1 (dignité humaine) et 20 (Etat de droit fédéral démocratique et social) de la loi fondamentale allemande posée par l'article 79-3 de celle-ci. X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit.* [en ligne].

capacité à classifier des situations[922]. Le regroupement des normes en plusieurs catégories, qui comportent elles mêmes des sous-catégories, est d'ailleurs révélateur sur ce point. La science du droit demeure finalement un savoir faire pratique, au sein duquel le juriste apprend de la même façon qu'un artisan. Seule l'imitation permet au droit constitutionnel de se former. Le droit constitutionnel représente un savoir fondé sur une méthode empirique inductive[923]. La fiction constitutionnelle est elle-même imprégnée de techniques passées. Ces éléments permettent d'établir certains parallèles, pour éviter la reproduction d'erreurs qui ont pu avoir lieu auparavant.

Il est également possible de dégager d'éventuelles pistes, pour obtenir un succès. Nous nous rapprochons à nouveau des prophéties du droit d'Oliver Wendell-Holmes Jr, cette fois-ci non pas sous un angle métaphorique, mais sous un angle plus pratique.

B La réappropriation de la fiction constitutionnelle, une solution de justification des formes du pouvoir

Cette vérité d'un savoir fondé sur une méthode empirique inductive, s'applique bien au droit constitutionnel. Sa rédaction passe par les besoins des citoyens, directement inscrit dans le nouveau texte même. Sur ce sujet, la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, constitue le résultat des abus de la monarchie. Par le biais de ce texte, le peuple français a indiqué ses prétentions, ainsi que les droits auxquels il aspire. L'idée du texte est de représenter une réalité, supposée plus juste par ses rédacteurs. Le droit constitutionnel doit être ramené sous l'angle d'un idéal. De même pour ce qui touche à la représentation du pouvoir, elle peut être rattachée à l'introjection des figures tutélaires[924]. L'histoire chez Wendell Holmes Jr, illustre un aspect du droit. Elle permet d'expliquer clairement, le but précis des règles énoncées.

[922] C. Pollmann, « La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé », *Revue du droit public et de la science politique*, n°2, 1999, p. 490. Sur le même sujet, voir également, A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 25, 1990, pp. 125-264.

[923] Cette théorie a été développée par l'école historique allemande, sur le sujet voir, A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1991, p. 188.

[924] Sur le sujet v. P. Dessuant, *Le narcissisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3e éd., 1994, 128 p.

Nous sommes confrontés à un besoin rationnel. Il répond à un scepticisme éclairé, provenant de ceux qui sont obligés de suivre ces règles. L'aspect vertical du pouvoir fondé par le droit constitutionnel, entraîne le phénomène d'obéissance mais n'exclut pas une forme d'écoute. Pour que les citoyens adhèrent à la norme constitutionnelle et à la fiction qu'elle porte, il est nécessaire qu'ils puissent entrer dans un processus d'identification envers leur chef. Un aspect horizontal se dégage aussi de la norme constitutionnelle. Cette dernière fonde la société, en permettant à un individu d'être assimilé à ses semblables[925]. Le droit est ainsi considéré comme un phénomène social, du fait de sa participation aux événements de la société[926]. « L'ensemble du phénomène peut être recouvert sous une rhétorique scientifique, comme dans le positivisme juridique étatiste (normativisme, par exemple), du côté du principe d'obéissance, ou la théorie sociologique du droit, du côté de l'imitation au sens strict[927] ».

Les acteurs qui gravitent autour de la Constitution, ont créé un véritable argumentaire pour défendre leurs positions liées à l'énoncé constitutionnel. L'évaluation des arguments de l'autre, contribue directement à participer à l'échange en produisant de nouveaux raisonnements. En ce qui concerne le travail des juges constitutionnels, ils « garantissent que la production du sens de l'énoncé constitutionnel a respecté une procédure de délibération entre acteurs multiples, mais ils ne garantissent pas le sens produit ; ou, plus exactement, ils ne sont pas la garantie ultime ou transcendantale de la Vérité absolue et définitive du sens produit. Une fois formulé, ce dernier ouvre en effet un nouveau débat[928] ». Par cette perspective, le droit constitutionnel se rattache bien à une forme d'outil rationnel[929]. Il ne faut cependant pas laisser de côté la fonction de représentation que peut avoir le discours juridique, au sein de la collectivité.

Dans cette perspective, « il convient d'admettre que les représentations véhiculées par le droit remplissent une fonction non seulement au plan du collectif mais également au plan individuel. Cela signifie qu'il faut envisager les représentations juridiques non

[925] P. Mannoni, *La psychologie collective*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2e éd., 1994, p. 78.
[926] Nous le voyons la plupart des phénomènes de société ont entrainé des réactions politiques ou juridiques en réponse à des problèmes présents depuis des décennies, mais qui n'ont jamais été traités en profondeur faute d'appréciation médiatique. Ainsi le mouvement Me too a eu des conséquences sur la politique liée aux violences conjugales avec notamment la création d'un poste de Secrétaire d'État chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes et de la Lutte contre les discriminations. Dans un autre registre, la pandémie du Covid-19 a entrainé des questionnements sur les moyens donnés aux professionnels de la santé.
[927] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 132.
[928] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 30.
[929] Sur le sujet voir notamment M. Weber, *Sociologie du droit, op. cit*.

seulement comme étant inscrites dans l'ordre des finalités du système social, mais également comme étant au service des finalités du psychisme individuel[930] ». Cette condition permet aux citoyens d'accepter les représentations collectives. Il y'a donc volontairement, une réévaluation de la valeur à laquelle ces règles prétendent. Il devient possible de juger l'étendu et la portée de tous ce corpus juridique[931]. Dans l'optique de ce qu'écrivait Oliver Wendell Holmes Jr, l'intérêt d'une telle manœuvre réside bien dans la création de nouvelles pratiques juridiques. Le droit obéit à un processus précis, qui rend possible d'anticiper la réaction du juge. L'aléatoire est effacé.

II Une fonction sociale véhiculée par la fiction constitutionnelle

Pour être en mesure d'épouser les contours de la société auquel elle entend donner un semblant d'ordre, la fiction constitutionnelle doit répondre à un certain degré d'acceptation de la part des citoyens. Le fait qu'il s'agisse d'une création imaginaire, n'est pas le véritable problème. Il faut que cette structure de l'esprit entre en résonance avec des archétypes identifiables par les croyances humaines. En d'autres termes, il est nécessaires que les mécanismes de la fiction constitutionnelle, soient acceptés par la pensée de l'homme. À cette condition, ils seront considérés comme des éléments de vérité (A). Le juge constitutionnel va pouvoir donner une nouvelle valeur à des normes anciennes. Elles seront un écho du passé, des valeurs de l'ancien temps (B).

A Une conception de l'ordre social fondée sur la fiction constitutionnelle

Au-delà des considérations d'Oliver Wendell Holmes Jr, le fait qu'une personne puisse prophétiser l'avenir ne signifie pas qu'elle est juriste. Le droit constitutionnel doit être présenté comme la formulation de l'ordre établi, et non un aperçu d'une société

[930] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, pp. 125-126.
[931] O. Wendell Holmes Jr, *op., cit,* p. 26.

future. Il sert les intérêts du présent et non ceux de l'avenir[932]. Si le droit constitutionnel est rattaché à l'anticipation, c'est qu'il est inconcevable qu'au sein de la société les hommes puissent agir sans connaître la portée de leurs actes et leur valeur. De même, il semble impossible d'ignorer la sanction qui sera sienne, en cas de désobéissance[933]. La logique américaine dans laquelle s'inscrit Oliver Wendell Holmes Jr, paraît appuyer l'idée selon laquelle la raison d'être d'une Constitution résiderait en premier lieu dans son parti pris moral. Les institutions américaines accompliraient une mission que le peuple leur a confié. Dans le même sens, le sociologue allemand Niklas Luhmann a travaillé sur la théorie qui concevrait la société en tant que système. Le psychisme humain entrerait en contact avec cette organisation, en créant une situation d'interpénétration[934].

Les garanties juridiques passeraient ainsi au second plan. Par ces justifications, le principal ne serait pas d'écrire une Constitution, mais simplement d'y croire[935]. La raison pour laquelle la vision du juriste réaliste se heurte à celle du juriste naturaliste, provient selon Wendell Holmes Jr de la raison suivante ; dans un objectif d'étude réaliste du droit, il est possible pour l'homme de lettre, d'être l'homme du présent. Celui qui va être capable de créer la norme et lui insuffler une certaine philosophie, ainsi que des valeurs concrètes. Les « exigences » mises en avant par le juge constitutionnel représentent d'ailleurs un moyen pour lui de motiver une décision, lorsqu'il se trouve confronté à l'un des nombreux *hard cases*, qui touchent la vie juridique[936]. En revanche, le droit se doit d'évoluer, en fonction des besoins de la société. Wendell Holmes Jr en son temps a su l'anticiper. Il ne peut lui être nié que ce qu'il a énoncé par la suite, revêt aujourd'hui une grande part de véracité. Pour lui, l'homme du futur serait celui capable de maîtriser les statistiques ainsi que l'économie.

Par cette modification des besoins et des compétences, le droit se doit aussi d'évoluer. Hors pour Oliver Wendell Holmes Jr cela lui est impossible, du fait qu'une règle aujourd'hui obsolète ne puisse être retirée de l'équation, pour la seule raison qu'elle ait été promue sous Henri IV par exemple[937]. Selon lui, le droit ne peut se

[932] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op.,cit.*, p. 10.
[933] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op.,cit.*, p. 2.
[934] N. Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Francfort sur le Main, Suhrkamp, 6e éd., 1996, p. 286.
[935] J. Hummel, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, *op., cit.*, p. 142.
[936] Sur le sujet des *hard cases*, v. notamment N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, coll., La pensée juridique, 1998, p. 89 ; R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1995, p. 153.
[937] O. Wendell Holmes Jr, *op., cit*, p. 27.

contenter d'imiter le passé. Le droit constitutionnel doit innover et avoir recours à l'imagination, et tout ce qui a trait à la fiction. Il lui est alors permis d'assurer une législation, en adéquation avec les besoins que la société souhaite assouvir. La représentation sociale dépeinte par le droit, doit en revanche être véhiculée dans un premier temps par les représentations propres à chacun[938]. La fiction va permettre d'établir des structures permettant de mettre en scène la représentation sociale, afin qu'elle puisse être perceptible par tous les citoyens. Chacun va tenter de s'approprier le concept à sa façon[939].

Pour résumer, la représentation sociale passe également par la représentation individuelle. La mise en scène de la représentation sociale induite par le droit constitutionnel et la fiction qui en découle, fondent l'existence de la société et celle de l'individu. Ce dernier fait partie de la société, mais à l'inverse la société le caractérise et lui confère une appartenance. Cet élément lui procure une individualité. Il apparaît ici une forme de symbiose, entre les citoyens et leurs normes juridiques. Le texte constitutionnel permet d'établir la place occupée par chacun, au sein de la société. Néanmoins pour que cette place soit effective, il est nécessaire que les citoyens croient en la force contraignante du texte juridique, en lui attestant une valeur effective. Sans cela, la norme juridique n'est qu'un écrit à la puissance dérisoire. Le droit constitutionnel devient une fiction, à la hauteur de celle portée par un roman. Les hommes se retrouvent dénués de droits et de libertés reconnues et garanties juridiquement.

B Le juge constitutionnel se réappropriant les normes passées

L'acceptation d'une fiction constitutionnelle juste pour la société, passe aussi par une adéquation du droit à l'époque où il entend s'appliquer. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a par exemple été adaptée à la société de la Vème République. L'exemple le plus fragrant reste son article 11 qui prévoit que « La libre

[938] Sur la question des représentations sociales, voir notamment, P. Deconchy, « Systèmes de représentations et croyances idéologiques », in S. Moscovici (dir.), *Psychologie sociale*, Paris, Puf, coll., Fondamental, 4ème édition, 1992, pp.331-355.

[939] Sur le sujet, v. C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 126.

communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminées par la Loi ». La seule interprétation historique fondée sur la volonté de ses auteurs, exclurait l'audiovisuel et l'Internet. Le Conseil constitutionnel se doit alors d'aller au-delà de ce qui était initialement prévu. Le juge va donc inclure dans cet énoncé, la liberté de communication audiovisuelle[940], ou la liberté propre au service de communication en ligne[941] Il semble pourtant que « la formule « parler, écrire, imprimer librement » et le libéralisme qu'elle sous-tend soient suffisantes pour couvrir la liberté de communication quels qu'en soient les supports. Ce ne sont pas les supports qui sont décisifs, ce ne sont que des instruments, mais bien la liberté de parler, écrire et d'imprimer. La protection de la liberté de communication n'exige donc aucun activisme particulier du juge[942] ».

Une fiction va être appliquée pour permettre à la pensée du pouvoir constituant originaire de transcender les époques, afin que celle-ci arrive à nos jours. Néanmoins, le juge constitutionnel ne prend pas de réelles libertés face au texte. L'énoncé de l'article 11 demeure assez généraliste. Il n'exclut finalement aucune forme de communication. Le juge constitutionnel inclut juste de nouvelles technologies, à celles originellement envisagées. Cette situation autorise également la révision du droit constitutionnel. Elle représente une limite extérieure aux capacités du juge et à sa volonté propre. Le législateur voit son pouvoir dépendre du juge constitutionnel. En revanche, ce dernier est assujetti au pouvoir constituant, capable de renverser la jurisprudence établie[943]. Cette limitation demeure légale, mais elle sous-entend pourtant une restriction du pouvoir d'interprétation du juge.

Dans le cas inverse, les révisions constitutionnelles seraient vaines. Le juge se contenterait de manipuler le texte constitutionnel, pour lui faire exprimer ce qu'il avait déjà prévu auparavant avec le texte plus ancien. Ce postulat crée une forme de malaise. Le juge serait lié aux formulations employées seulement par la norme suprême révisé, et non à la simple Constitution. Il ne pourrait en être autrement. Dans le cas inverse cela reviendrait à lui retirer, ou du moins à diminuer drastiquement, sa capacité

[940] Décision n° 86-217, DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 8.
[941] Décision n° 2009-580, DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 12.
[942] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[943] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *op. cit.*,, (consulté le 26 juin 2019).

d'interprétation. Le juge n'est plus un acteur de la norme suprême. Il en est réduit à n'être que sa bouche. La Constitution n'aurait alors plus besoin d'être protégée. Elle serait personnifiée, au point d'être considérée comme en mesure de se défendre seule, sans l'intervention d'une main humaine. Pour maintenir toutes les considérations liées au juge constitutionnel, force est de constater qu'il est nécessaire pour le juge d'avoir une marge de manœuvre dans les choix qu'il effectue.

D'un point de vue juridique et même du droit en général, cette solution interroge encore plus. Les questions liées à la force contraignante des textes juridiques persistent[944]. La Constitution en tant qu'outil pour permettre la garantie des droits, traduit une importante césure pour ce qui touche à la représentation de « la chose commune ». Le droit constitutionnel possède en plus d'une fonction sociale, une fonction psychologique avec laquelle la fiction entre en résonance. Plusieurs constats restent à dresser. « D'une part, le droit n'est pas, ou n'est pas seulement, le reflet univoque et nécessaire d'un ordre de la nature au plan humain, selon les conceptions héritées des Lumières (Aufklärung). D'autre part, le droit n'est pas un simple système d'autorité, selon une conception couramment transmise par la théorie juridique contemporaine. La prise en compte de la fonction de représentation du système juridique implique également de dépasser l'idée précitée du droit comme social engineering. L'idée du droit comme ingénierie sociale, en effet, suppose des schémas fortement rationalistes. Le droit est perçu comme un outil efficace et susceptible d'une maîtrise savante. Cet aspect du droit ne saurait être négligé[945] ».

La fonction sociale du droit constitutionnel va au-delà, grâce à des mécanismes plus approfondis.

[944] *Ibid*.,
[945] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 126.

Section 2 L'ordre social fondé par la fiction constitutionnelle

Le droit constitutionnel propose par le biais de la norme suprême, un véritable récit juridique. Comme tout autre récit, il offre une part d'imaginaire directement imputable au travail de l'esprit réalisé par son auteur. De par ces éléments, la fiction doit nécessairement découler et imprégner le droit porté par la norme suprême. Néanmoins, toute forme d'imaginaire est teintée d'une part de concret, ou du moins à quelque chose perçu comme vrai, par son auteur. En cela la fiction présente une appréciation de la vérité, propre au psychisme humain. Ce constat est d'autant plus intriguant si nous nous penchons sur la caractérisation de l'homme prévue par la norme suprême, au travers de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La place de ce texte au XXIème siècle peut paraître anachronique. Il semble que les mentalités humaines n'ont pas évolué. Cette situation permette de conférer à cette norme, une véritable portée contraignante au sein de l'ordre juridique (Paragraphe 1). Néanmoins, au travers de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, c'est tout un cortège d'influences juridiques du passé qui est appelé. De même, le mythe archaïque parait ressuscité, grâce à des références et à des croyances que l'on pensait oubliées. Elles sont pourtant suffisamment fortes, pour renforcer la collectivité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La fiction de l'humain fondée au travers de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

La place d'une norme semblable à celle de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, au sein de l'ordre constitutionnel interroge. En tant que protecteur autoproclamé des libertés individuelles, le Conseil constitutionnel se trouve obligé d'apprécier juridiquement, les individus qu'il est censé protéger. Il découle de cette nécessité, des perspectives du droit constitutionnel qui le contraignent à occuper certaines positions pour le bien de la société. Ce faisant, le juge va être amené à définir un cadre juridique propre à présenter la société idéale, d'après la norme suprême. Ces considérations amènent à certains partis-pris, parallèle à ceux imposés par le pouvoir

politique (I). Cette approche est nécessaire, pour assurer le bien fondé de la fiction constitutionnelle. En recherchant l'approbation des citoyens, le juge constitutionnel parviendra à faire admettre la fiction constitutionnelle. Ce n'est que lorsqu'elle sera reconnue par un nombre important de personnes, qu'elle sera considérée comme effective (II).

I Les conceptions sociales de la Constitution

En tant que promesse qui concerne la forme de l' État futur fondé par la norme suprême, le juge constitutionnel est amené à rendre des décisions juridiques, au nom du bien des citoyens. Par cette situation, le droit constitutionnel est progressivement devenu une extension des aspirations humaines, qu'elles soient perçues comme imaginaires, ou véritables. La perception de l'environnement social, devient un élément primordial pour assurer l'effectivité de ce droit (A). Par ce procédé, l'homme redevient un élément essentiel du droit constitutionnel. Il s'agit d'une figure réaffirmée, par rapport au poids que prenait jusqu'alors, les institutions juridiques (B).

A Un droit constitutionnel reflet indirect des prétentions humaines

Comme le souligne Georges Vedel des normes comme les déclarations de droit, défendues par le Conseil constitutionnel offrent de multiples pistes à exploiter[946]. Il est important de les suivre pour voir leurs ramifications. Cette quête passe évidemment par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il ne s'agit pas uniquement du texte révélateur de la pensée révolutionnaire, qui permet à ces derniers d'asseoir leurs prétentions. Le droit constitutionnel véhicule tout un imaginaire. Ce dernier transmet un ensemble de représentations, découlant de l'idée faite d'une certaine réalité. Une partie de ces représentations sont avant tout des créations fonctionnelles qui appartiennent au psychisme humain. Si elles ne sont pas directement susceptibles d'être

[946] G. Vedel, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme», *op., cit*, p. 157.

référées à une réalité, elles n'en sont pas totalement détachées[947]. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen révèle également par son imaginaire « les représentations narcissiques, c'est-à-dire les représentations relatives au sujet individuel ou collectif de ces représentations, en d'autres termes les représentations relevant d'une réflexivité du psychisme[948] ».

L'imaginaire juridique appartient à cette thématique. Il intègre des représentations relatives à l'image du sujet-juriste. L'apparition de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen symbolise également un tournant dans l'histoire juridique, par l'intermédiaire d'une nouvelle conception pertinente du droit. Lorsque la Constitution a pour objet la séparation des pouvoirs, ses effets se concentrent sur l'organisation de l' État. Dès l'instant où la norme suprême prévoit la garantie de certains droits, elle se préoccupe de la société des individus. Il s'agit également d'une des suites induites par le contrôle de constitutionnalité[949]. Par le biais d'une proclamation solennelle des droits de l'homme, le droit franchit une nouvelle étape dans son processus de construction, ainsi que dans la portée des objectifs qu'il souhaite atteindre. Par cet habile procédé, il agrandit la scène juridique. Il ne la réserve plus exclusivement à une poignée d'individus, mais à l'humanité dans son ensemble. Par la même occasion il s'attache à centrer ses considérations sur un être à part et sans équivalents, l'homme. Cette situation permet à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen d'apprécier pleinement ce que peut être cet individu, sans véritables définitions qui permettraient de l'apprécier pleinement.

Le juge constitutionnel en ayant recours à des normes comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour résoudre certains contentieux, prouve que la norme suprême est un véritable acte de société. Il s'agit d'une répercussion évidente, dû au contrôle de constitutionnalité. Dans le cadre de telles procédures, le juge intervient sur des domaines propres à diverses branches du droit. Il peut s'agir par exemple, d'affaires propres au droit de la famille, comme cela fut le cas avec le PACS. Il peut toucher les travailleurs, avec la réforme du Code du travail, ou encore les consommateurs. En intervenant sur l'ensemble des domaines du droit, le juge

[947] Si c'était le cas, il ne s'agirait plus d'imagination mais de rêveries, comme nous l'avons précédemment expliqué. En plus de l'article J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », *op., cit*, voir également J. Laplanche et J.-B. Pontalis, Vocabulaire de la psychanalyse, Paris, PUF, 1997, p.195.
[948] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 127.
[949] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op., cit.*, (consulté le 7 novembre 2019).

constitutionnel est amené à poser des « bases constitutionnelles »[950]. Ces fondements permettent par la suite de développer des activités sociales ou privées, pour les individus. La Constitution ne permet plus exclusivement le droit des politiciens. Le texte a élargi sa portée en allant au-delà de l' État, pour s'intéresser à la société dans son ensemble. Toutes les activités entreprises par les individus peuvent être ramenées à la norme suprême. L'intégralité des branches du droit finissent par être constitutionnalisées[951].

Dans cette perspective, le droit aurait su aller plus loin que ce que les considérations philosophiques auraient envisagées. Il aurait un but à atteindre, s'apparentant à une destinée telles que perçues par les prophéties du droit d'Oliver Wendell Holmes Jr. L'homme tel que le texte des révolutionnaires le perçoit, s'apparenterait à un idéal semblable à celui envisagé les temps modernes. Par sa seule présence, il représenterait le mythe de la souveraineté populaire. Ce qui signifie que ce n'est pas la nation, une entité abstraite qui est capable d'exercer le pouvoir politique, mais bien les différents hommes réunis sous l'égide d'une population, qui est investi d'une capacité de contrôle.

B Une réappropriation de la figure de l'homme confrontée aux institutions politiques

L'affirmation que l'humain est au centre des institutions politiques, réinterroge la nature de la fiction constitutionnelle. Il est possible de retrouver là encore dans le droit, une influence religieuse voire mystique. Nous constatons ici un aspect messianique que revêtirait l'homme, afin d'assurer entre ses pairs la liberté, l'égalité, ou encore la démocratie, grâce au droit[952]. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen par son ancienneté, illustrerait un des derniers rattachements au mythe antique, qui placerait l'homme face aux dieux, ici les institutions juridiques. L'humain de la Révolution serait une incarnation semblable à Achille, Ulysse ou encore Jason. Un individu qui se dresse

[950] V. G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n°8, 1954, pp. 21-54, où l'expression est ici employée pour expliquer l'impact de la Constitution sur la pratique d'un droit.
[951] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).
[952] B. Edelman, « A propos des inventions juridiques », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 200.

contre l'autorité souveraine, réputée inaccessible. Toutes ces mises en perspectives contribuent à façonner autour du droit constitutionnel, un éventail de symboles qui dépasseraient la simple volonté, propre à un individu. La technicité moderne a effacé cette figure de l'humain, au profit des seuls institutions juridiques. Il y a là une sacralisation du droit constitutionnel et du droit en général, tendant à le rendre intouchable, pour s'assurer qu'il ne soit pas transgressé, ou même dévié de son but initial. Le préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 contribue à cette symbolique, au-delà de l'autorité juridique. Le texte se présente comme une volonté de déclarer de façon, « solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme[953] ».

L'existence même de ce texte se justifie par un besoin de rappeler constamment à l'ensemble de la société, leurs droits et leurs devoirs, estimant que « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements[954] ». Ce droit considéré comme « sacré », il ne saurait être possible d'y déroger. La fiction développée ensuite va se fonder sur l'emploi de ce mot. Il ne s'agit plus d'une simple volonté humaine. Il est question désormais de figurer la norme suprême, qui devra scrupuleusement guider l'action des dirigeants, actuels et futurs. Elle dépasse et transcende le simple aspect purement politique, pour se référer plus amplement au divin, ou du moins à une entité supérieur au seul individu. Cet exemple souligne le fait que « le sens d'un énoncé a une histoire, qu'il est le produit d'une lutte et que, dans cette lutte à laquelle le juge constitutionnel prend part désormais, son intervention soumet la production de sens à des conditions qui en favorisent la formation[955] ». Le juge constitutionnel est finalement saisi d'affaires portant sur plusieurs aspects de la vie humaine, malgré la portée initiale envisagée pour le droit constitutionnel[956].

« Le droit constitutionnel fonde les activités sociales et privées pour les personnes. Les politiciens ne sont donc pas le centre d'attention du droit constitutionnel. Certes leur activité est traitée par la norme suprême mais elle n'est pas la seule. La Constitution

[953] Extrait du Préambule de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789.
[954] *Ibid*.
[955] D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 30.
[956] Comme le relève Dominique Rousseau ; « Les réponses à toutes les questions sur les multiples formes du « sujet de droit» sont dans la constitution. S'interroge-t-on sur le sujet saisi par le droit pénal ? Il existe un droit constitutionnel pénal ! Sur le sujet saisi par le droit du travail ? Il existe un droit constitutionnel du travail. Il en est ainsi pour toutes les divisions de la vie sociale : un droit constitutionnel économique, de la fonction publique, de la famille, des partis politiques, de la fiscalité ». D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 13.

n'est donc plus constitution de l' État, mais constitution de la société, puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la Constitution[957] ». L'Homme, tel qu'envisagé par le texte révolutionnaire est un protecteur. Il utilise le pouvoir qui lui a été confié, non pas pour assouvir des desseins purement égoïstes, mais pour s'assurer de protéger les individus qui verraient leurs libertés être menacées. De même, il y a également une volonté de voir le bonheur des citoyens préservé, dans le respect des obligations prévues par le contrat social[958].

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit une conception sociétale de la Constitution[959]. Il s'agit d'une rupture. Au lieu d'organiser les pouvoirs publics, la norme suprême se pare d'une vision sociétale. L'emploi du terme « société » et non celui d' « État », n'est pas anodin. Il indique clairement que la norme suprême a pour objet les membres de la société. Ces derniers doivent être informés de leurs droits. C'est bien l'organisation du groupe formé par les citoyens qui importe, et non les aménagements autour de l' État. Montesquieu, dans sa réflexion sur la Constitution idéale, commence par analyser la société et les puissances qui en émanent. Il s'agit ici du clergé, de la noblesse et du tiers état. Une fois conscient de cette réalité, il va rechercher la forme de pouvoir, capable de traduire cette structure sociale. Sur cette même logique, Rousseau, lorsqu'il rechercha des perspectives pour la Constitution corse, dirigea le fondement de son travail vers le corps social corse.

Au cours du XIXème siècle, l'idée d'une norme suprême tournée vers la société s'effaça progressivement, si bien que se développa l'idée de gouvernants aux statuts spécifiques. La justice constitutionnelle a permis de se focaliser à nouveau sur les activités sociales dans leur totalité[960]. Le mythe constitutionnel figure une conception nouvelle de la société. La Constitution se rapproche des cercles du citoyen. Le juge légitime sa propre intervention à leurs égards.

[957] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op., cit.*, (consulté le 7 novembre 2020).
[958] Cette référence au bonheur se retrouve également aux Etats-Unis dans la *Déclaration d'Indépendance*. Cette dernière affirme explicitement, le droit inaliénable pour chaque individu de rechercher le bonheur, au même titre que le droit à la vie ou à la liberté.
[959] D.D.H.C., art., 16 : «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».
[960] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit*., (consulté le 26 septembre 2020).

II Un pouvoir constitutionnel recherchant des adeptes au travers de valeurs communes

La fiction constitutionnelle, par un emploi avisé du juge, contribue à palier certaines carences du droit qui peuvent conduire à la contradiction. Le Conseil constitutionnel est en mesure d'assurer une applicabilité certaine de tous les textes qui traduisent la pensée du pouvoir constituant. La fiction constitutionnelle confère un nouveau cadre d'application aux normes les plus anciennes. Elle contribue à les adapter à notre époque. Le droit permet ainsi de réaliser l'ensemble des prétentions du constituant originel (A). Il est nécessaire de rappeler que le droit ne se fonde pas sur des écrits homogènes. Certains ont traversé l'histoire et véhiculent les pensées de leurs époques, à l'instar d'autres plus modernes mais qui ne sont pas animés par les mêmes valeurs. Le Conseil constitutionnel doit réaliser un travail d'adaptation, pour répondre aux exigences de la société actuelle (B).

A Une universalité du droit opérée par la fiction constitutionnelle

Comme nous l'avons indiqué précédemment, le recours à des normes trop anciennes peut s'avérer difficile. Ces normes ne répondent pas pleinement aux attentes de la société actuelle. Cette situation pouvait remettre en question, la pertinence de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, au sein du bloc de constitutionnalité. L'Homme est devenu la préoccupation majeure du droit, comme en témoigne la reprise du texte par la Constitution de 1958, ce qui lui confère aujourd'hui tout son crédit au sein de l'ordre juridique. Pour autant, il est impossible de dénigrer le fait que le texte révolutionnaire dans sa mise en avant de l'Homme, permet d'illustrer des aspects du droit naturel qui ont mis plusieurs siècles à se construire et qui aujourd'hui plus de deux cent ans plus tard, sont encore valables. Ainsi, écarter la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de l'ordre juridique français, serait renier des millénaires d'histoire du droit et priver le socle constitutionnel français de notions communes aux

législations d'autres pays. La fiction constitutionnelle actuelle, qui tente de conférer une place à l'homme, représente un prolongement des pratiques de l'Empire romain.

Il est possible de définir « la partie de l'approche scientifique du droit consacrée à l'apprentissage du droit comme doctrine, ou, selon la terminologie germanique, comme dogmatique du droit. Il est possible de soutenir que la doctrine juridique constitue une nécessité du fonctionnement du droit comme système[961] ». Pour témoigner de l'effort d'adaptation que le droit est censé faire, l'Empire romain d'Auguste mais également celui des Antonins, a su forger un *jus gentium*. Un droit qui serait commun aux différentes nations étrangères à Rome. De la même façon qu'un État moderne est obligé de composer avec différentes nations extérieures à la sienne, l'Empire Romain a également dû apprendre à interagir avec ces mondes qui entraient en relation avec lui. L'évolution du droit romain correspond à une nécessité répondant aux modifications des rapports internationaux de l'Empire, ou à une complication du droit initialement envisagé.

Le commerce extérieur de l'Empire Romain, a favorisé la régénération de son droit civil. Cette situation a permis de déboucher sur une évolution des rapports entre les différents citoyens, par le biais des innovations prétoriennes, qui par la suite s'étendaient aux liens entre les citoyens romains et les étrangers. Il ne s'agit pas seulement d'une évolution dû au contact avec l'autre[962], mais l'idée d'assimiler ce dernier au droit romain qui s'applique déjà aux citoyens de l'Empire. L'ensemble des différents peuples hétérogènes rencontrés lors des différentes conquêtes, sont réunis sous un même ordre juridique. La doctrine, ou dogmatique, au sein du droit, représente finalement une condition pour permettre l'auto-reproduction du droit. Elle s'attache à décrire par elle-même, le système juridique[963]. Cette stratégie permet d'assurer l'unité de l'Empire, qui se donne avant tout une image bien faisante, en poursuivant l'idéal laissé par la cité universelle, telle que les philosophes l'envisageaient sous Alexandre[964].

Il s'agit d'un monde dans lequel tous sont réunis, sous l'égide d'un même droit valable pour tous. Nous le voyons, au travers des droits de l'homme et cette création auparavant laissée par les révolutionnaires, l'Homme, le bloc de constitutionnalité

[961] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 132.
[962] Le terme est ici à comprendre comme celui qui est différent ou inconnu.
[963] De la façon que Niklas Luhmann l'entendait, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft, op. cit*., p. 496.
[964] G. Tarde, *Les transformations du droit, étude sociologique*, Editions Berg International, Paris, 1994, collection Histoire des idées, p. 144.

continue de perpétrer un idéal d'unité, entretenu depuis des siècles par la fiction. La place de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, en plus d'être un gage de valeur historique, contribue à mettre en place des préceptes d'unions entre les individus, au niveau constitutionnel. Le droit constitutionnel est amené à remplir une fonction psychique, par laquelle il transmet un savoir technique. Il offre également une image de ce que le juriste réalise pour la société. Le pouvoir constitutionnel tend vers une forme d'universalisme. L'idéal d'une cité universel cherche aujourd'hui encore à être atteint, comme il est possible de s'en rendre compte, au travers des multiples tentatives d'union entre les pays. La fiction juridique continue d'appuyer cette volonté.

Les plus fameux sont bien évidemment, les États-Unis d'Amérique, l'Union européenne, mais également des organisations comme celles des Nations Unies. La liste est évidemment bien longue, ne serait-ce qu'en matière de coopération politique. Elle nous permet de nous rendre compte que cette volonté d'union entre les hommes est encore bien présente.

B Une création de l'ordre fondé sur un ensemble de valeurs hétéroclites

Cette nécessité de fraternité que l'on retrouve d'ailleurs dans la devise française, possède un caractère éminent nécessaire à la construction d'une société. Ce besoin disparaît durant les périodes de conflits, ou lors d'importants bouleversements politique et social. De la même manière, il ressurgit à chaque fois que la population assiste à un important moment historique, offrant la paix ou la grandeur à la nation. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen interagit d'ailleurs à deux moments de l'histoire de France, qui correspondent à ce dernier phénomène, la Révolution de 1789 et l'instauration de la cinquième République, porteuse de promesses et d'un avenir meilleur pour l' État Français à sa création. Au travers de ces différentes visions, il est possible de se rendre compte que le droit constitutionnel continue d'entretenir certains espoirs, qui se retrouvent au travers de normes précises, au risque de compromettre sa rigueur. La fiction revêt une valeur émancipatrice sur les faits, les plus abrupts.

Le droit ne peut se permettre les approximations. Comme l'explique Jacques Chevallier, il est placé sous le signe de l'ordre[965]. Il y'a deux significations qui se dégagent de cette expression. Avant tout, l'ordre juridique prend une forme structurée et parvient à faire coexister une suite d'éléments disparates, pour donner corps à un ensemble cohérent intelligible[966]. Il est élaboré comme un synonyme d'ordonnancement et d'unité. Dans ce contexte, l'ordre juridique représente non seulement le principe de logique qui désigne les relations entre l'ensemble des éléments constitutifs, mais également l'entité même qu'ils conçoivent. Serait ainsi proposé, un tout qui structure sous forme de système, les éléments inhérents à la constitution d'un droit utile à l'existence et au fonctionnement d'une communauté humaine[967]. Une force unificatrice est obligatoire pour permettre la cohérence de l'ensemble, ce qui exclut les éléments hétéroclites[968]. Le système juridique français se présente comme le fondement d'un modèle de régulation étatique. C'est la fiction constitutionnelle qui va permettre de rassembler les hommes, autour de valeurs partagées. Un groupe hétéroclite de personnes forme alors une nation.

Malgré les concepts de représentation, tout procédé mis en place par l' État part du sommet de l'appareil et non de son socle. Il est possible d'aboutir à un quasi monopole de règles de droits, qui servent avant tout l' État et ses émanations, qu'elles soient directes ou non. Cette solution est légitimée par la théorie des sources du droit, grâce à une adhésion passive ou militante à un positivisme légaliste. Ce dernier ignore et refoule un lot de solutions élaborées par d'autres voies, qui seraient pourtant mieux représentées par le pluralisme juridique[969]. Bien entendu, l'ordre possède aussi une signification plus pragmatique et classique. Il symbolise aussi d'une forme d'action et d'exercice du pouvoir. Il s'agit d'un synonyme du commandement, où l'ordre représente une manifestation de l'autorité[970]. Le droit constitutionnel va au-delà d'un ordre de volonté, qui voit une autorité imposer par la contrainte, des schémas de comportements à suivre. Par le droit, il n'est pas seulement question d'une adéquation à la nature des choses.

[965] J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, Paris PUF, 1983, pp.7-8.
[966] *Ibid*., p.7.
[967] C. Leben, « Ordre juridique », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, p. 1113.
[968] *Ibid*., p.1114.
[969] B. Oppetit, *Droit et modernité, op., cit.*, p. 102.
[970] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », *op., cit*, p. 127.

Il ne faut pas percevoir le droit constitutionnel comme un simple outil de gestion, du social, par exemple. Pour comprendre la Constitution, il est nécessaire de voir ce que le texte écrit sur lui-même. Il est par exemple intéressant d'observer comment la norme suprême permet de légitimer le pouvoir en place. Il s'agit là du phénomène de réflexivité. « Le droit, par exemple, ne se réduit pas à la prescription de comportements, mais aussi dit ce qu'il fait et comment il le fait... Or, si le droit était simplement ce que le discours juridique décrit, à savoir l'expression d'un ordre naturel, la manifestation d'une puissance légitime, ou un outil rationnel, on ne voit guère pourquoi il lui faudrait de surcroît dire ce qu'il est[971] ». La fiction confère au droit constitutionnel un aspect qu'il souhaite présenter au public. Il s'agit d'un auto-portrait, mais qui fantasme sa nature réelle.

Paragraphe 2 Une description idéalisée de la société proposée par le droit constitutionnel

La fiction constitutionnelle une fois perçue comme un élément du système juridique en place, laisse en suspens plusieurs interrogations. Le droit constitutionnel n'est plus le fondement de l'ordre juridique issu du débat rationnel. L'aspect essentiel qui en émane, serait dû aux croyances et aux superstitions en place. La crédibilité de la norme suprême est alors touchée, et il devient important de rétablir certaines conceptions liées à la légitimité du droit constitutionnel. L'objectif est d'éviter à la norme suprême d'être écartée de l'ordonnancement juridique. Il convient donc d'analyser les logiques qui permettent de fonder la force de croyance, liée à la fiction constitutionnelle (I). Le partage de cette croyance au travers des différents membres de la société, semble être un élément essentiel. L'acceptation de la fiction constitutionnelle la rend naturelle. Elle n'est plus un élément mystique mais un élément culturel, qui participe à la spécificité du droit français (II).

[971] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 127.

I Les fondements légitimes du droit remis en perspective

La fiction constitutionnelle qui fonde la Constitution a entraîné plusieurs mythes épars, autour de la norme suprême. Certains permettent d'appuyer l'action du Conseil constitutionnel, lorsqu'il prend une décision relative au texte. D'autres permettent d'accorder plus de crédibilité à la Constitution. La fiction représente une boucle qui confère une légitimité au pouvoir constitutionnel, tout en validant ses propres actes (A). Le Conseil constitutionnel est l'arbitre des conceptions du droit qui peuvent se dégager de telles appréciations. La validité de ces engrenages dépendra des décisions du juge (B).

A Une fiction constitutionnelle auto-générée

Comme nous l'avons précédemment indiqué, le contentieux constitutionnel symbolise les différents juridiques entre les représentés et les représentants, en ce qui concerne l'application qu'ils font de la norme. Un écart constitutif de la démocratie, se forme finalement entre ces deux parties. L'hypothèse de la démocratie continue se fonde d'ailleurs sur ce point. Cette distance permettrait logiquement, le contrôle de constitutionnalité. Deux espaces évidents prendraient formes. D'un côté se trouverait celui des représentants, et de l'autre celui des représentés. Les aspirations concernant la règle de droit, divergeraient selon les camps. La fiction serait pluriel, en fonction des appréciations et de l'imagination de chacun. La norme suprême contribue au développement d'un espace pour garantir en symbolique comme en pratique, grâce à la censure de la loi, l'indépendance des représentés à l'égard des représentants. La fiction appuie cette démarche. Le droit constitutionnel implique par l'intermédiaire de la norme suprême, une forme d'auto-description. Il est possible de percevoir un processus réflexif. Sa fonction apparaît comme particulière au sein du système juridique. Une analyse par le prisme scientifique, en efface néanmoins la signification profonde[972].

[972] N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Main, Suhrkamp Verlag, 1995, p. 496

Progressivement, le Conseil constitutionnel va agrandir et renforcer son emprise, par la découverte de droits nouveaux. Le contrôle de constitutionnalité redéfinit la distance, séparant les gouvernants et les gouvernés. Les droits des deux sont séparés en corps distincts de l'autre. La charte jurisprudentielle des droits et libertés constitutionnels forme l'espace des gouvernés, tandis que la loi est l'espace des gouvernants[973]. En ce qui concerne le droit lui-même, ce dernier a la particularité de représenter l'ensemble des significations de l'ordre. Les règles juridiques se permettent cette spécificité, d'être à l'intérieur d'un même espace social où elles sont liées les unes aux autres, à tel point qu'elles en deviennent interdépendantes. Le but de ces règles juridiques est la réglementation des comportements sociaux. Par le biais de ses aspects, à la fois systématique et normatif, il est évident que le droit représente un ordre[974]. Cette construction du droit en forme de système, interdit automatiquement toutes formes de tentatives qui pourraient éventuellement menacer les frontières de l'aspect juridique du droit, tout en menaçant les fondements de l'ordre juridique. Ce fameux ordre juridique, sous-entend un ensemble de codes symbolisant des significations, qui permettent de mettre à l'écart des concepts trop abstraits. La fiction va permettre de donner un sens à des éléments pouvant paraître comme trop abstraits.

Néanmoins, la théorie classique du droit voit la Constitution légitimer le droit. En sois elle est déjà légitime par elle-même. La théorie de l'émanation indique que le droit généré par le représentant est légitime. Il est nourrit par la volonté du peuple, qui a élu ceux qui parleront pour lui. Inscrire ce fait dans le corpus constitutionnel, est un acte qui n'est pas sans interrogation. Préciser par exemple que « la loi est l'expression de la volonté générale[975] » ne représente pas une prescription normative, qui viendrait entraver un comportement. La formulation vient ici renforcer un droit, dans le seul but de le légitimer davantage. Par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, il n'est pas question de cautionner ou de bannir une attitude au sein de la population. Il est ici question, d'affirmer un principe d'obéissance. La norme constitutionnelle doit être suivie. Elle prévoit qu'il en est ainsi. Le texte a recours à une image, qui permet son auto-représentation.

Par la suite d'autres droits viennent se greffer, pour donner l'impression d'un intérêt commun. Les énoncés de droits fondamentaux constitutionnels, qui ont droit à

[973] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).
[974] S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, Klincksieck, 1972, p. 35.
[975] Art. 6, Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

une consécration textuelle, s'inscrivent ainsi dans une logique démocratique et de sécurité juridique, à la différence des droits fondamentaux n'ayant qu'une simple concrétisation jurisprudentielle. « Le peuple et ses représentants doivent se réapproprier les droits fondamentaux constitutionnels face au pouvoir créateur du juge[976] ». Les normes juridiques se caractérisent par leur appartenance à un système idoine. Cela signifie qu'elles possèdent toutes la même logique[977]. Par ce procédé la cohésion est assurée, mais comme nous le savons les positions de chaque norme sont inégales. Le juge doit accorder plus d'attentions à certaines, plutôt qu'à d'autres. À ces éléments s'ajoutent la question de la place des textes de droit au sein de la hiérarchie des normes. Cette structure peut elle-même être considérée comme une forme de fiction.

B Des conceptions du droit, soumises à la seule appréciation du juge constitutionnel

Le Conseil constitutionnel est libre de choisir, si oui ou non, un texte peut avoir une légitimité constitutionnelle. De même, il est parfois vague sur les raisons qui le poussent à intégrer des normes implicites, dans le bloc de constitutionnalité. Ce qui semble évident pour certains, ne l'est pas nécessairement pour tous. Pourquoi certaines normes auraient-elles droit à une valeur constitutionnelle et devraient-elles être plus que de simples lois ? Il s'agit là de décisions que l'on pourrait aisément qualifier d'arbitraires, notamment si on observe le cas des objectifs à valeur constitutionnelle[978]. Leur sélection paraît assez hasardeuse. Personne ne semble vraiment proposer une solution pour remédier au problème. Le silence demeure et la fiction qui découle de ces interrogations est le seul élément de réponses qui sera donné faute de mieux. S'agit-il d'une réponse valable ? Il semblerait que non puisque la question persiste. La réponse est-elle insuffisante pour autant? Apparemment non puisqu'elle continue à être donnée.

La fiction peut en certaines occasions, être accréditée pour son aspect lisse en surface. Cependant, il ne vaut mieux pas approfondir la question trop profondément. La démocratie et les idéaux qui y sont rattachés constituent l'extension du terme, tel que

[976] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[977] J. Chevallier, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? » *op., cit,* p. 127.
[978] Décision n°82-141, DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

l'entend le droit positiviste. La démocratie est le résultat de ce que le juge constitutionnel présente. Le constituant a introduit le terme, mais n'en a jamais donné une définition claire. Sa valeur dépend de la signification donnée par son interprète. Celle-ci peut changer, si le juge souhaite lui donner une nouvelle valeur. Au final, ce que le juge décide de faire ne peut être contesté en droit[979]. L' État de droit impose certaines précisions aux énoncés normatifs. Certes le droit constitutionnel a droit en raison de sa portée, à des textes normatifs plus souples. Il ne faut cependant pas que l'appartenance du texte au corpus constitutionnel devienne un prétexte. La réflexion sur la rédaction d'écrits en lien avec les droits fondamentaux, n'exclut pas nécessairement l'explicité d'un texte, en lien avec la liberté, l'obligation, ou le droit qui sera reconnu[980].

Le degré d'explication qui sera accordé à un droit fondamental prévu par la norme suprême sera décisif. Plus ce droit sera expliqué, plus il sera considéré comme complexe. Le degré d'effort qui sera consacré à son explication, sera symbolique de son importance au sein du système juridique. Ce droit par la richesse des mécanismes qui le composent, sera considéré comme plus concret et réaliste. Il n'existera alors que peu de place pour la fiction. Sa réponse sera jugée comme étant suffisante. Son application ne sera pas sans conséquences pour les destinataires qui invoqueront ce droit. Si ces énoncés sont précis, « les citoyens sont en mesure d'identifier la liberté qui leur est reconnue et d'en réclamer le respect vis-à-vis de ceux qui doivent les respecter, ces derniers sont à leur tour dans une situation de mieux connaître les limites à l'exercice de leur pouvoir et, enfin, le juge pourra exercer de manière plus aisée sa mission de contrôle de régularité des comportements comme des normes[981] ». Rappelons qu'en France, dans le cas où une norme constitutionnel n'est pas assez précise pour expliquer une situation, la solution d'une invocabilité directe devant le juge constitutionnel reste possible.

L'assimilation de certaines fictions à la culture juridique constitutionnelle semble tout à fait légitime. Il parait donc tolérable de les accepter comme solution provisoire, sans chercher à trop les approfondir. La solution créerait davantage de problèmes, par

[979] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle » *op. cit.,* (consulté le 26 juin 2021). Notons cependant que seul un juge peut contester ce que dit un autre. Il existe également des situations particulières, comme le droit de grâce du Président de la République.

[980] X. Magnon, « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in J. Bétaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en droit de l'environnement*, Paris, LGDJ-lextenso, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2016, p. 32.

[981] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].

rapport à ceux qu'elle prétendrait résoudre. À titre d'exemple, les fictions tournant autour de l'Etat de droit sous-entendent un parfait respect de la hiérarchie des normes. La question de la supériorité de la parole du juge sur une autre reste cependant à débattre. Les règles de droit ne doivent pas trop s'éparpiller. Les principales doivent s'attacher aux droits civils et politiques, la sécurité juridique mais également les plus déterminants, les droits sociaux.

II Une société unifiée par une fiction constitutionnelle fédératrice

La mise en place d'une fiction constitutionnelle assez forte pour appuyer la Constitution, est symbolique de la perception que la société fonde sur elle-même. La fiction devient un instrument pour analyser la perception que peut avoir le peuple français à son encontre. Elle devient un écho de la réalité psychologique des hommes (A). La fiction constitutionnelle va se fonder sur une pluralité de modèles. Ils vont permettre de donner corps à l'autorité étatique. Cette situation remet en perspective le lien entre le juge constitutionnel et la norme suprême. Le Conseil constitutionnel ne possède plus une relation spécifique avec le texte fondateur (B).

A Une norme constitutionnelle fondatrice d'une appréciation nouvelle de la société

La dimension sociétale proposée par la Constitution n'est pas sans incidence sur le système de répartition des trois pouvoirs et son domaine d'application. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se trouve ainsi mis à mal[982]. Si la norme suprême limite son champ d'action à l'État, comme cela fut envisagé pendant longtemps, alors les pouvoirs énoncés sont ceux du législatif, de l'exécutif et du judiciaire. Cette séparation ne touche que l'État seul. S'il commence à être question de la société comme la fiction constitutionnelle le laisserait entendre, en ce cas les puissances qui doivent être réparties sont celles mises œuvres au sein de la société. Sont

[982] D.D.H.C., art., 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

ainsi concernés par exemple, les pouvoirs médiatiques, économiques, et même religieux. Si la Constitution est celle de la société, comme nous l'avons supposé , alors il est nécessaire qu'elle se saisisse de ces capacités auxiliaires qui autorisent le fonctionnement de la société. La norme suprême s'adresse directement à ceux qui font partie de cette société, les individus.

Elle porte sur la construction de leur identité. La société serait construite avec des individus fluides[983]. La question politique une fois posée, porterait sur la fluidité sociale et sa mise en cohérence, pour permettre le bon ordre au sein de cette société. Elle permettrait de construire du commun et de la généralité. Par le passé des réponses avaient pu être trouvées. La religion, la nation ou même les classes sociales pouvaient créer un sentiment d'appartenance à une communauté. Ce ne sont plus des facteurs assez puissants pour alimenter le sens commun des individus. La Constitution tel que renouvelée depuis l'instauration du contrôle de constitutionnalité, se présenterait comme un nouvel instrument, commun aux individus. Elle leur permettrait de reconnaître leurs spécificités propres ou leur rythme. La norme suprême permet également au citoyen de réaffirmer les valeurs constitutionnelles partagées. « Véritable miroir magique, la constitution s'offre comme texte laïc, comme ensemble de principes partagés, comme lieu où l'individu moderne « désenchanté » peut reconstruire une identité commune[984] ». La fiction constitutionnelle fonderait un objectif commun pour l'ensemble des citoyens, désillusionnés par les logiques purement mécanistes.

La Constitution offre un point d'ancrage aux différences activités humaines. Pour l'heure cependant, certains éléments nécessaires à la construction de l'individu échappent à l'ordre constitutionnel. En ce qui concerne la presse entre autres, la norme suprême pourrait prévoir au nom des citoyens, les conditions de son indépendance par rapport aux institutions politiques. Dans une optique similaire, il serait possible de prévoir les mécanismes d'un Conseil économique et social qui prendrait en considération, la volonté générale émanant de la société civile[985]. Le concept de hiérarchie des normes peut très vite se montrer dépassé et varier, selon le mode d'organisation qui sera choisi pour ce qui concerne les institutions ayant pour objectif de contrôler le respect de ces différents principes. Le critère de sélection concernant

[983] Sur le sujet v. P. Michon, *Les rythmes du politique : Démocratie et capitalisme mondialisé*, Paris, Ruthmos, coll. Rythmanalyses, 2015, 316 p.
[984] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op.*, *cit.*, (consulté le 7 novembre 2020).
[985] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », op., cit., (consulté le 26 septembre 2020).

ceux qui sont chargés de l'incarner pose de nombreuses interrogations. En France l'attention va bien entendu se poser sur le Conseil constitutionnel.

B Un juge constitutionnel perdant le contrôle sur la norme suprême

L'État de droit a su se montrer changeant, en ce qui concerne aussi bien son fond que sa forme. Au cours de son histoire, il s'est présenté comme le garant d'un statut, assurant les représentations collectives comme l'un de ses atouts majeurs. A ce moment-là, il est possible de retrouver des termes de souveraineté nationale, de souveraineté de la loi, ou encore des expressions ayant trait aux juridictions souveraines. L'État de droit peut évoluer et s'attacher à de nouvelles représentations, touchant à d'autres préoccupations. Dans ces cas de figures, de nouvelles valeurs graviteront autour de la norme suprême. Il sera alors question de se concentrer sur la primauté de la Constitution, ou encore au dialogue des juges. L'État de droit ne se borne donc pas à un modèle unique. Cependant l'imaginaire peut être tenté de subdiviser ces différentes composantes, en les rangeant de manière justifiée ou non, dans des catégories diverses et variées. La fiction viendra justifier ensuite ces classements.

La pluralité de modèles va entraîner couramment, de nombreux débats entre juristes, qui vont au gré de leurs positions, être capables de développer de multiples éléments conceptuels. Ces derniers vont constituer en règle générale, une rationalisation exacerbée de théorie. Le droit va être en mesure au gré de ses tendances, de clarifier ou expliquer, certains points troubles de son fonctionnement. Au contraire, il peut également complexifier, occulter ou rendre insoluble certaines questions. Cette situation indique que le juge ne peut prétendre entretenir un rapport spécifique avec l'essence même du droit constitutionnel. Ce lien est finalement inexistant. Les paroles d'interprétation du juge devront à leur tour être interprétées[986]. Elles pourront également être justifiées par des fictions, plus ou moins évidentes. Concernant les droits fondamentaux, dans le but de renforcer la qualité de leurs énoncés « il est possible de manière indirecte d'indiquer les méthodes d'interprétation des droits fondamentaux,

[986] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle » *op. cit.,* (consulté le 26 juin 2021).

voire les méthodes de conciliation et/ou de résolution des conflits entre droits fondamentaux et, éventuellement, de hiérarchiser les droits fondamentaux[987] ».

Il en résulte que le débat juridique conserve une portée, aussi bien d'un point de vue positiviste, que d'un point de vue jusnaturaliste. En ce qui concerne le droit constitutionnel, ce dernier peut être civilisé, si l'on s'attache à inscrire ses procédures dans une temporalité, dans laquelle s'inscrivent les réformes constitutionnelles, mais également le contrôle de constitutionnalité. Ces éléments doivent être surveillés de près. Ils constituent pour la plupart, des procédures de retardement ou de temporisation. Leur entretien doit se faire minutieusement, sous peine de voir la moindre imperfection enrayer la machine, ce qui pourrait conduire à des conséquences engendrant le désordre[988]. La fiction constitutionnelle se présente finalement comme un artifice, permettant de stopper les carences de l'ordre juridique, initiées par une technicité lourde entre les différentes institutions. Ce procédé lancé pour répondre aux exigences de l'ère moderne, alourdit le droit en vigueur. Les explications destinées à le clarifier sont finalement complexifiées et font intervenir de nouvelles interrogations, qui à leur tour appelleront à de nouveaux points à éclaircir. La machine du droit a besoin de faire appel à des notions d'une époque, qui apparaît comme révolue, pour permettre de temporiser certaines difficultés.

[987] X. Magnon, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel », *op., cit*. [en ligne].
[988] J-M. Belorgey, « Avant-propos », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 364-365.

Conclusion du Chapitre 1 :

Le droit constitutionnel, tel que présenté par la norme suprême seule, n'a jamais été conçu pour s'appliquer aux hommes mêmes. C'est un texte pensé pour les institutions juridiques. Il est censé prévoir les compétences des différents pouvoirs en place. L'humain n'a jamais été perçu comme un élément primordial pour le droit constitutionnel. Il s'agissait vraisemblablement d'une problématique, qui aurait dû être dévolue à la loi et aux règlements. Le Conseil constitutionnel a altéré la nature de la Constitution. Le juge a présenté de nouvelles aspirations pour la société, au point de créer un imaginaire qui s'est progressivement métamorphosé en fiction constitutionnelle. Pour cette raison, un texte comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a été appelé à intégrer le bloc de constitutionnalité. La norme constitutionnelle rejoignait ainsi le monde des hommes, en faisant appel à un texte dont l'héritage était porteur de nombreuses valeurs, conformes à la vision du pouvoir constituant originel.

Il serait bien sûr possible, d'interroger la pertinence de tels mécanismes au sein du droit, en prétendant qu'il ne s'agit finalement que de chimères mises en place par l'esprit humain. Le récit constitutionnel reste finalement lui aussi une création de ce même esprit humain. De ce fait, il ne peut être logique d'interroger sa pertinence, au sein d'un univers présenté comme rationnel. Remettre en perspective la fiction du droit constitutionnel, revient à réinterroger la pleine effectivité du droit dans son ensemble. La Constitution est un écrit. En tant que tel il ne peut souffrir d'être pleinement concret. Les aspects fictifs qui en émanent ne peuvent être écartés, mais cela ne signifient pas qu'ils sont saugrenus pour le juge. La fiction constitutionnelle devient un élément à part entière pour traduire la vérité, telle que perçue par les membres de la société, ainsi que ses aspirations. Bien entendu, cette vérité est multiple, mais au sein d'un régime démocratique elle a toute sa place. Elle devient un élément pour comprendre le droit souhaité par les Hommes.

La fiction la plus appropriée qui suscitera le plus d'adhésion, sera considérée comme vrai par le juge constitutionnel. Elle sera par conséquent mise en pratique, en faisant abstraction des disparités entre les textes juridiques. Cette situation amène cependant à débattre sur la valeur effective du droit constitutionnel. Ce dernier ne serait-il finalement qu'un simple phénomène de société, à savoir une mode comme une autre ?

Cela serait oublier la transcendance de la norme constitutionnelle et l'universalité de la fiction constitutionnelle.

Chapitre 2 La crédibilité du droit restaurée par la fiction constitutionnelle

L'emploi de la fiction par le juge constitutionnel interroge sur la finalité des objectifs qui sont réellement ciblés. Nous le savons, le bonheur des gouvernés n'est pas le seul enjeu de la politique d'un État. Il s'agit également de servir les mécaniques du pouvoir en place, pour lui permettre de perdurer dans le temps. Les différentes institutions qui autorisent l'existence du régime politique, ne sont pas non plus homogènes. Il existe entre ces différentes organisations un bras de fer, pour appuyer la compétence de chacune, sur des domaines d'actions bien précis. La fiction a ainsi permis au juge constitutionnel de s'imposer sur de nombreuses activités, notamment au nom de l'intérêt des citoyens. Il est ainsi amené à entrer en concurrence avec le travail du législateur par exemple, qui lui est un représentant élu. Pour que la fiction soit pleinement efficace, il est nécessaire qu'elle soit avant tout plausible, pour exister de façon autonome, dans l'esprit de chacun. Il s'agit d'une condition nécessaire, pour que sa pertinence ne soit pas réinterrogée. Il faut cependant se demander, pourquoi l'emploi de cette fiction est si important, pour le juge constitutionnel.

Il est également nécessaire de s'assurer que la fiction constitutionnelle sert effectivement la structure du droit dans son ensemble (Section 1). Au travers de cette interrogation, c'est la crédibilité du droit constitutionnel et la qualité effective de droit, qui doivent être réévaluées. La nature juridique de la norme constitutionnelle serait donc par les ambitions qu'elle permet, à part. La Constitution doit parvenir à exister, au-delà du simple écrit. Il lui faut ainsi s'imprégner dans l'esprit des êtres qui composent la société. Dans le cas contraire, la légitimité du texte constitutionnel s'effondre, et c'est donc le système juridique dans son ensemble qui s'écroule. La Constitution se présente donc comme un texte de persuasion, plutôt que comme un texte fondé sur la rationalité. Ces éléments renforcent l'idée que la norme suprême occupe une place spécifique, au sein de l'organisation juridique qui souhaite afficher une démarche scientifique concrète (Section 2).

Section 1 Les finalités du droit constitutionnel réinterrogées par sa fiction

L'usage de la fiction au sein du droit constitutionnel une fois qu'il a été constaté, suppose ensuite que l'on s'interroge sur les desseins que cette pratique tend à assouvir. Cet emploi révèle une autre problématique, l'incapacité du juge à faire valoir la norme suprême grâce au seul texte. Cela revient à dire que la Constitution demeure un écrit inachevé à parfaire. Par la même occasion, la vérité constitutionnelle resterait encore à établir pleinement. Autrement elle serait incomplète ou faussée sur certains points, ce qui nécessiterait que le juge constitutionnel intervienne pour améliorer le message, avec le risque de le dénaturer. Les intentions du juge seraient à vérifier, pour s'assurer qu'il ne s'écarte pas du chemin tracé par le pouvoir constituant originaire. Si tel devait être le cas, la norme constitutionnelle ne serait plus qu'un vulgaire écrit sans réelle portée contraignante (Paragraphe 1). Par de tels manœuvres, c'est l'ensemble du système démocratique qui serait à réévaluer. La Constitution fonde l'état de droit, mais rien n'indique que la vision qui soit portée par le texte, réponde aux mêmes exigences que celles des citoyens. La valeur à conférer par la démocratie serait subjective est soumise aux impératifs de la fiction (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La fiction constitutionnelle outil du juge transcendant l'écrit de la norme

L'emploi de la fiction relève chez son auteur, d'une tentative pour rendre le droit artificiel. Au travers de ce procédé, ce sont les intentions du juge qui vont être analysées. La première crainte touche bien évidemment au fait de dénaturer la vérité prévue par la Constitution. Le juge s'attribue la fiction constitutionnelle. Il la fait sienne, au travers de ses propres considérations, et de sa sensibilité liée aux affaires qu'il va traiter. Le juge n'est cependant qu'un homme, il n'est pas le constituant originaire. Il est obligé par son regard, d'altérer la vérité constitutionnelle. Le simple fait d'employer un écrit du passé à notre époque contemporaine, suffit à altérer sa valeur (I). C'est donc bien le juge constitutionnel simple mortel, qui est amené à se confronter à une norme

qui tend à s'imposer dans l'éternité. Pour cette raison il est celui qui par défaut, va permettre à la vérité constitutionnelle de prendre corps au sein de notre société, par des actes concrets. Le juge va devenir par certains aspects, le fondateur de cette vérité (II).

I Les mécanismes de l'imaginaire constitutionnel appuyés par les considérations du juge

Le juge constitutionnelle ne peut délivrer qu'une vision partielle de la vérité constitutionnelle. Cette dernière est amenée à évoluer progressivement, au gré des différentes affaires qui seront soumises au juge. Cette solution lui permet de ne pas revenir sur son appréciation, et de contredire sa propre perception de la Constitution, dans le cas où une logique précédemment mise en place serait à reconsidérer. Le juge est en mesure d'éviter de motiver une erreur de la norme suprême. Par conséquent, cette dernière peut se maintenir dans le temps (A). La Constitution devient un synonyme de raison. Cette état de fait entretient la croyance à son égard, et renforce la fiction qui l'entoure (B).

A L'action du juge constitutionnel inscrite dans la durée

Dans les écrits au sein du bloc de constitutionnalité, demeure le problème de la temporalité. Cette situation crée des interrogations sur les éventuelles contradictions, touchant à l'esprit des textes qui servent de modèle à suivre aux autres normes. Des dispositifs de régulations ont été mis en place, pour empêcher certaines contradictions. Ils sont fondés sur la fiction constitutionnelle. L'intervention d'agents de systématisation est nécessaire pour assurer une cohérence globale du système juridique. Il existe une nécessité pour l'ordre juridique d'établir des liens, entre les divers travaux créés à l'écart du socle commun. L'objectif est d'aboutir à la formation d'un tout complet. Dans ces cas-là, il est possible de mettre en avant des principes communs qui émanent de ces textes, et de créer de grandes synthèses. Certaines lacunes peuvent être

complétées. Elles supposent ici, des créations de l'esprit. La supra-constitutionnalité qui déjà faisait débat dans les valeurs qu'elle sous-entendait, se révèle par exemple utile. Elle intervient pour concilier deux normes qui rentrent en contradiction. Bien entendu, il faut que la norme constitutionnelle ne soit pas à l'origine du conflit. Dans cette situation, il n'est pas nécessaire de faire la démonstration de sa supériorité juridique. Celle-ci s'impose en toutes logique[989].

Certains textes constitutionnels seraient plus prompts à défendre les représentés, face aux décisions des représentants. La volonté du peuple ne passerait donc pas uniquement, par l'intermédiaire des gouvernants. La justice constitutionnelle représenterait une alternative, au travers de normes bien précises. La charte des droits fondamentaux élaborée au gré du temps par le juge constitutionnel, préciserait le cadre de représentation propre à la souveraineté autonome des citoyens. En se référant à la norme suprême, le juge constitutionnel se montrerait capable, d'affirmer et de sanctionner les écarts entre les exigences constitutionnelles, et les normes qui s'écarteraient des valeurs promulguées par l'État de droit, que le texte souhaiterait mettre en place. Le juge constitutionnel empêche les représentants de se considérer comme les seuls et uniques souverains. Ils ne seraient que de simples délégués, soumis au droit protecteur du peuple, auquel ils ne peuvent déroger[990].

Si deux textes doivent entrer en conflit, sera retenu celui qui sera le plus en adéquation avec les valeurs supérieures, mis en avant par l'ordre constitutionnel à part. Dans le cas de litiges touchant à la liberté constitutionnelle, l'arbitrage au vu d'une norme considérée comme supraconstitutionnelle n'apparaît pas comme fiable en toutes occasions. Il ne s'agit pas de la solution idéale. Néanmoins, cette technique permet de créer un socle servant de modèle aux affaires à venir sur le même thème. Avec un tel outil, il devient plus aisé d'établir une harmonisation des normes[991]. La fiction constitutionnel se construit en prenant exemple sur des modèles précis. C'est au prix de toutes ces interventions que l'ordre juridique assure son autorité, en se plaçant sous l'ordre de la raison. Le but est de permettre l'ordre et la sécurité des gouvernés[992]. La justice constitutionnelle ici mise en place, vise à parer l'une des lacunes de la fiction de la représentation, l'oubli du peuple qui ne pouvait être physiquement présent durant les

[989] M. Troper, « La notion de principes supraconstitutionnels », *op., cit.*, p.340.
[990] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).
[991] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *op., cit.*, p.468.
[992] J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », in *Pages de Doctrines*, Paris, L.G.D.J, p.6.

prises de décisions politiques[993]. De même, cette nouvelle direction vise à rééquilibrer les fautes entre les gouvernants et les gouvernés.

B Une action du juge constitutionnel fondée sur le besoin de sécurité juridique

Au travers des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, est dictée une logique de responsabilité pour les gouvernants et les gouvernés. Par ce procédé, une démocratie éclairée est entretenue. C'est cet apparat de raison qui est fondamentale pour le devenir des citoyens. Ce n'est qu'à cette condition que tout homme considéré comme raisonnable, arrivé à l'âge de la vie active et indépendante, comprendra l'importance de l'ordre prévalant au sein de la société qui est la sienne. La société ne peut exister sans droit. Il peut d'ailleurs être intéressant de constater que l'idée de société ne peut être conçue, sans imaginer dans le même temps le droit. Chaque citoyen se doit alors de participer à la lutte, visant à assurer la suprématie du droit et la soumission de la société à son pouvoir[994]. Il reconnaît la pertinence des règles juridiques auxquelles il doit se soumettre volontairement, ainsi que les prescriptions qu'elles mettent en place.

Se crée alors un sentiment de sécurité, chez celui qui choisit de se plier volontairement à cet ordre dit « rationnel ». Ce ressentie constitue la condition, lui permettant d'accéder à une vie paisible. Tous ses biens et tous ceux qu'il envisage de posséder par la suite, ou même la création d'une famille, l'organisation du travail et sa propre liberté doit passer par la pérennité de l'ordre établi[995]. Le juge dans sa tâche, est amené à participer à cet effort de rationalisation, par le biais de son travail d'interprétation, nécessaire pour éviter des réglementations juridiques à géométrie variables, dépendant de l'interprétation de chacun[996]. Ce n'est qu'à cette condition que le droit uniforme peut être préservé. Il existe un idéal logicien, présent chez les professionnels du droit, afin de perfectionner l'ensemble du corpus juridique[997]. Cette pratique va permettre de former un tout homogène, si important à l'ordre juridique. Des

[993] D. Rousseau « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *op., cit.*, (consulté le 26 septembre 2020).
[994] B. Oppetit, *Droit et modernité, op., cit.,* p. 99.
[995] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit, op., cit*., p. 1.
[996] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op., cit*, p. 5.
[997] J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980, p. 297.

connexions logiques vont être mises en place, dans le but d'assurer l'union et la cohérence de l'ordre juridique. Elles sont nécessaires, du fait de l'existence d'un écart entre la réalité perçue par le législateur, qui renvoie à une nature au sens large, et la fiction juridique mise en place dans ce souci d'application concrète[998]. En établissant une logique la plus stricte possible, il sera impossible au professionnel du droit de se détourner de la véritable signification des textes constitutionnels.

Il convient de faire remarquer que si le système juridique ainsi que les citoyens, se tournent vers le juge constitutionnel dans le but de faire valoir un ordre juridique cohérent pour garantir l'intérêt de tous, le juge constitutionnel suit également sa propre quête. Par le droit, le juriste renvoi une certaine image de son travail et le juge constitutionnel ne fait pas exception à ce phénomène. « Naturellement, une telle image implique des enjeux narcissiques. Il importe, en particulier, que la doctrine juridique dispense au juriste une image positive de son activité dans le contexte social, c'est-à-dire qu'elle soit garante d'un certain degré de satisfaction narcissique[999] ». Les enjeux soulevés par les désirs propres au juge constitutionnel, soulèvent donc des intérêts fantasmatiques. Ils sont nécessaires pour que la fiction constitutionnelle ne soit pas perçue avec défiance. L'image positive renvoyée par le juge, induira la confiance des hommes. Ces derniers, n'auraient par conséquent, pas à craindre ses actions, ou les créations issues de sa pensée. Ses décisions deviennent le reflet des présomptions qui pèsent sur lui. Ce n'est plus la nature de son action et ses conséquences qui sont analysées. Seuls comptent, les considérations que le peuple entretient à son égard.

Le juge prend néanmoins le soin de créer une distinction entre sa pensée propre et celle qui est imputable aux valeurs dégagées par la norme suprême. Il reste ainsi apprécié pour des décisions perçues comme positives. Sa responsabilité n'est pas mise en cause, lorsque la décision rendue s'avère être en contradiction avec la volonté populaire.

[998] J. Sohnle, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *op., cit*, (consulté le 25 avril 2020), p. 3.
[999] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 133.

II Le juge constitutionnel un auteur conférant à la fiction une valeur proche de la rationalité

Progressivement, les choix du juge constitutionnel ont laissé entendre qu'il poursuivait une quête personnelle, au détriment du texte fondateur qu'il était censé protéger. Ces appréciations ont conduit à faire la distinction entre ce qui était explicitement prévu par la Constitution et ce qui émanait des souhaits propres du Conseil constitutionnel. La vérité constitutionnelle dépendrait donc de la seule appréciation des membres qui composent cette institution (A). Plus intriguant encore, il semble que par certains procédés précis, il soit possible de remanier la pensée du pouvoir constituant originel, en fonction des besoins et des situations auxquelles le juge est confronté (B).

A Une volonté du juge détachée des exigences constitutionnelles

Fréquemment, au travers de ses décisions jurisprudentielles, le juge fait référence à des exigences constitutionnelles[1000]. La tournure de l'expression employée par le juge n'est pas anodine. Elle lui permet de se détacher de sa propre décision, en invoquant le fait que ce n'est pas le résultat de sa volonté qui transparait dans ses décisions, mais celle de la Constitution. Le juge crée une fiction, selon laquelle la Constitution serait considérée comme vivante. La norme suprême se voit dans l'imaginaire collectif, dotée d'une volonté propre, qui tendrait presque à la personnifier. L'usage multipliée de la notion « d'exigence constitutionnelle », laisse à penser que le juge constitutionnel s'en sert comme d'un concept exact, une construction de l'esprit ayant un sens précis. Par ce procédé, une norme se doit de prévoir un énoncé prescriptif. Elle doit être contraignante[1001].

[1000] V. Décision n°83-165, DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, rec. p.30, Le terme apparait pour la première fois clairement dans cette décision et est utilisé pratiquement plus d'une fois sur deux dans les décisions des années 2000.

[1001] V. pour exemple dans ce sens, N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, Paris, collection la pensée juridique, 1998, p. 171.

Au vu de ce qui a été écrit précédemment, il faut reconnaître que le droit constitutionnel est un droit fondé sur la philosophie. Il propose un objectif idéal à atteindre. « Car l'image que la constitution renvoie à chacun est davantage investie de désirs et de promesses que d'objectivité : l'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté individuelle, la fraternité sont, parmi d'autres, les traits souhaités, espérés, rêvés de la figure du sujet de droit que l'exclusion, les inégalités, les injustices et la domination démentent quotidiennement[1002] ». Pour que ce qui est imaginé puisse devenir réalité, la Constitution va élaborer les prémisses d'une politique, qui devrait permettre la réalisation du but recherché. La fiction constitutionnelle finit par tendre vers le souhait, que ce qui est considéré comme imaginaire, devienne dans un avenir proche une réalité. Pourtant comme tout ce qui touche aux diverses politiques, aucune solution ne peut pleinement remplir les attentes escomptées. Au mieux, elles engendreront certaines déceptions. Au pire, elles créeront de nouveaux problèmes qui n'étaient pas originellement prévus.

Nous le voyons avec le préambule de la Constitution de 1946 pour ses orientations humanistes, la Constitution ne peut se permettre d'être un simple texte de loi abrogé à la première contrariété. Ses ambitions doivent aller au-delà de la simple réglementation. Si elle décrit les institutions politiques qui vont constituer l'État, elle doit tendre vers plus que cela. Si elle ne peut toujours avoir clairement les moyens de ses ambitions, elle peut au moins tenter une promesse, selon laquelle elle va donner les moyens qui permettront d'accomplir les objectifs envisagés. Il convient de rappeler qu'une norme ne possède pas nécessairement une seule valeur. Les multiples sens qui en découlent, peuvent se compléter les uns les autres. Le contentieux constitutionnel est ainsi devenu un formidable moyen, pour enrichir la pensée émise par la norme suprême[1003]. Pour exemple, il est possible de citer la liberté constitutionnelle d'expression. Elle ne se contente pas de prévoir la liberté de mettre en avant ses opinions. De manière implicite, elle relève l'obligation pour le législateur d'assurer le pluralisme de la presse. Dans ce contexte, la contrainte découle d'une permission d'agir. Chaque norme se doit de prévoir un message dominant, afin que le sens du texte puisse être compris[1004]. Sa signification n'exclut pas d'autres portées.

[1002] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op., cit.,* (consulté le 7 novembre 2020).
[1003] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.
[1004] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles», *op., cit.,* p. 752.

Soumis à ce procédé, le juge constitutionnel doit faire preuve d'un souci de prévoyance. Il anticipe d'éventuels problèmes à venir, qui toucheront la norme constitutionnelle. Sa logique ne peut souffrir d'être remise en cause. Il lui faut veiller à ne pas s'enfermer dans un raisonnement, qui l'empêcherait de proposer dans le futur des solutions inédites. Cette situation implique que les décisions rendues ne sont pas catégoriques. En certaines situations elles sont perçues comme trop évasive. Néanmoins, le juge constitutionnel demeure le garant d'une vérité constitutionnelle, qui échappe à l'erreur et à la contradiction.

B Une réalité constitutionnelle définie par l'appréciation du juge

La question des moyens d'application d'une règle de droit constitutionnel, prend une autre tournure lorsque cette dernière rencontre des difficultés de mises en application par manque de moyens, pour concrétiser cette vision du droit. Le problème se trouve notamment dans le bloc de constitutionnalité, plus particulièrement dans le préambule de la Constitution de 1946[1005], mais également dans certains articles de la Charte de l'environnement de 2004[1006]. Les dispositions prévues par ces textes sont des exigences constitutionnelles que la doctrine a nommé des droits créances[1007]. À l'échelle de la Constitution, cela signifie que la norme suprême est obligée de mettre en place un certain nombre de prestations matérielles, qu'elle doit obligatoirement prévoir par l'intermédiaire du législateur. Ces prestations posent des problèmes. Le législateur semble ne pas réellement savoir quelle place leur donner au sein de la hiérarchie des normes. Le doute est permis pour savoir si ces droits doivent être considérés comme des droits fondamentaux, ou plus simplement comme des objectifs de valeur constitutionnelle. Dans les deux cas, leur place au sein de la hiérarchie des normes leur assure une place non négligeable. La situation contraint le législateur à rédiger des

[1005] V. notamment pour l'exemple, al. 5, al. 10 à 13 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Le texte prévoit ainsi à l'alinéa 5 le droit pour chacun d'obtenir un emploi. De même l'alinéa 10 prévoit de manière vague pour les individus et leurs familles des garanties de conditions nécessaires à leur développement.

[1006] V. notamment pour l'exemple, art. 1 Charte de l'environnement de 2004, qui prévoit un droit de vie dans un environnement à la fois équilibré et respectueux de la santé. Bien que la proposition soit pertinente, elle reste difficile à appliquer au quotidien.

[1007] V. L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Emile Bruylant, Paris, 2007, coll. Droit public comparé et européen, 826 pages.

textes de lois, allant dans le sens souhaité par ces droits. La symbolique n'est cependant plus la même.

Le juge constitutionnel a un devoir à accomplir pour s'assurer de faire respecter au mieux la Constitution. Au travers de certaines de ses décisions, il n'hésite pas à exprimer ses ambitions, pour des éléments précis en rapport avec la Constitution. Les objectifs de valeur constitutionnelle, de par leur nomination sont des notes d'intentions propre au juge constitutionnel. Il lui appartiendrait de concilier le large éventail des normes du bloc de constitutionnalité, avec ses objectifs se composant de la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, mais également la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels[1008]. La présentation faite par la jurisprudence de ces objectifs de valeur constitutionnelle, laisse une impression brumeuse, de par l'incertitude et l'ambivalence qui semble les animer[1009]. Même la doctrine reste dans l'incapacité de pouvoir ranger ces éléments du bloc de constitutionnalité, qui apparaissent définitivement à part. Ils permettent cependant d'exprimer la volonté du juge, dans son travail sur la norme suprême. Sa position est justifiée par le lien qu'il établit entre ces objectifs et la Constitution

Plus que la nécessité de respecter la Constitution c'est la volonté du juge qui présiderait, afin de justifier une atteinte que la loi aurait commise à l'égard d'un principe constitutionnel[1010]. Cette situation amène à penser que les objectifs de valeur constitutionnelle ont force de permission, afin de justifier la limite d'un principe constitutionnel[1011]. Le bloc de constitutionnalité lui-même se montre assez évasif sur la qualification à accorder à ces normes. Le préambule de la Constitution de 1946 se contente ainsi de n'évoquer que des « droits », sans s'encombrer de plus de précisions. La fiction constitutionnelle dégagée autour de la norme suprême, se caractérise par ce travail d'adaptation fait par le juge, lorsqu'il est amené à apprécier de façon large le texte constitutionnel. Les erreurs réalisées ne sont pas le résultat d'une norme trop approximative ou erronée. La faute devient imputable aux hommes qui ne savent pas l'apprécier correctement. La norme suprême est toujours un texte de vérité, mais il reste

[1008] Décision n°82-141, DC., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, rec., p. 48.
[1009] P. De Montalivet Pierre, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006, *Conseil constitutionnel.fr*, [En ligne], Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle.50643.html, (consulté le 4 novembre 2020).
[1010] M. A. Frison-Roche, W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », Dalloz, n°23, 2000, p. 362.
[1011] G. Drago, *Contentieux constitutionnels français*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, 1998, p. 237.

encore à savoir l'apprécier concrètement, et lui donner les moyens d'être appliqué comme il se doit, par les instances juridiques.

Paragraphe 2 Un pouvoir constitutionnel empiétant progressivement sur les domaines de la démocratie

Le Conseil constitutionnel a fait un usage de la norme suprême, qui lui a permis d'étendre progressivement son influence à d'autres sphères que ce que que la norme semblait originellement prévoir. Il s'est appuyé sur des écrits précis pour motiver ses choix. La fiction constitutionnelle reste cependant une conception de l'imaginaire. Il était surtout question au départ d'éviter de répéter les erreurs qui ont conduit à écarter la Constitution de l'ordre juridique. Cette situation nouvelle a débouché sur des appréciations inédites du rôle de la Constitution, et des juges chargés de veiller à son respect (I). La norme fondatrice rappelle que l'écrit est l'œuvre de l'esprit humain. Par ces considérations, nous comprenons que la valeur d'un texte dépend de l'effet que son auteur veut créer chez ceux qui le lisent. Pour que l'action du juge soit acceptée, il faut que la Constitution transmette une certaine représentation, dans l'esprit des membres de la société (II).

I Une redéfinition des limites de la norme suprême par la fiction constitutionnelle

La fiction constitutionnelle a permis au juge d'accéder à de nouvelles compétences, jamais réellement explicitées par la norme suprême. Ces éléments sont apparus comme un mal nécessaire, afin d'appuyer le texte fondateur et lui donner une portée effective, au sein de l'ordre juridique. Le Conseil constitutionnel a pu inscrire son action, face à celle d'autres organismes (A). La Constitution n'était plus le terrain de jeu des politiciens et des élus. Son pouvoir est sorti de leur cadre, pour assurer l'indépendance du juge à leur égard. Par ces considérations, nous voyons que le droit constitutionnel agit sur un cadre différent (B).

A Le droit constitutionnel inséré dans un cadre normatif précis

Le manque d'information entourant la volonté initiale du pouvoir constituant est préjudiciable. Le juge ignore la valeur exacte de ses prescriptions. Il ne connait pas l'importance de moyens qu'il doit consacrer au droit. S'agit-il seulement d'idées qu'il doit prendre en considération et qui l'inspirent, ou des obligations qu'il doit mettre en œuvre par tous les moyens ? Le législateur se demande par exemple, quelle importance il doit accorder au droit d'obtenir un emploi, lorsque le sujet est traité[1012]. Ces considérations sont encore plus problématiques, lorsque le nombre de demandeur d'emploi est important, du fait d'un fort taux de chômage. D'autres droits qui peuvent paraître évidents, comme la protection de la santé[1013], la solidarité nationale[1014], ou encore la protection d'un développement durable[1015] semblent par leur caractère abstrait trop floues pour être pleinement défendus dans leur entièreté. Ils paraissent condamnés au compromis.

Au vu des exigences et des contraintes imposées par la société que le droit régit, la Constitution ne peut se permettre de faire l'impasse sur ces points capitaux. Elle est forcée de prévoir ces obligations, pour ne pas qu'il lui soit reprochée de passer outre ces questions. Le problème réside dans ces injonctions tellement difficiles à mettre en œuvre, de par leur portée si importante que le législateur se doit de rester imprécis. Avec un texte trop précis sur les contraintes qu'il implique, il se retrouverait pris au piège d'une loi qu'il aurait créé, et dont l'application serait impossible. La fiction réside ici dans l'usage qui est fait de ce droit. La Constitution prévoit ces règles. Le juge entend les appliquer, mais seulement en fonction des moyens qui lui sont donnés. De cette manière il ne se compromet pas, et continue de mettre en avant les valeurs de la norme suprême. Le texte constitutionnel est forcé par sa nature de présenter certaines valeurs, protectrices pour les citoyens.

[1012] Al. 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; V. D.C. n°2004-509, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, 13 janvier 2005, rec., p. 33.
[1013] Al. 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; V. D.C. n°90-283, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, 8 janvier 1991, rec., p. 11.
[1014] Al. 12 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ; V.D.C. n°87-237, *Loi de finances pour 1988*, 30 décembre 1987, rec., p. 63.
[1015] Art. 6 de la charte de l'environnement de 2004 ; V.D.C. n°2005-514, *Loi relative à la création du registre international français*, 28 avril 2005, rec., p. 78.

Cette situation est révélatrice des carences du pouvoir politique. Ce dernier est incapable d'assurer le bonheur et la prospérité pour tous. Il s'agit pourtant d'un engagement sur lequel il s'est prononcé, en assurant la protection des sujets du droit. La fiction constitutionnelle tend à présenter une forme d'utopie. Le droit constitutionnel n'est plus envisagé, comme ce qu'il est concrètement, mais comme ce qu'il devrait être. Le juge constitutionnel est bien entendu conscient de cette appréciation, mais tout comme ces homologues des juridictions judiciaires, il est soumis aux impératifs des droits prévus par la norme. Il lui faut plus encore que ses confrères, user d'artifices, pour rendre son droit crédible et effectif. La qualification des normes mises en avant dans le bloc de constitutionnalité ne permet pas d'attester d'une sorte de nature juridique précise. L'exemple du droit à l'emploi est d'autant plus évident, puisque sa mise en avant n'autorise pas un droit à la prestation pour un individu qui serait chômeur. Le législateur possède en revanche la capacité de compenser la situation du requérant, en réajustant d'autres droits fondamentaux pour recréer une certaine forme d'équilibre[1016].

Cette tentative d'harmonisation du droit constitutionnel peut s'accorder avec les valeurs dégagées par les objectifs de valeur constitutionnels qui seraient, d'après Guillaume Drago, animés par une logique de mise en compatibilité de différents principes qui paraîtraient à priori contraires[1017]. Il faut reconnaître que les appréciations peuvent varier. Elles semblent sujettes au bon vouloir du juge. Ce dernier décide de son propre chef de rattacher certains principes à des dispositions constitutionnelles qu'il va considérer comme des objectifs souhaités par la Constitution, sans avoir à se justifier[1018]. D'autres principes ne pourront pas prétendre aux mêmes égards, sans que la moindre explication ne soit fournie. Cette situation fait état de fortes disparités. Plus grave encore, puisque le juge considère certaines normes comme faisant parties du bloc de constitutionnalité, il lui est possible de se servir de ces normes qu'il a auto-proclamé, afin de limiter l'exercice des droits et des libertés de chacun.

[1016] G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 2004, p. 121-122.
[1017] G. Drago, *Contentieux constitutionnels français*, *op., cit.*, p. 233.
[1018] Décision n°82-141, DC., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, rec., p. 48.

B Un droit constitutionnel émancipé des impératifs portés par les représentants élus

Le dispositif visant à mettre en place des objectifs de valeur constitutionnelle, illustre un certain paradoxe. Il sert à la fois de garde-fou pour protéger les droits fondamentaux, tout en les rendant plus fragiles[1019]. Dans certains cas, le problème d'un droit qui n'est pas entièrement respecté peut être réglé par quelques réajustements, grâce à la fiction. Ces techniques laissent une impression de marchandage. D'autres droits posent des problèmes plus importants. Ils sont difficiles à mettre en œuvre. Le droit au logement par exemple est vecteur d'interrogations, à tel point que le caractère de droit peut aisément dans son cas, être remis en cause[1020]. En résumé, l'incertitude qui caractérise ces normes, ne concerne pas réellement leurs contraintes de mises en œuvre. Elle porte plutôt sur les éventuelles permissions qui pourraient découler de ces droits, et à ceux qui vont en bénéficier[1021]. Les droits fondamentaux vont se présenter comme les permissions délivrées aux justiciables. Les objectifs constitutionnels vont être employés lorsqu'il s'agira de servir les intérêts du législateur, dans sa mise en application du droit[1022].

Pour le juge constitutionnel, se fonder sur un objectif à valeur constitutionnel lui permettrait de ne pas avoir à fournir de justification, pour attenter à un principe constitutionnel. De telles procédures peuvent paraître « houleuses », dans un régime présenté comme démocratique. Ils confirment cependant ce que peut écrire un auteur comme Bernard Lacroix, à savoir qu'une Constitution n'est pas uniquement «définie en extériorité et en objectivité[1023] ». La Constitution représente un paradoxe. Elle est une extériorité, intériorisée par les individus. La fiction constitutionnelle appuie ce phénomène. Cet état de fait accroît le risque d'obtenir une compréhension objectiviste de la norme suprême. Pour ce qui touche à l'emploi des objectifs de valeurs

[1019] B. Genevois, *La jurisprudence du conseil constitutionnel : Principes directeurs*, Paris, Editions S.T.H., 1988, p. 204.
[1020] V. P. De Montalivet Pierre, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *op., cit*, (consulté le 4 novembre 2020).
[1021] T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles», *op., cit.*, p. 757.
[1022] *Ibid.,*
[1023] B. Lacroix, « Le politiste et l'analyse des institutions. Comment parler de la présidence de la République », in B. Lacroix, J. Lagroye (dir.), *Le Président de la République Usages et genèses d'une institution*, Paris, Presses de la fondation nationale de science politique, 1992, p. 13.

constitutionnels, ils viennent favoriser de nombreux reproches à l'égard de la justice constitutionnelle et de la place occupée par son juge. Ce dernier pourtant irresponsable, est amené ici à prendre directement des décisions, à la place des élus[1024].

Le juge constitutionnel serait destiné à devenir un sage sans compte à rendre, tel un prêtre expliquant la voie à suivre pour pratiquer un culte, ici celui du droit[1025]. Nous ne sommes pas loin des anciennes conceptions aristocratiques précédemment mentionnées, qui voyaient une mise à l'écart des citoyens du pouvoir politique, car estimés peu enclins à la compréhension de son objet. Un certain ordre social serait créé[1026]. Le principe de prévisibilité des lois, nécessaires à la sauvegarde des droits des citoyens, serait écarté au point que ce dernier deviendrait tributaire du juge, le seul à pouvoir leur confirmer leur droits[1027]. Il est possible de craindre un droit fluctuant dans ses prétentions, lesquelles seraient soumises aux aléas de l'opinion[1028], ainsi qu'à la fiction qui en découle. Ce n'est pas l'aspect de la nouvelle structure politique qui est remise en perspective. Il est notamment dénoncé par la plupart des auteurs, les capacités démocratiques insuffisantes qui en découlent, car potentiellement malmenées par le Conseil constitutionnel.

Les régimes démocratiques qui ont recours à la représentation des citoyens, obéissent en règle générale à une certaine logique. La souveraineté du peuple y est reconnue, mais doit déléguer ses capacités décisionnelles pour des raisons de contraintes de temps, de géographie et parfois même à cause d'un manque d'intérêt, à propos des questions traitées. Le droit reste néanmoins une science de l'homme. Comme toute science elle obéit à certaines règles, qui ne peuvent reposer sur le seul savoir de croyance. Il est nécessaire d'établir un équilibre, entre le fait concret et celui qui se fonde sur la simple idéologie. Néanmoins, la démocratie suppose que tous les citoyens sont égaux et sont capables de faire preuve de la même intelligence. La défiance à l'égard du peuple, conduit sur les chemins qui justifieraient l'autoritarisme et la

[1024] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle » *op.cit.*, (consulté le 5 novembre 2020).
[1025] S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie », *Le Débat*, 1991, n°64, p.163.
[1026] P. Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin & P. Wachsmann (dir.) *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 116.
[1027] B. François, « Justice constitutionnelle et démocratie constitutionnelle. Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in J. Chevallier (dir.), *Droit et politique*, P.U.F., Paris, 1993, p. 53.
[1028] E. Desmons, « La planète des sages. Le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie », in M. Doat & P. Charlot (dir.) *Liber Amicorum Darcy : Détours juridiques : Le praticien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.231.

dictature. Le Conseil constitutionnel devient malgré lui, le représentant des limites de la démocratie et de la confiance qui peut être accordée aux divers membres de la société.

II Un droit constitutionnel soumis aux capacités de compréhension des citoyens

L'emploi trop abusif de la fiction constitutionnelle laisse perplexe sur la capacité du système démocratique à exister pleinement. Nombreuses des idées liées à ce régime juridique, semblent être véritablement conciliables avec les exigences propres aux mécanismes d'ordre et de coercition de l'autorité. La vision originelle de la démocratie portée par la norme suprême, aurait été altérée par sa propre fiction (A). La démocratie serait une simple idée, qui relèverait de la perception que chacun s'en fait. Pour qu'une vision de la démocratie soit effectivement apparente, il faudrait qu'elle soit suffisamment puissante, pour s'inscrire dans la psyché du plus grand nombre (B).

A Une fiction constitutionnelle réinterrogeant les acquis du système démocratique

Un régime est démocratique si les lois sont votées par un groupe habilité par les citoyens, à agir de la sorte. La sécurité pour le peuple est totale, si un pouvoir a la possibilité de défaire les décisions prises par ces représentants, mais qui iraient à l'encontre de l'intérêt général. C'est sur ce point que le Conseil constitutionnel intervient, une institution dont les membres sont dépourvus de la légitimité offerte par le suffrage universel. La norme suprême fonde le système démocratique, mais la fiction qui a été entretenue autour de la norme ensuite, est venue remettre en perspective certains de ces principes. Le juge constitutionnel semble être au-dessus du débat normal, ayant cours au sein d'un état de droit démocratique. Nous l'avons précédemment affirmé, le Conseil constitutionnel pourrait être considéré comme un représentant des citoyens. Plusieurs éléments permettraient de le reconnaitre comme tel. Le mode de désignation de ses membres en revanche, ne correspond pas à ce qu'il est possible d'attendre au sein d'une démocratie.

L'absence d'élections constituerait un grave manquement, aux critères réclamés. Plusieurs raisons peuvent expliquer cet état de fait. L'existence d'un juge constitutionnel est dès le départ, la traduction d'une méfiance ou même d'une hostilité, à l'encontre du suffrage universel et des élus choisis. Une institution constitutionnelle se devrait d'intervenir, dans le cas où les électeurs n'auraient pas su choisir le « bon » candidat, capable d'assurer leurs intérêts et ceux de l'État de droit. Le peuple pourrait faire de mauvais choix, qu'il serait parfois possible d'éviter. Dans une autre optique, le représentant peut trahir la société. Là encore ce serait à la juridiction constitutionnelle d'agir, pour limiter les effets de ses actions néfastes. En outre, le droit constitutionnel peut aussi être considéré comme une affaire de professionnalisme, et non de popularité. Seul compte alors la compétence du prétendant aux fonctions, et non l'affection que les citoyens peuvent lui porter.

Au vu des exigences d'intelligibilité de la démocratie, les principes liés à la légitimité par le suffrage universel direct, concourent à la création de droits et libertés pouvant devenir des obstacles à la libre expression du souverain[1029]. Le détendeur de ces capacités d'obstructions demeure ici un paradoxe, au sein de l'État de droit. En ce qui concerne le choix de définir ce qu'est ou non un objectif de valeur constitutionnel par le juge, la procédure touchant à de telles dérogations, n'est pas unique dans la mise en application du droit constitutionnel. L'article 38 de la Constitution permet par exemple au gouvernement de contourner la loi, en demandant au Parlement la capacité de prendre par ordonnance, des mesures relevant de ce domaine[1030]. L'objectif de valeur constitutionnelle se retrouve avec de multiples définitions, difficiles à homogénéiser[1031]. La fonctionnalité de cet objectif va varier selon les circonstances.

Il n'existe pas d'application figée. Les objectifs à valeur constitutionnelle représentent un certain mystère pour la doctrine qui ne parvient pas à trouver de terrains d'entente, sur l'appréciation qu'il faut en avoir. Certains juristes en proposent donc une définition qui les écarte de l'idée des équilibres entre principes contraires. Les objectifs seraient dans cette logique, égaux « en eux-mêmes[1032] ». Au travers de cette décision, le juge souhaite mettre en avant la capacité de l'objectif à valeur constitutionnelle à forcer

[1029] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.
[1030] Const., art. 38., al 1 : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ».
[1031] N. Molfessis, Conseil constitutionnel et droit privé, édition L.G.D.J., Paris, coll. Thèses, 1997, p. 40.
[1032] Décision n°84-181, DC, des 10 et 11 octobre 1984, *Liberté de la presse*, rec., p. 73.

la conciliation entre différents principes. De la même manière, il concrétise l'acte législatif, dans le but de le rendre plus effectif, avec le concours des principes fondamentaux[1033]. Dans ce cas de figure, les objectifs constitutionnels ne représentent plus seulement des règles à suivre ou qu'il faut protéger. Ils représentent plus que cela. C'est sur leur existence, que va se fonder l'action théologique législative. Ils permettent de justifier l'existence de la loi, tout en permettant une application de cette dernière, qui dépasse allègrement ce qui avait été originellement prévue, par les articles 34 et suivants de la Constitution.

B Une appréciation variable du bien fondé par le droit constitutionnel

L'interprétation des objectifs à valeur constitutionnelle permet de mettre en avant un contrôle de constitutionnalité répondant à des logiques, pragmatique et politique. Le gain de puissance du Conseil constitutionnel se ressent de manière considérable. La reconnaissance de ses capacités, ainsi que la tolérance à l'égard de l'objectif à valeur constitutionnelle se justifie par la reconnaissance du principe constitutionnel de sécurité juridique[1034]. Le débat autour de la puissance, arbitraire ou non, du Conseil constitutionnel et son éventuel affranchissement des textes normatifs, prend désormais une nouvelle dimension. La décision du 16 décembre 1999 est venue légitimer encore plus les pratiques du Conseil constitutionnel[1035]. Est mis ici en avant, l'importance des fins concrètes que poursuit le droit. Ces dernières prennent le pas sur les considérations qu'il est possible d'avoir, à propos du système juridique et ce que nous pouvons penser comme juste. La fiction constitutionnelle va se fonder sur les appréciations qui entourent la norme suprême.

« Le droit est en premier lieu manifestation de la psyché collective. Pour qui a eu l'occasion de pratiquer le droit, il apparaît clairement que le sujet doit y taire toute expression personnelle, pour se réfugier derrière des thèmes relevant du discours

[1033] *Ibid*., cons., 37 et 38.
[1034] V. B. Mathieu, « La sécurité juridique, un produit d'interprétation désormais « Made in France ». (À propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », *Recueil Dalloz*, 2000, n°4, p.7-8.
[1035] Décision n°99-421, DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, rec., p. 136.

collectif[1036] ». Comme le souligne Jean-Marie Denquin, cette hésitation à propos de ce qui serait correct ou non, se fonde sur la logique prudentielle qui a abouti en France à la séparation des pouvoirs. Ce principe supposait une certaine forme d'incertitude. Dans ce sens, « une alchimie vertueuse mais imprévisible dans son cheminement est censée produire, sans que l'on sache comment, un effet positif au niveau global. Jadis elle devait procurer la liberté. On voit qu'elle est maintenant aussi en charge de la démocratie. L'ironie est que la justice constitutionnelle était justement censée produire directement et à coup sûr le premier résultat[1037] ».

L'action du droit comme dépositaire du bien fondé peut aisément être remise en question, selon les différents points de vue. L'usage qui est fait de la Constitution n'est donc pas désintéressé. Le droit constitutionnel permet de nourrir des ambitions politiques, qui vont fatalement à l'encontre de celles envisagées par d'autres. En conséquence, l'utilisation qui sera faite de la Constitution, paraîtra légitime et juste pour certains, tout en étant considérée comme arbitraire et déraisonnable pour d'autres. Le contrôle de constitutionnalité révèle ce paradoxe selon lequel, le Conseil constitutionnel limiterait la démocratie en empêchant l'application de lois, pourtant incompatibles avec des valeurs de la norme suprême, elles aussi désirées par les citoyens. Dans cette situation, un choix doit être fait. Il est possible d'apprécier le peuple comme souverain. Son pouvoir doit être sans entraves et prendre toute forme qui lui parait approprié.

Le contrôle de constitutionnalité est alors exclu. Une autre possibilité est d'estimer que le pouvoir du peuple ne doit pas être sans limites. Il lui est nécessaire de respecter, « au moins les formes constitutionnelles, les droits de l'homme et les libertés fondamentales, et que la justice constitutionnelle est le moyen d'assurer ce respect[1038] ». Dans cette situation, il n'est plus possible de présumer le peuple souverain. Il est désormais considéré comme guidé par une autorité supérieure, qui agirait pour son propre bien. Le citoyen serait alors infantilisé.

[1036] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.,* p. 132.
[1037] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *op.cit.,* (consulté le 26 juin 2020).
[1038] M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Léviathan, 1994, p.329.

Section 2 Une appréciation de la valeur du texte constitutionnel se détachant du corpus juridique

La norme constitutionnelle se voit dotée par son aura mythique et de sa place au sein de la hiérarchie des normes, d'une valeur à part qui la sépare des autres écrits du corpus juridique. La Constitution précède l'État. Elle fonde et donne corps à des institutions qui vont asseoir son autorité. La norme suprême met en place des organisations, mais ces dernières n'existent au départ que sous l'angle de la théorie. Dans ces circonstances, il est difficile de percevoir le fonctionnement futur de ces mécanismes. L'application concrète et la pleine compréhension de leurs significations, prend du temps avant de se mettre pleinement en place. Les normes constitutionnelles ne peuvent dans un premier temps, qu'imaginer ce qu'il sera possible de faire. La fiction va permettre d'appuyer le texte et lui donner des conséquences concrètes. Le débat constitutionnel s'en trouve altéré et révèle une nature nouvelle (Paragraphe 1). La fiction qui découle du droit constitutionnel, trouve une utilité nouvelle qui sert à appuyer une croyance des citoyens envers le système juridique qui est le leur. Ce n'est que grâce à une foi partagée, que la société concède de la crédibilité au droit constitutionnel en place (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 Une nouvelle valeur du débat constitutionnel

La norme constitutionnelle prévoit des dispositions aux appréciations souvent trop larges, qui rendent difficile pour le juge leur mise en pratique. Ces complications sont en lien avec la nature de promesse, inhérente au droit constitutionnel. Le texte constitutionnel prévoit une mise en pratique trop difficile pour être appliquée dans son entièreté. La norme se borne plus à être un engagement ou en tout cas, un texte d'orientation qui doit aider le juge constitutionnel à réaliser certains choix, lorsqu'il se trouve confronté à un litige. Certaines propositions de la Constitution tendent vers un idéal compliqué à atteindre. Cela ne signifie pas pour autant que cela est impossible. Le droit s'inscrit dans la durée. C'est la réalisation progressive de la vision du constituant

qui est ici en jeu (I). La fiction constitutionnelle offre ici des indices, pour sa compréhension totale. Elle implique des mécaniques de pensées précis, mais nécessaire pour orienter l'état de pensée des sujets du droit. Cette appréciation offre une grille de lecture nouvelle de la fiction constitutionnelle et ses prétentions (II).

I Les choix du juge guidés vers la vision utopique proposée par la fiction constitutionnelle

Par la nature spécifique de la Constitution et la difficulté qu'éprouve le juge à l'appliquer concrètement, il est possible de nous interroger sur la valeur à conférer à son écrit. L'emploi de la fiction est souvent considéré comme la réponse donnée, pour éviter de soulever certaines lacunes. Est-il cependant possible que cet usage trop important, remette également en perspective la nature du texte constitutionnel ? Il serait alors possible de le voir comme un simple écrit, dont la portée l'exclurait définitivement des valeurs juridiques (A). Cette œuvre par les mécanismes qu'elle suggère, s'inscrirait sur un autre plan de logique, comme le suppose les nombreux rituels qui y sont associés. Ils la renverrait à ses origines de mythe archaïque (B).

A La norme constitutionnelle soumise au débat

La norme constitutionnelle possède différentes formes d'appréciations. L'argumentation mise en place par le juge constitutionnel passe notamment par des lieux-communs[1039], ou des expressions passe partout. « Il faut donc abandonner la question du fondement ultime pour celle des conditions de possibilité de « réussite » sociale de la constitution. Ce changement de terrain conduit à prendre la constitution non comme un texte théorique, produit d'un sujet transcendantal et producteur de comportements obligés, mais comme un texte pratique ou, si l'on préfère, un élément de

[1039] L'emploi de cette expression ne doit cependant pas servir à dévaloriser le travail du juge constitutionnel. Elle provient du latin *loci communes* et du grec, *topoi koinoi*. Par ses origines, elle permet de désigner des arguments qui relèveraient du contexte méthodologique de la rhétorique.

l'univers pratique d'individus[1040] ». La fiction constitutionnelle prolonge cet aspect pratique, au travers des mots employés au sein de l'écrit. La Constitution si elle est considérée comme une norme, sous-entend l'idée que le texte dispose d'une longue liste de commandements, d'obligations et d'interdits. La normativité d'un tel texte juridique, ne fait pas partie de l'essence propre à notre texte constitutionnel. Ce sont les acteurs sociaux et juridictionnels, qui vont permettre cette normativité[1041]. C'est le juge qui a permis par exemple, l'effectivité du préambule de constitutionnalité, dans les décisions du Conseil constitutionnel[1042]. À l'intérieur de cette appréciation normative de la Constitution, se trouve une autre forme de présupposé fournit cette fois par le juge constitutionnel. Michel Troper avait soulevé le fait que c'était le magistrat même qui explique ce qu'est la démocratie. Le constituant s'est autorisé à introduire le terme « démocratique », mais s'est pourtant abstenu d'en définir le contenu. Seul le juge comme interprète, est en mesure d'en fournir une appréciation[1043].

Dans cette même logique, si la Constitution peut être considérée comme une norme, c'est grâce au travail d'interprétation du juge. C'est lui qui emploie ce texte. La norme ne réside pas dans l'énoncé de la Constitution, mais dans la signification faite de cet énoncé. « Dès lors, si la Constitution ne dit rien, elle ne peut informer sur la qualité démocratique d'un régime politique comme elle ne peut être une limite ou une contrainte pour l'exercice du pouvoir[1044] ». La coutume constitutionnelle permettrait de servir la fiction, comme le ferait la jurisprudence ou le juge constitutionnel[1045]. Pourtant, il serait peut-être plus approprié de penser que la fiction serait capable de délimiter ce qu'est la Constitution réelle, par rapport à une norme suprême purement fictive[1046]. Le Conseil constitutionnel ne représenterait plus un outil au service du système démocratique et à son entretien.

[1040] D. Rousseau, « Questions de Constitution », *op. cit.,* p. 24.

[1041] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op., cit.,* (consulté le 7 novembre 2020).

[1042] Rappelons que du point de vu du droit administratif, la valeur juridique du préambule a été reconnu plus rapidement par le Conseil d'Etat. Le texte constitutionnel se bornait à reconnaitre son « attachement » aux déclarations auxquelles il faisait référence. L'arrêt de Section Société Eky du 12 février 1960, reconnait en droit administratif la portée contraignante de ces textes.

[1043] Sur ce sujet v. M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, pp. 31-48.

[1044] D. Rousseau, « Constitutionalisme et démocratie », *op., cit.,* (consulté le 7 novembre 2020).

[1045] E. Cartier, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *op., cit*, p. 16.

[1046] V. O. Beaud, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle- A propos d'un ouvrage récent », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999, [en ligne], url : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a-propos-d-un-ouvrage-recent.52814.html, (consulté le 4 juillet 2020)

Il permettrait d'établir des conceptions de la démocratie, telles que la norme suprême les sous-entendraient dans ses prétentions les plus utopiques. Son action serait réalisée au nom de l'intérêt général, et serait approuvée implicitement par les citoyens. Dans le cas contraire, le régime injustement qualifié de démocratique serait renversé et un autre viendrait le remplacer, avec une nouvelle constitution plus adéquate pour appuyer le régime démocratique en place. La norme suprême se détache d'un texte de commandement formel, pour devenir un idéal à atteindre au nom des citoyens. Il ne s'agit plus de prévoir un comportement, mais d'orienter les choix futurs qui seront soumis à la société pour concrétiser une vision tendant pour l'instant vers une utopie.

B Des rituels du droit inscrits au sein de la coutume constitutionnelle

La coutume constitutionnelle peut en certaines circonstances, aller à l'encontre de la Constitution écrite[1047]. Elle deviendrait un frein au choix futurs que devra réaliser le juge. Bien que considérée comme une source du droit, certains auteurs ont tendance à penser que la coutume perd son caractère normatif par sa simple appellation. Tout reposerait sur celui qui viendrait la nommer, un juge ou un législateur, entre autres[1048]. La coutume constitutionnelle rencontre généralement l'hostilité de la doctrine pour une Constitution écrite, en raison de la puissance du texte en question. Par ce raisonnement, la continuité juridique fondée sur l'application des règles constitutionnelles semblait ne pas pouvoir être remise en question. L'innovation juridique proposée par une coutume constitutionnelle était impossible[1049]. Par la suite, de nouvelles considérations sont apparues pour permettre de prendre en compte la coutume constitutionnelle dans le prolongement des réflexions écrites de la norme suprême. Bien entendu, cette situation ne vient pas mettre un terme à la continuité juridique[1050].

[1047] R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *op., cit.*, p. 962.
[1048] P. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 2005, p. 95.
[1049] J. Viguier, « Continuité juridique et innovation juridique », in H. Simonian-Gineste (dir.), *La discontinuité en droit*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, coll. Actes colloques, 2014, *Open Edition books*, [en ligne], url : https://books.openedition.org/putc/821, (consulté le 4 juillet 2020).
[1050] V. pour exemple, R. Capitant, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Mélanges François Gény*, t. III, Paris, Sirey, 1934, pp. 1-8.

Le droit constitutionnel se rapproche alors de ses fondements mythologiques. De façon inconsciente, il reproduit certains de ses schémas par l'intermédiaire de la fiction. Le juge constitutionnel reprend à son compte plusieurs adages, ou encore des formules préexistantes mais à usage concret[1051]. Le droit dégagé par la coutume constitutionnelle peut alors être considéré comme un système de « copiage[1052] ». La formation de la coutume constitutionnelle ne représenterait pas une réelle différence avec celle que l'on trouve en droit public ou privé. Comme ces derniers, la jurisprudence constitutionnelle propose tout un lot de formules qui sont amenées à être reprises d'arrêt en arrêt. « Plus loin encore, par l'étude de l'histoire des institutions, on perçoit combien le droit est imprégné de modes de raisonnement empruntés à l'histoire véhiculés sans prise de conscience du lieu ou du temps de leur origine, comme par exemple le thème de la « représentation », de la représentation de Dieu à la représentation du peuple[1053] ».

De ce fait, cette coutume constitutionnelle serait acceptable. Cette coutume serait aussi un mélange de différents éléments. Entendons par là, qu'il s'agirait d'une pratique répétée, face une véritable croyance obligatoire à respecter. La répétition attesterait d'ailleurs de l'acceptation par tous de la nouvelle coutume, l'élevant ainsi au rang de véritable règle[1054]. La tradition constitutionnelle permettrait au juge constitutionnel de faire accepter la fiction qui en découle. Le bien fondé de cette action serait légitimée par la pratique passée, qui aurait été acceptée au point de perdurer dans le temps. La coutume constitutionnelle découlerait d'ailleurs du pouvoir constituant originaire. Cette situation tendrait à renforcer les liens avec les pratiques juridiques passées et se rapprocherait par essence, de la volonté fondatrice qui a engendré la norme suprême. La remise en question de ce phénomène paraîtrait quasiment impossible.

Retirer la coutume constitutionnelle, de l'équation du droit reviendrait à ôter la légitimité des actions du présent, qui elles même représentent le processus d'évolution du droit constitutionnel.

[1051] Sur ce point, Pierre Mannoni nous explique que le fonctionnement juridique permet d'illustrer le fait que certaines idées reçues ou clichés sont en mesure de jouer un rôle sur le plan social pour ce qui touche à la structuration. P. Mannoni, *Les représentations sociales,* Paris, PUF, coll., « Que sais-je ? » 1998, p. 20.

[1052] Sur la notion de copiage ; « L'individu réel se tire d'affaire à travers la fabrication de copies [...]. Il vit comme "homme-copie" ». N. LUHMANN, *Soziale Systeme, op. cit*., p. 366.

[1053] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », op. cit., p. 132.

[1054] J. Viguier, « Continuité juridique et innovation juridique », *op., cit.,* (consulté le 4 juillet 2021).

II Un schème de compréhension nouveau appuyant la fiction constitutionnelle

Pour appuyer le droit constitutionnel, il est nécessaire que les membres de la société croient au statut salvateur de la norme suprême, c'est-à-dire au bien fondé de son action sur leurs existences. Cette forme de perception a une incidence sur la façon de percevoir le droit constitutionnel. Ce dernier se présenterait comme une forme de « système ». La norme suprême n'aurait plus la valeur de sacré que nous lui aurions conféré auparavant (A). L'incidence de la Constitution et du droit en général, dépendrait de la valeur que chacun lui accorderait. Il n'existerait pas en définitive, de véritables contraintes au sein du droit. Elles seraient à relativiser, en fonction du degré d'importance que nous serions prêt à accorder à la norme (B).

A La fiction constitutionnelle révélatrice de la valeur systémique fondée par le droit

Le système juridique peut être considéré comme un ensemble statique, constitué de multiples règles techniques, coordonnées. La question des objectifs et de la finalité souhaitée, ne peuvent être présentées comme juridiques. Pour être exacte, il serait question du domaine législatif et de son savoir-faire. En ce cas, les velléités du système juridique n'aboutiraient pas sur de réels effets particuliers. Si cela devait cependant arriver, ils ne pourraient de toute manière être contraignants. La donne change, dans le cas où l'on fait du système juridique une autre appréciation. Il est possible d'en faire une conception à la fois systémique et dynamique, fondée sur des objectifs qui lui offrent sa normativité. La fiction constitutionnelle permetrrait ce dynamisme. Elle permet d'étendre de manière optimale les règles juridiques instrumentalisées. Les buts vers lesquelles, le système juridique souhaite tendre, se transforment en objet premier du système juridique. La normativité est alors la plus forte. La protection constitutionnelle devient ici, la plus puissante[1055].

[1055] M. A. Frison-Roche, W. Baranès, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *op., cit.,* p. 362.

Il convient de faire remarquer que dans le cas où l'objectif de valeur constitutionnel signifie une contrainte positive pour l'État, alors il représente également un devoir pour les pouvoirs publics[1056]. Les règles constitutionnelles sont le résultat des manœuvres opérées par les différentes forces politiques. Leur légitimité découle des différentes élections. Par conséquent, elles sont une extension de la puissance démocratique[1057]. Le système juridique perçu de la sorte tendrait vers une forme de pragmatisme et de téléologie. Pour autant, la situation n'entraîne pas la multiplication des droits subjectifs. L'objectif constitutionnel aurait des conséquences comminatoires, justifiant des répercussions sur les pouvoirs publics[1058]. L'État se verrait désormais attribuer une nouvelle contrainte, dû à ces considérations inédites du droit. Il parviendrait à conserver une forme d'objectivité, malgré ce que d'autres auteurs semblent penser[1059]. Les objectifs constitutionnels permettraient d'assurer la cohérence entre les différentes règles prévues par la Constitution. L'orientation de ces textes, parfois trop abstrait et à la portée contradictoire, selon celui qui souhaite les mettre en pratique, est coordonnée.

Les objectifs constitutionnels permettent de donner une direction claire et précise aux principes constitutionnels réunis. Ils leurs évitent de se disperser et pire, de s'annuler les uns les autres. Chaque nouvel objectif est la conséquence logique de ses prédécesseurs. Il est cohérent avec leur logique, renforce leur légitimité, et contribue à donner plus de sens à ce qui a été établi auparavant. La fiction qui consisterait à donner un but (ou un objectif) à atteindre à la Constitution, revient à la personnifier. Elle fait de la norme un personnage d'aventure qui suivrait une quête précise. Le suivi de ce parcours est magnifié par le juge constitutionnel, le représentant de la norme suprême, au sein du monde des hommes. Il n'est pas le seul protagoniste de cette aventure. Il ne représente qu'un simple guide, destiné à conduire tout un peuple vers le monde supposée utopique, prévu par la norme suprême. Cette situation rapproche encore la Constitution des textes bibliques, les plus connus, comme celui de Moïse censé guider le peuple hébreux vers la Terre promise.

[1056] L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, éd., Dalloz-Sirey, 2ème édition, coll., Précis droit public, Paris, 1999, p. 871.
[1057] P. Avril, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *op., cit.,* p. 10.
[1058] B. Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *Revue française de de droit constitutionnelle*, n°21, 1995, p. 70.
[1059] V. pour exemple à propos de cette perte d'objectivité du droit, J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, *op., cit*.

Ce même peuple obéit à dix commandements, inscrits sur les tables de de la loi. La Constitution par le biais de son mythe proposerait de nouvelles variantes, que le juge doit veiller à faire respecter, pour mener les citoyens vers l'idéal prôné par le pouvoir constituant originel.

B La fiction constitutionnelle un principe créateur de sens

Les décisions des 10 et 11 octobre 1984 illustrent parfaitement l'usage, fait des objectifs constitutionnels, ainsi que cette complémentarité nécessaire entre les valeurs passées et nouvelles. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel met clairement en avant le fait que le pluralisme de la presse soit un objectif de valeur constitutionnel[1060]. Il apparaît évident que le juge constitutionnel se doit de protéger ce principe prévoyant une presse multiple. C'est ce qui a été voulu par les rédacteurs de la Constitution. Une fois cette volonté clairement identifiée, il convient de savoir pour ses défenseurs, ce qu'elle peut sous-entendre. Cet objectif possède encore un sens trop large, qui risque d'être dénaturé dans l'avenir. Qu'est ce qui permettrait d'assurer le pluralisme de la presse ? Quel procédé risquerait de lui porter atteinte ? Le Conseil constitutionnel va tenter de résoudre ses interrogations, au gré des situations qui seront soumises à son jugement. Pour affiner les desseins précis des rédacteurs de la norme suprême et développer d'avantage ses acquis, il va se servir du fondement qui lui est donné.

Dans la même décision des 10 et 11 octobre 1984, le juge constitutionnel va aller plus loin dans les moyens permettant d'assurer le pluralisme de la presse, en s'intéressant à ce qui pourrait empêcher sa réalisation[1061]. Pour permettre une presse qui ne serait pas détenue par une seule personne, il va falloir d'après le Conseil constitutionnel, que ses méthodes d'organisations et de financement fassent preuves de transparence[1062]. Il en résulte de manière indirecte que le principe de transparence de la presse, se voit assigner par association une valeur identique à l'objectif constitutionnel

[1060] Décision n°84-181, DC des 10 et 11 octobre 1984, , *op., cit,* cons. 38.
[1061] Décision n°84-181, DC des 10 et 11 octobre 1984, *op., cit,* cons. 47.
[1062] Décision n°84-181, DC des 10 et 11 octobre 1984, *op., cit,* cons. 59 ; cons 69.

visant le pluralisme de la presse[1063]. La logique est simple, sans une presse transparente, il est impossible de s'assurer de son pluralisme, aussi bien chez ses dirigeants que dans ses équipes rédactionnelles. Il est ainsi possible de voir dans la fiction constitutionnelle, des limites inhérentes à la nature même du droit.

Si le juge est en mesure de justifier ses décisions par un raisonnement alambiqué qui prend tout son sens par le biais d'un instrument imaginaire, alors dans quelle mesure le citoyen est-il capable de comprendre le système juridique qui est le sien ? Nous sommes loin de la vision du droit clair, censée offrir à ses sujets une représentation évidente de leurs libertés et leurs devoirs. La complexité est telle que c'est au juge constitutionnel qu'il incomberait la tâche de représenter le peuple, pour ce qui touche à la défense de son droit. Cette question liée à la représentation est un héritage cohérent avec la pensée révolutionnaire de 1789. Pour ce qui touche à la Constitution de 1958, ni le peuple ni ses représentants, qui sont intervenus par la suite, n'ont consentis à un tel état de fait. La place du juge constitutionnel n'est justifiée que par lui-même[1064]. Si les textes de lois sont clairement écrits sur le papier, il n'en est pas de même pour leur mise en application. Les objectifs constitutionnels peuvent facilement être considérés à tort, comme le résultat du bon vouloir du juge.

« «L'agir juridictionnel » est donc ce quelque chose qui produit du sens constitutionnel en mettant en relation un énoncé constitutionnel et ses différents lecteurs — hommes politiques, juges, associations, doctrine, médiateurs d'opinion. Relation qui implique une ouverture permanente sur la société et les évolutions de sens qui s'y produisent sous l'effet des déplacements de rapports de force sociaux, une vigilance permanente sur le mode de production de la vérité d'une époque, et enfin une écoute permanente de la critique de la positivité juridique au regard des «promesses» constitutionnelles[1065] ». Pourtant cet outil laisse aux gouvernés, un sentiment d'avoir un droit précaire, par ce qu'il laisse entrevoir de sa structure. « Si l'ordre juridique, dans sa transmission, conditionne certains aspects de la psychologie individuelle, et participe ainsi du destin des psychismes singuliers, il n'accueille pas avec le même bonheur toute structure caractérielle. La formation juridique n'intervient pas seulement comme

[1063] Décision n°84-181, DC des 10 et 11 octobre 1984, *op., cit*, cons. 89.
[1064] J.-M. Denquin, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *op.cit.*, (consulté le 26 juin 2021).
[1065] D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 30.

formation au sens strict, mais aussi bien comme sélection des formes caractérielles adéquates en vue de la perpétuation d'un ordre collectif[1066] ».

La fiction constitutionnelle renforce l'aspect fondateur de la norme suprême. Elle vient établir de nouveaux standards pour le droit, afin que ces derniers entrent en adéquation avec la pensée humaine. De cette façon la grille de lecture de la Constitution appuie le degré d'autorité qui doit lui échoir. Ce n'est qu'en étant conscient, du caractère contraignant de la Constitution, que l'homme suivra avec attention ses dispositions.

Paragraphe 2 Un droit constitutionnel réévalué par la fiction portée

Dès l'instant où il est accepté qu'une part du droit est portée par des éléments fictifs, il convient de déterminer la portée exacte de l'imaginaire présent en son sein. Nous nous rapprochons de la pensée de Descartes, lequel en arrivait à remettre en question l'ensemble du monde qui l'entourait, pour finir sur le fameux « Je pense donc je suis ». Notre pensée propre serait le seul élément concret en ce monde. Cette appréciation pourrait également s'appliquer au droit constitutionnel, lui aussi perçu comme une création de l'esprit. Une création qui aurait par ailleurs des difficultés à s'insérer dans le monde concret. La norme suprême se détacherait des autres textes juridiques, par son antériorité aux autres. Les textes qui en découlent sont à son image, mais la Constitution par sa nature d'écrit originel, manque de modèle. Il lui est nécessaire de s'auto-décrire pour prendre forme (I). Il s'agit d'un droit fondé sur de grandes théories, mais que le juge aurait parfois du mal à apprécier pleinement. La fiction deviendrait un mécanisme pour renforcer la portée contraignante de la norme suprême. De ce fait, les hommes ne douteraient pas de la matérialité de la Constitution (II)

I La fiction constitutionnelle établissant les spécificités propres à la la norme

[1066] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.*, p. 125.

L'emploi de la fiction par le droit constitutionnel permet de supporter un véritable mythe. Ce dernier a une influence plus forte que sur les autres branches du droit plus proches du monde des hommes, et qui font échos à des besoins de concrets. Le pouvoir constitutionnel par sa nature de promesse originelle faite aux citoyens, nécessite certains aménagements pour lui permettre de s'inscrire dans une réflexion différente. Il est nécessaire que des mécanismes appuient ses dispositions, pour lui éviter de devenir obsolète. La fiction constitutionnelle permet de déjouer des pièges spécifiques (A). La force du droit constitutionnel est aussi sa plus grande faiblesse. Il s'agit d'un droit fondé sur la crédibilité que lui accorde les membres de la société. Si ces derniers choisissent de ne plus lui donner de crédit, alors la norme suprême perd toutes ses valeurs (B).

A Un pouvoir constitutionnel contournant des contraintes classiques du droit

Les objectifs de valeur constitutionnelle représentent une arme, contre un droit oubliant les vicissitudes de la vie humaine. Comme le soulignait le Professeur Jean-Arnaud Mazères, il n'est pas nécessaire de se remémorer l'adage « *ubi societas ibi jus* », pour se souvenir de la nature profondément sociale du droit. En tant que tel, il possède une forte implication, dans la complexité sociétale[1067]. Par leurs existences, les objectifs à valeurs constitutionnels garantissent aux citoyens une place dans le système juridique. Le recours à des objectifs de valeurs constitutionnels, qui apparaîtraient lorsque le juge se sentirait pris au dépourvu, laisse entendre que le droit positif ne peut assurer la régulation des rapports sociaux. Pour pallier à ses lacunes, de manière directe ou indirecte, il se référerait à certains principes, non-inscrits dans la Constitution, mais pourtant bien présent dans l'esprit de ses rédacteurs. La fiction se traduirait par une pensée, qui serait donc de nature immatérielle. La volonté des rédacteurs de la constitution, se formerait par la fiction.

Le juge serait en mesure de légitimer l'aspect obligatoire d'un ordre juridique. De la même manière que pour le concept de supra-constitutionnalité, la passerelle reliant le

[1067] J.-A. Mazères, « Introduction générale », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, éd., Bruylant, Bruxelles, 2011, *op., cit*, p.3.

non juridique au juridique est établie[1068]. Le problème de l'usage d'un objectif à valeur constitutionnel réside dans son potentiel usage politique. Un tel principe ne peut être seulement écris. Son sens serait comme celui du pluralisme de la presse, trop général, difficile à mettre en œuvre par le biais de textes précis. Dans le cadre de la citoyenneté pour qu'elle puisse accomplir pleinement sa tâche, il est nécessaire que les individus puissent avoir leurs droits assurés. En conséquence, pour que cette garantie soit accordée, la loi doit pouvoir être connue de chaque individu. Elle doit être intelligible. La loi ne peut avoir de sens, que dans le cas où elle répond à ce critère. La décision du 16 décembre 1999 semble vouloir poursuivre dans cette logique[1069]. Elle ne fait d'ailleurs que continuer la logique, mise en place auparavant par le juge constitutionnel et lui permet de concrétiser pleinement son raisonnement.

La notion de clarté de la loi[1070], se voit clairement établie. Par la même occasion, il devient possible de garantir, le principe de sécurité juridique, sans que cela ne soit forcément volontaire. Certains auteurs qualifient ces principes, consacrés grâce à leur association avec un autre, de principes clandestins[1071]. La décision du 16 décembre 1999 demeure cependant novatrice. Elle permet de concevoir une vision systémique du droit, qui se définirait comme une modalité d'exécution de la Constitution politique[1072]. Les objectifs de valeurs constitutionnels facilitent le passage du fait au droit, sans qu'il ne soit nécessaire de passer par la procédure de création d'un texte de loi. La fiction de la personnalisation simplifie ce passage. L'objectif est une émanation directe de la norme suprême qui fonde ce droit, par l'intermédiaire de ce qui apparait comme un souhait direct de la norme. Il fait partie de lui et ne nécessite donc pas de procédures nouvelles. Longue et contraignante, cette étape ne permet pas de s'appliquer à un cas survenu avant la promulgation du texte, au nom du principe de prévisibilité de la loi et de la sécurité juridique. Suite à ce constat, le juge a pu être en mesure d'aviser et trouver une solution de circonstances.

Le juge ne va pas créer de nouvelles lois au sens juridique du terme. Il va tâcher de mettre en œuvre une application du droit, la plus proche possible de ce que les

[1068] S. Rials, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, 1986, p. 63.
[1069] Décision n°99-421, DC, du 16 décembre 1999, déc. n°99-421, *op., cit.*
[1070] Décision n°98-401, DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, rec., p. 258.
[1071] V. B. Mathieu, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in P. Fraisseix (dir), *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 301-305.
[1072] B. Faure, « Les objectifs de valeurs constitutionnels, une nouvelle catégorie juridique ? », *op., cit.*, p. 75.

rédacteurs de la Constitution entendaient. Par ce stratagème, il ne peut lui être reproché d'avoir voulu créer de nouvelles règles et d'avoir outrepassé son pouvoir. Au contraire, il peut être considéré que le juge renforce la qualification des faits juridiques[1073]. Il pourrait être suggéré ici, que la séparation des pouvoirs si chers à Montesquieu a été dénaturée par le juge Constitutionnel. Il n'en est rien pourtant. Cette dernière a été dénaturée dès ses origines, au moment de la Révolution française. Le Parlement a été pensé comme le représentant de la nation. Par conséquent, il a été appelé à en devenir le souverain. Cela s'est traduit par une supériorité double. Premièrement les organes constitutionnels y compris l'exécutif, sont écrasés par ce nouveau pouvoir. Ensuite le corps des citoyens qui ne peut s'exprimer que par la volonté de l'assemblée des députés, se trouve assujetti au bon vouloir de ces derniers[1074].

Pour continuer, en 1875 les lois constitutionnelles se cantonnent à mettre en place un système de séparation des pouvoirs, qui n'est effectif qu'en apparence. Techniquement, il s'agirait de laisser entendre l'idée d'une gradation des pouvoirs. Si la Constitution accepte l'idée que le Parlement détient la capacité de représenter la volonté générale des citoyens, l'organisation générale des différents pouvoirs s'en trouve alors nécessairement altérée[1075].

B Un droit constitutionnel fondé sur la simple croyance

À l'image des actions du Conseil constitutionnel, il existe un réel écart entre l'idée d'un Parlement qui voterait les lois, et le Président de la République chargé de les exécuter. Nous percevons l'une des difficultés liées à la science positive, en matière politique. Par sa nature, elle semble avoir pour ambition de détruire ce que la science normative tente de construire[1076]. Dans un système juridique comme le nôtre, le pouvoir politique s'obtient par l'intermédiaire de la Constitution. Les lois permettent ce pouvoir d'exécution, pour obtenir des opportunités afin de s'exercer. Elles lui fournissent un

[1073] E. Dubout, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *op., cit*, p. 452.
[1074] R. Carré de Malberg, *La Loi expression de la volonté générale, op., cit*., p.22.
[1075] R. Carré de Malberg, *La Loi expression de la volonté générale, op., cit*., p.175.
[1076] B. De Jouvenel, De la politique pure, Calman-Lévy, coll. Liberté de l'esprit Paris, 1963, p. 62.

champ d'action, ainsi que des moyens utiles à ses agissements[1077]. Le système de 1875 représente un véritable frein à la souveraineté constitutionnelle. Le système législatif est clairement au sommet de la hiérarchie. Ses capacités sont identiques au pouvoir constituant. Cette logique repose sur l'idée que la volonté générale est toujours égale à elle-même, toujours souveraine peu importe l'objet auquel elle s'applique[1078]. Les distinctions entre lois ordinaires et constitutionnelles sont impossibles en ces circonstances[1079].

Les juristes positivistes et plus particulièrement les normativistes, semblent avoir trouvé une parade concernant la volonté exagérée du juge, de qualifier les faits juridiques. Ils considéreraient que le socle du caractère obligatoire de la norme constitutionnelle, ne serait pas elle-même juridique. En ayant recours à une telle logique, le texte de loi ne rentre pas dans leur système d'analyse. Ce dernier peut ainsi se replier complètement sur lui-même[1080]. La fiction liée au droit constitutionnel permet de pallier l'idée d'un droit, au centre de toute société humaine. Dans ce sens, le droit ne doit pas être perçu comme une finalité. Il serait seulement un intermédiaire, apte à établir un relais entre l'existence sociale et la diversité des idéaux qui caractérisent l'humanité[1081]. Cette logique ne signifierait pas selon certains auteurs, un affaiblissement de la Constitution. À défaut d'être une norme « en direct », elle serait une norme « en devenir », par la fiction.

La Constitution finit par posséder sa force normative, grâce au travail effectué sur le texte même. C'est cette spécificité qui lui permet de devenir un élément essentiel pour la société. Par l'écrit, la société serait capable de communiquer avec elle-même. Comme nous l'avons évoqué précédemment, la difficulté de donner un sens aux mots utilisés par la norme suprême pour définir la société, contraint les différents opérateurs à discuter, échanger et débattre, à propos du sens du texte[1082]. La fiction découle alors de ces conversations. Ce phénomène est renforcé par ce qu'un auteur comme Michel Crozier appela en son temps « l'accroissement des interrelations entre les hommes[1083] »,

[1077] R. Carré de Malberg, *La Loi expression de la volonté générale, op., cit*., p.43.
[1078] R. Carré de Malberg, *La Loi expression de la volonté générale, op., cit*., p.104.
[1079] P. Avril, *Les conventions de la Constitution, op., cit*, p.17.
[1080] V. F. Ost, « Le droit comme pur système », in P. Bouretz (dir), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, éd., Esprit, coll., Philosophie, Paris, 1991, pp. 139-162.
[1081] G. Bacot, *Carré de malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, op. cit.*, p. 66.
[1082] D. Rousseau, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], *op., cit*.
[1083] M. Crozier, « La crise des régulations traditionnelles », in Henri Mendras (dir.), *La sagesse et le désordre*, Paris, Gallimard, 1980, p.376.

que cela soit par le biais de l'évolution du progrès scientifique et technique. N'oublions pas d'ailleurs l'essor des moyens de communications, encore plus renforcé aujourd'hui par l'Internet.

Nous avons là une parade contre les remarques de Madame de Staël, lorsque celle-ci écrivait que : « l'assemblée constituante a toujours cru, bien à tort, qu'il y avait quelque chose de magique dans ses décrets. Mais son autorité, sous ce rapport, ressemblait à celle du ruban qu'on avait tendu dans le jardin des tuileries, pour empêcher le peuple de s'approcher du palais : tant que l'opinion fut favorable à ceux qui avaient tendu ce ruban, personne n'imagina de passer outre[1084] ». Ces considérations restent cependant cantonnées au bon vouloir des citoyens, car comme elle le fait elle-même remarquer : « dès que le peuple ne voulut plus de la barrière, elle ne signifia plus rien[1085] ». De la même façon, le droit constitutionnel ne s'imposerait aux hommes, non pas par la démonstration de légitimité qu'il propose de lui-même, mais par la simple pression psychologique qui en découle. Les hommes ne respectent pas le droit, car ils y sont forcés. Ils le suivent, car ils lui donnent d'eux même une valeur. Dès le moment où la Constitution n'est plus qu'un texte, les contraintes qui s'en dégagent s'évaporent.

II La théorie du droit constitutionnel une réalité concrétisée par la fiction

Le droit constitutionnel apparaît comme fondé sur la théorie. Cette dernière se caractérise par sa difficulté à être vérifiée, de façon concrète et explicite. La Constitution et le bien supposé de ses normes, à défaut d'être totalement vérifiables, ne peuvent non plus être entièrement déniés. Le doute persiste sur la véracité de la norme suprême, mais pourtant ce même élément lui permet de perdurer. Le doute est suffisamment fort pour contraindre à son respect (A). Le droit constitutionnel reste considéré comme perfectible. Pour cette raison, l'emploi de la fiction est nécessaire. Il cautionne également les modifications qui vont permettre de renforcer la théorie constitutionnelle. Sa nature d'œuvre inachevée, autorise cette procédure. Sans cela la norme suprême par son caractère sacré, serait inaltérable (B).

[1084] Madame de Staël, *Considérations sur la révolution française*, Tallandier, coll. In-Texte, Paris, 1983, p. 243.
[1085] Ibid.,

A Une rationalité interne du droit constitutionnel difficile à prouver

Dominique Rousseau écrit que ; « Retrouvant les thèmes vitalistes de la philosophie antirationnaliste, les juristes découvrent que le monde saisi par le droit devient un monde mort et que le droit saisi par le monde devient un droit qui perd ses attributs de créateur d'ordre et d'unité[1086] ». La particularité de la science juridique réside dans l'absence de vérité absolue. Rien ne peut être définitivement prouvé, si bien qu'il est difficile de déterminer qui a tort ou raison. Il existe seulement au sein de la doctrine, des croyances majoritaires et des courants minoritaires. Le discours juridique et la fiction qu'il entretient, se fondent par leur essence sur la mise en œuvre de mécanismes psychiques. Ces derniers ont une incidence concrète sur la vie quotidienne du sujet. « C'est ici que se révèle la fonction psychique du droit. Les figures de l'imaginaire politique et juridique permettent la mobilisation au niveau individuel des énergies psychiques[1087] ».

Si la notion de droit se trouve privée de son principe d'action, la fiction altère la perception de l'institution. Elle la métamorphose en une idée sans énergie. Elle devient incapable de s'inscrire dans le temps. La fiction au sein du droit constitutionnel devient intéressante sur le plan théorique. À l'instar de la pensée mythique, elle possède une capacité à révéler une « dialectique de l'instituant et de l'institué[1088] ». Cet état de fait amène à entretenir constamment le débat sur la nature du droit constitutionnel. Pierre Avril n'hésite pas à souligner le caractère illusoire des dispositions de la norme suprême. La Constitution ne peut apporter toutes les réponses. Les capacités contraignantes de la Constitution seraient nulles d'après l'auteur. Elle serait dans l'incapacité d'organiser quoi que ce soit ou de commander. Pierre Avril écrit ainsi que « le texte de la Constitution ne veut rien dire[1089] ».

Sur une idée similaire : « Il est également illusoire de penser que la constitution «veut dire» principe d'ordre d'où se déduisent logiquement toutes les règles de comportement des acteurs sociaux : nationale et, depuis la révision de 1992,

[1086] D. Rousseau « Question de Constitution », *op. cit.,* p. 23.
[1087] C. Pollmann & H. Rabault, « La fonction psychique du droit : l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *op. cit.,* p. 149.
[1088] F. Ost, *Le temps du droit, op. cit*., p. 180.
[1089] P. Avril, « Le juge et le représentant », *op. cit*., p. 151.

européenne, sociale et libérale depuis la constitutionnalisation des déclarations des droits de 1946 et de 1789, la constitution française mélange des principes trop contradictoires pour donner une unité à un champ juridique qui, dès lors, trouve plus son inspiration dans le jeu des intérêts spécifiques de l'oeuvre dans chacune de ses divisions que dans le droit de la constitution[1090] ». La Constitution française finirait par être dépourvue de sens, de par les appréciations multiples qui en émanent. La fiction permettrait d'appuyer un sentiment de cohérence, mais en vain. Par les différentes interprétations qui se dégagent de la norme constitutionnelle, il devient difficile de détacher une vérité unique.

Ce trouble représente également la force du droit constitutionnel. Il deviendrait invérifiable. La norme suprême ne peut appuyer qu'un seul sens. Nul ne peut réclamer une compréhension totale de la norme. La fiction ne peut être présentée comme irréel et finit par intégrer le champ des théories, qui s'articulent autour du texte fondateur. Il ne peut y'avoir de distinction entre le vrai et le faux, ce qui tend à rendre toutes théories acceptables, du fait de la difficulté à les vérifier pleinement. Le juge constitutionnel rend sa fiction plausible, et semblable à une forme de croyance. Son action également ne peut être totalement réfutée, à défaut d'être pleinement acceptée. Le droit constitutionnel continue à intriguer suffisament, pour ne pas être écartée du reste du système juridique. Il contribue à fournir des pistes jugées comme suffisamment pertinentes, pour être suivies.

B La fiction constitutionnelle, un élément du droit constamment renouvelé

Par ses multiples appréciations, la Constitution devient un sujet qui conduit à la discussion, et renforce le lien social. L'usage qui est fait de la norme suprême répond au dilemme auquel le droit et ceux qui le font, sont régulièrement confrontés. Le droit peut soit resté figé, et dans ce cas il prend le risque de finir par être ignoré. Autre possibilité, ses failles sont acceptées, comme ses éléments à corriger dans certains domaines. Sous ces conditions, il est possible pour le droit de rester en phase avec les réalités sociétales. Cette option a été retenue par les artisans du droit constitutionnel, faisant descendre la

[1090] D. Rousseau, « Question de Constitution », *op. cit.*, p. 20.

norme suprême de son piédestal. Dans le même temps, sa sacralité a été perdue. Comme référence normative, la Constitution se trouve dévaluée[1091]. Néanmoins, la fiction autour de ce droit constitutionnel vient déjouer les limites de la solution choisie, pour maintenir une législation efficace. C'est ainsi qu'elle est en mesure d'apparaître ou de disparaître, selon les besoins du moment.

La fiction au sein du droit constitutionnel, permet une meilleure appréciation des liens entretenus par le droit avec les faits. Le mythe par exemple, sert à séparer les constructions juridiques des contingences en rapport avec l'Histoire et le temps même. Les références à la fiction permettent de créer un équilibre entre deux temporalités. La première concerne le temps relatif de l'action et de la création. C'est elle qui confère au droit sa dynamique. La seconde touche au temps absolu du mythe porté par la fiction. Il permet aux institutions de s'inscrire dans la durée. Le droit parait difficile à envisager, s'il n'est pas appuyé par les notions de permanences que le mythe lui accorde. Il apparaît cependant inenvisageable, que le mythe soit détaché des aspects historiques, propre à la création juridique. Si la fiction est absente des principes de fondation du droit, ce dernier n'est plus qu'un ensemble de faits qui établissent leur propre cause. Il est donc soumis à « une mutabilité sans frein » dépourvue de cohérence[1092]. En outre, il se détache d'une interrogation fondamentale, liée au caractère obligatoire du droit[1093].

Lorsque des artifices plus anciens deviennent obsolètes, ils laissent leur place à d'autres fictions nouvelles. Cette technique permet également au droit d'évoluer aussi. L'aspect pragmatique de ce choix est indéniable. De même pour ce qui touche à des considérations dogmatiques, la fiction vient servir une politique juridique, comme par exemple pour ce qui concerne la sécurité juridique[1094]. Les sociétés contemporaines au travers de leurs aspirations contraignent à l'emploi d'un imaginaire juridique, progressivement plus puissant. Le droit constitutionnel notamment, se voit obligé de créer des repères symboliques nécessaires. Ce besoin est d'autant plus palpable, si l'on considère que les questions liées à l'identité nationales deviennent de plus en plus troubles. Dans le même sens, la collectivité semble avoir utilité de valeurs qui

[1091] P. Maisaline, F. Wiener, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *op., cit.*, p. 444.
[1092] F. Ost, *Le temps du droit, op. cit.,* p. 189.
[1093] Sur le sujet, voir S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll., L'interrogation philosophique, 1992, p. 371 ; Ainsi « l'univers du droit se révèle au philosophe travaillé de l'intérieur par un problème dont la réitération en des figures diversifiées touche toujours (…) à ce qui fait le fond du droit, à l'interrogation fondamentale : pourquoi les règles juridiques sont-elles obligatoires ? ».
[1094] D. Costa, « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit », *op., cit.,* p. 381.

pourraient la réunir davantage[1095]. Il devient nécessaire pour le droit d'être capable d'envisager des règles, pour l'ensemble de la vie sociale et non pour certains points précis.

[1095] G. De Geouffre de la Pradelle, « De l'emploi symbolique du droit », in D. De Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p.443.

Conclusion du chapitre 2 :

Par la fiction qui entoure la norme suprême, le droit constitutionnel révèle ses aspects les plus singuliers. Progressivement au travers de ses explications, le juge constitutionnel le transforme en objet juridique, évoluant sur un plan à part. Les autres catégories du droit occuperaient une place qui les relierait tous, mais le droit constitutionnel par sa nature de texte fondateur se situerait dans un autre espace. Le travail du juge constitutionnel serait donc spécifique. La fiction employée renforcerait ce sentiment. Cette situation se vérifierait par la difficulté qu'éprouvait le Conseil constitutionnel à ses débuts pour motiver ses décisions. Il s'agissait d'un travail inédit en France, que de s'attacher à protéger la Constitution pour lui conférer un caractère contraignant. La découverte du droit constitutionnel s'est révélée ardue. Il a été nécessaire de trouver des artifices capables de l'appuyer concrètement. La fiction est finalement employée, pour s'assurer que la norme suprême n'occupe plus une place obsolète, comme cela pouvait être le cas lors de la IIIème République. Le raisonnement du juge constitutionnel contribuerait à renforcer l'importance de la norme. Ce n'est pas un hasard si la Constitution la plus longtemps restée en vigueur, fut également celle qui resta écartée de l'ordre juridique. Il ne suffit pas qu'une norme suprême soit en vigueur, pour qu'elle puisse exister sur le plan juridique.

Il est également nécessaire de faire comprendre l'importance de son respect. La fiction constitutionnelle par des échos au passé de l'histoire française, a su imprégner l'esprit des gouvernants et des gouvernés. La norme suprême est entrée en résonance avec la compréhension de la population, pour que ses dispositions soient rattachées au sacré. Cette situation n'est pas dûe qu'au travail du rédacteur de la norme suprême. Le juge est également responsable de ce résultat. La valeur d'un droit ne vaut que par sa capacité à s'imposer en l'esprit de celui qui croit en lui. Une norme dépourvue d'une valeur de contrainte, n'est rien de plus qu'un écrit. Son pouvoir est alors inefficace. Ces artifices sont plus voyants pour la Constitution, que pour tout autre texte de loi. Les lois valent pour les hommes. Toute action engendre une réaction. Le juge ne fera qu'appliquer la norme, à la façon d'un théorème scientifique. De telles cérémonies sont cependant plus complexes à mettre en pratique, lorsque l'on touche au droit constitutionnel. Ce dernier n'est pas un droit à valeur effective immédiate, lors de sa proclamation. Tout au plus s'agit-il d'une promesse, un idéal à atteindre. Nous le

voyons, lorsque le juge est mis en difficulté dans sa capacité à donner une pratique concrète pour un droit prévu par la Constitution.

Tout au plus s'agit-il de valeurs assez généralistes, destinées à rassurer les citoyens sur leur rôle au sein de la société. Le droit constitutionnel devient une utopie, le reflet d'un idéal qui sera difficile à atteindre, mais qui reste cependant accessible, si la volonté des hommes tend vers cet objectif. Le juge constitutionnel devient un guide qui lit les textes. Il doit s'orienter en les prenant en considération, lorsqu'un choix lui est soumis. Ce n'est qu'à cette condition qu'il sert effectivement les citoyens, dont il a juré de défendre les intérêts. Néanmoins ces derniers ne doivent pas non plus se détourner du texte constitutionnel à la moindre occasion. Dans le cas contraire, ils s'empêcheront d'accéder à la promesse inscrite au sein de la Constitution. Il faut donc que le juge continue d'entretenir la fiction constitutionnelle. Pour cela, il ne doit pas donner des réponses trop certaines et définitives. Lui aussi doit rester dans le général et l'imprécision. Par ce stratagème, il lui sera toujours possible d'affiner les décisions suivantes, voir même de revenir sur des éléments passés. La vérité constitutionnelle devient possible à atteindre, car elle évite d'être contredite systématiquement. Le droit constitutionnel est plus une affaire de croyance, que de capacités concrètes.

Dès lors que les hommes cesseront de croire en la valeur de la Constitution, elle ne redeviendra plus qu'un écrit, ôtant par la même occasion toute la légitimité du reste de l'organisation juridique.

Conclusion du Titre 2 :

En développant ses compétences, le Conseil constitutionnel a révélé les problématiques liées à la pratique du pouvoir. Le juge n'était plus celui chargé de veiller à ce que les principes de séparation du pouvoir soient respectés par les différentes institutions juridiques. Il a contribué à faire du droit constitutionnel, un droit humain. Un facteur qui n'avait jusqu'alors jamais été réellement envisagé, par le pouvoir constituant originaire. La fiction constitutionnelle qui soulevait par exemple, la notion de volonté générale, a entraîné des répercussions en cascades. Elles ont piégé le juge dans les raisonnements qu'il avait lui-même développés. Le réalisme pourtant prôné par les juristes met de côté les lacunes de l'esprit humain, qui a tendance à édifier des constructions imaginaires, pour se les approprier progressivement. Le juge constitutionnel est contraint désormais de poursuivre le chemin qu'il a tracé. Autrement, c'est toute la fiction constitutionnelle édifiée et sa raison première qui s'effondrera. L'usage de la fiction renvoie aux fondements de la nature humaine. Si le droit n'était que l'apanage des institutions et non celle des hommes, cet élément serait en effet inutile. Ce n'est cependant pas le cas. La fiction sert à nourrir l'imaginaire des citoyens.

L'utilité d'un droit constitutionnel faisant abstraction d'une quelconque volonté humaine, permet d'effacer les intentions propres d'un auteur, qui motive chaque décisions. Pourtant ces dernières sont prises « au vu de la Constitution », comme si cette dernière était nourrie de désirs propres, qui contraignaient les juges à aller dans son sens. La responsabilité humaine est effacée et seul le texte peut être incriminé. L'écrit agit sur un plan différent de celui de l'homme. La situation permet d'éviter toutes formes d'affrontements contre les citoyens, que le Conseil constitutionnel a juré de protéger. Le choix des mots que le juge a souhaité mettre en avant ou non dans le texte, semble déterminant pour conférer un sens à l'écrit. Le juge essaye de se mettre à la place du pouvoir constituant originaire, mais il ne l'est pas. En procédant de la sorte, il crée une fiction où il se substitue à cette autorité. Nous serions ici tentés de penser que le pouvoir constituant originaire sert de bouc-émissaire. Il permet au juge constitutionnel de se dédouaner de ses responsabilités devant les citoyens. Par cette solution, ces derniers ne se sentent pas lésés par le système juridique, réputé servir leurs intérêts.

Il s'agit également d'une action qui a un autre revers. Le citoyen est plus déterminé à défendre ce qu'il comprend. Par un cortège de valeurs universelles, le droit constitutionnel est toujours imposé aux gouvernés, mais il est justifié par sa capacité à assurer un avenir, perçu comme utopique pour tous. Le juge constitutionnel devient le guide pour assurer un ordre nouveau. Il ne peut l'être que dans le cas où il est effectivement suivi. Il le sera s'il parvient à faire comprendre aux membres de la société, qu'il demeure leur meilleure alternative. Pour cette raison, le droit constitutionnel va être empreint d'une forme de psychologie, en développant un discours sur le rôle des citoyens pour la société même. Il va aussi s'attacher à ce qui définit la personne, en tant qu'être individuel. Le célèbre «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » révèle alors des inspirations nouvelles. Le droit confère à l'être humain sa nature. Sans cette intervention, il n'en serait rien. La fiction constitutionnelle continue à entretenir des parallèles avec le mythe religieux, en reprenant des mécanismes qui permettent son acceptation par le plus grand nombre.

Le conseil constitutionnel en profite d'ailleurs pour disséminer certains éléments, qui peuvent conduire à la crainte de la norme suprême dans le cas où il serait choisi de l'écarter de l'ordonnancement juridique. Le spectre d'une Constitution nouvelle qui proposerait moins de libertés que la précédente plane constamment, s'il devait être décidé de se détourner des valeurs de la norme suprême. Le Conseil constitutionnel continue alors à façonner son image de protecteur des citoyens et de gardien de la norme suprême.

Conclusion de la Partie II :

L'usage de la fiction constitutionnelle interroge le juriste. Elle illustre l'incapacité de l'être humain à s'affranchir des codes de la croyance mythologique passée. L'homme a instauré de nouvelles croyances par l'intermédiaire de la fiction, qu'elle soit juridique ou non. Au lieu de se consacrer à des figures déifiées mais humanisées, qui seraient présentées dans des temples, le citoyen s'est tourné vers les institutions juridiques. La norme suprême tente de déshumaniser au maximum ces représentations inédites, afin de masquer la partie susceptible d'échouer. La fiction constitutionnelle tente d'imposer une vérité prévue par la Constitution, mais qui ne saurait être remise en perspective. Autrement, c'est la légitimité du droit dans son ensemble qui menacerait de s'écrouler. Il n'est plus question de croire en un imaginaire archaïque, mais un imaginaire imposé par la technicité du droit. Lui seul suffirait à faire preuve de son exactitude. Le droit constitutionnel serait approuvé grâce à sa propre existence et replierait son univers sur lui-même. Les institutions juridiques assureraient la sacralité de ce droit constitutionnel. Les organisations sont présentées comme des figures protectrices, mais la norme constitutionnelle ferait abstraction de la figure humaine. Les sentiments et les motivations personnels seraient occultés par ce mode de pensée, fondé sur la logique.

Un tel état de fait vient cependant se heurter à une composante essentielle de la nature humaine. Celle qui vise la poursuite d'intérêts propres, au détriment des besoins de la collectivité. La défiance envers le Conseil constitutionnel a été entretenue. Était visé ici non pas l'institution présentée, mais les motivations qui animaient le juge. Pour cette raison, le droit constitutionnel est sorti de la sphère des juristes et des universitaires. Un outil comme la question prioritaire de constitutionnalité, a réaffirmé la place du citoyen au sein de l'organisation constitutionnelle qui auparavant empêchait son intervention. Ce constat a amené le Conseil constitutionnel à souffrir d'influences nouvelles, extérieures aux siennes. Cette situation est le résultat de l'évolution de son champ de compétence. En empiétant régulièrement sur des domaines nouveaux pour lesquels son action n'était auparavant pas envisagée, le juge constitutionnel a été confronté à des adversaires inédits. Le droit est alors victime des luttes intestines entre ces différents organismes, animés par la crainte humaine.

La fiction constitutionnelle doit alors être adaptée par ceux qui la manient, afin que la notion de vérité portée par la Constitution ne soit pas débattue. Au travers de

l'action du juge constitutionnel, la fiction vient assouplir les concepts juridiques. Il en résulte l'incapacité pour le juge constitutionnel de donner des réponses trop concrètes, trop appuyées ou trop définitives, dans le cas où par la suite sa position devrait être réévaluée. Par ce stratagème, le droit constitutionnel ne peut jamais concourir à permettre l'erreur. La vérité est préservée, non sans relever chez les auteurs du droit une pointe d'arrogance propre aux défauts de l'homme. Le droit par la fiction qu'il utilise, ne peut être contredit véritablement. Par ce stratagème un autre écueil est également contourné, celui d'un droit qui serait considéré comme trop obscur pour ceux envers qui il aurait vocation à s'appliquer. Un droit trop opaque, enraciné dans la seule compréhension de ceux qui le pratiquent, susciterait la défiance. Le droit constitutionnel est censé représenter les intérêts du peuple, par les décisions rendues par le juge constitutionnel. Il est cependant nécessaire d'anticiper l'action des mécontents, qui pourrait aboutir à la fin de la Constitution.

En ces circonstances, la norme suprême ne disparaît pas. Elle se borne à muer sous une forme en apparence nouvelle, mais en présentant les mêmes valeurs sous un angle inédit. Seul le pouvoir constituant originel est en mesure de donner sa légitimité à une Constitution qui à son tour, fondera le système juridique. Il ne peut être défait totalement. Les valeurs qui y sont présentées apparaissent comme étant de nature universelle, tout en proposant une forme d'utopie. Le pouvoir constituant originel continue d'inspirer les constitutions actuelles. La véritable fiction constitutionnelle serait celle qui prônerait un changement radical entre différentes normes suprêmes. La présence actuelle au sein du bloc de constitutionnalité d'un texte comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen, semble attester de l'incapacité pour les rédacteurs de la Constitution de réinventer totalement leurs écrits. Cette difficulté est propre aux moyens limités, laissés à une minorité de gouvernants pour imposer leur vision au plus grand nombre. La Constitution doit prévoir des valeurs fédératrices pour les citoyens. Ces valeurs n'évoluent guère avec le temps. Elles renvoient aux mêmes idéaux, l'égalité, la sécurité et la prospérité, par exemple.

Des généralités sont inscrites, pour que l'imaginaire de chacun puisse combler les imprécisions. Le plus grand nombre est alors satisfait, et il est possible pour différents groupes hétérogènes d'invoquer chacun leur vision de la Constitution. Régulièrement, de multiples regards entrent en contradiction. Le temps des désillusions s'installe et il devient alors nécessaire de réaffirmer le sens du texte fondateur, tel qu'envisagé par le

pouvoir constituant originel. Les sempiternels idéaux de la Constitution sont alors éclairés sous un jour nouveau, mais restent identiques.

Conclusion générale de la thèse

Le monde s'articule autour de trois composantes. La nature en est la première et la plus élémentaire. Elle représente par son état, une réalité capable de s'organiser seule sans la moindre intervention extérieure, pas même humaine. Le fonctionnement de la nature est pleinement indépendant et n'obéit qu'à ses propres règles. La science constitue un autre élément influencé par ce que le chercheur pense comprendre de la nature. Le but de la science est d'étudier cette nature, afin d'en comprendre les tenants et aboutissements. La science représente une activité de l'esprit. Elle permet d'établir un état des connaissances. Par son implication, elle va mettre en place des règles. Elles correspondraient à celles respectées par la nature. Le droit naturel servait à régir les comportements des hommes afin de leur éviter de se nuir. L'objectif était d'avoir une société viable. La science du droit a optimisé ce fonctionnement, en allant au-delà de ce qui était originellement présent. La science du droit constitutionnel occupe une fonction permettant d'assurer la pérennité de la société, qui a choisi de se plier à ces normes. La science repousse les limites que la nature s'est infligée, en recherchant, en analysant, en comparant, en expérimentant et en déduisant.

Il reste encore une troisième composante, beaucoup plus trouble par son caractère insaisissable. Il s'agit de l'inconnu. Par essence, il représente ce qui reste encore mystérieux et donc à déterminer. Il est constitué d'événements ou de réactions qui apparaissent, sans que la moindre explication ne puisse être donnée. Quelque chose qui paraît illogique et auquel le sens fait encore défaut. L'inconnu est bien présent en droit constitutionnel, puisque le juge doit parfois composer avec des situations qu'il ne peut prévoir. Il doit les anticiper et accepter qu'à certains moments, il sera probablement dépassé. Comme il manque parfois d'éléments sur lesquels il pourra fonder sa réflexion, le juge se doit d'imaginer et donc créer la fiction, pour pallier une éventuelle détresse à venir. La fiction en droit constitutionnel est bien réelle. Il ne s'agit pas là de paresse intellectuelle pour élaborer des solutions concrètes. Au contraire elle représente une stratégie inévitable, en réponse à la nature qui abrite encore une once d'inconnu. Si la fiction en droit constitutionnel peut provoquer une certaine gêne, c'est qu'elle remet en cause la capacité de l'homme à avoir toutes les réponses. Toutes n'ont pas encore été trouvées, de même que toutes les questions n'ont pas encore été posées. Il reste de nombreux mystères à résoudre. En attendant ce jour lointain où l'homme possédera

toutes les réponses car il aura totalement su appréhender son univers, la fiction sera là pour fournir des hypothèses de réponses qui permettront d'aller de l'avant.

Que le droit constitutionnel représente une discipline qui ait besoin d'avoir recours à la fiction pour perdurer n'est pas surprenant. En effet comme nous l'avions écrit dans l'introduction, le droit ne possède pas une réelle définition. Par conséquent, il est normal que l'imaginaire de l'homme prenne le pas pour apporter une réponse temporaire. L'usage de cet imaginaire représente une capacité inhérente à la nature humaine. L'homme est un animal qui a sacrifié l'instinct au profit de l'intelligence et aux autres activités de l'esprit comme la réflexion, elle-même portée par l'imaginaire. La fiction était vouée à intégrer le droit constitutionnel. La nature écrite d'une telle norme conduit à l'imprégner de la fiction, de par les valeurs utopiques qu'elle entend fonder. Le droit constitutionnel ne représente pas un droit à la portée pleinement effective. Il représente un idéal à atteindre, pour celui qui entend se soumettre à sa réglementation. Il est une promesse, qui entend rendre les hommes meilleurs. Le droit constitutionnel offre ainsi une alternative à l'état sauvage et à la nature humaine, telle que les penseurs comme Hobbes la concevaient.

Ces considérations amènent à faire du droit constitutionnel, une singularité au sein de l'ordonnancement juridique. Le droit constitutionnel peut faire délibérement usage de la fiction. Sa nature de promesse ne le place pas sur le domaine du concret. Son essence fictive est avant tout un problème pour les autres branches du droit, car la Constitution fonde leur légitimité. Si l'édifice sur lequel l'ordre juridique repose, est imagé, alors toute l'organisation s'écroule. La norme suprême est bien plus que le simple texte descriptif qui fonde la séparation des pouvoirs, comme Montesquieu l'avait présenté. Il s'agit d'un écrit déterminant pour fonder la place de l'homme au sein de l'ordonnancement juridique. La Constitution prévoit explicitement son statut, en lui conférant des droits et des devoirs. Des notions comme l'égalité sont cependant encore trop larges et mériteraient des explications supplémentaires. Là encore, nous serions tentés de penser qu'il s'agit d'une utopie.

Cela ne signifie pas pour autant, que cette égalité entre les hommes, ne sera pas pleinement effective un jour. Si la Constitution est une promesse, alors le juge constitutionnel pour sa part est un guide, chargé de conduire ses citoyens vers cet objectif. Ces appréciations font de la norme suprême, l'élément fondateur d'une mythologie moderne. Elle symbolise l'évolution de l'esprit humain, qui s'est détourné des divinités passées, pour élaborer un nouvel ordre de croyance avec en son centre le

droit constitutionnel. Le juge est un oracle chargé d'étudier les textes laissés par le pouvoir constituant originaire et de leur conférer un sens, dans notre société moderne. De par ces éléments liés à son travail, le juge est chargé d'établir de nouvelles fictions et de les présenter comme la vérité portée par la norme suprême. Les affirmations qui y sont contenues ne sauraient être démenties. Cependant, elles ne représentent pas non plus la connaissance absolue.

L'écrit doit permettre une vision suffisamment large ou floue, pour permettre à chaque membre de la société de rentrer en communion avec ce récit. La Constitution doit imprégner l'esprit et l'imaginaire de chacun, pour être approuvée par le plus grand nombre. Elle représente également un facteur d'inclusion sociale. Le juge ira même jusqu'à évoquer des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Le droit constitutionnel n'a donc pas une valeur universelle. Il est un élément déterminant pour construire l'image du territoire, sur lequel il entend s'appliquer. La fiction constitutionnelle invoque ainsi les grandes figures de l'imaginaire des citoyens, au travers notamment de l'histoire du pays qui est contée dans ses lignes. Ces éléments profitent de certaines faiblesses humaines, dictées notamment par l'égo. Le juge bien qu'il soit le représentant d'une organisation juridique, est également un homme. De ce fait, il est soumis aux vicissitudes de la condition humaine. La fiction constitutionnelle tente de dissimuler cette réalité, au point de prêter certaines qualités à l'écrit qui auraient tendances à le personnaliser. Les exigences constitutionnelles sont des considérations qui amènent à humaniser l'écrit juridique, jusqu'à lui prêter des intentions spécifiques.

Ce mécanisme sert à occulter les intentions des gardiens de la norme suprême et ses rédacteurs. En personnifiant la Constitution, la fiction occulte l'aspect temporaire des hommes soumis à la mortalité, pour renforcer l'éternité de la norme juridique. Ainsi, le juge constitutionnel est un simulateur, qui se substitue sur une courte période au pouvoir constituant originaire. Il emprunte sa position, mais est incapable de le faire définitivement disparaître. Le droit constitutionnel a besoin de simulacres, empruntés à la mythologie archaïque pour asseoir sa puissance. Ce faisant, le juge fait appel à des éléments qui dépassent les seules logiques techniciennes, sur lesquelles les juristes traditionnels prétendent se fonder uniquement. Le droit constitutionnel a besoin d'évoquer la fiction. Il lui est nécessaire de faire appel à un ailleurs psychologique, pour inspirer ses sujets. Ces derniers doivent se sentir suffisamment investis, pour que le juge puisse prétendre sérieusement être leur représentant. Sur cette question de la

représentation, nous pourrions écrire que le droit constitutionnel n'est pas la réalité, mais une simple suggestion de la réalité. Le besoin de croyance en l'irréel propre à l'homme, permet à la Constitution d'exister. Des notions comme la Constitution, l'équité, ou encore la justice, ne sont pas identifiables dans la nature. Elles justifient pourtant l'existence du droit constitutionnel et de la fiction qu'il porte. Pour conclure sur ce lien ténu entre le droit constitutionnel est le réel, nous pourrions emprunter les mots de Fédérico Féllini, qui ouvrent son film, *La Dolce Vita*, « Toute ressemblance avec la réalité, ne serait que pure fiction ».

Bibliographie:

I Manuels et dictionnaires

-ALLAND Denis, RIALS Stéphane. (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 2003, 1649 pages.

-ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, (G. Cornu dir.), 8ème éd., Paris, PUF, 2000, 925 pages.

- AVRIL Pierre, GICQUEL Jean, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2009, 128 pages.

- BRETHE DE LA GRESSAYE Jean, LABORDE-LACOSTE Marcel, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, 571 pages.

-FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MESTRE Jean-Louis, PFERSMANN Otto, ROUX André, SCOFFONI Guy, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 20ème édition, coll., Précis droit public, Paris, Septembre 2017, 1117 pages.

-LAPLANCHE Jean, PONTALIS Jean-Bertrand, *Vocabulaire de la psychanalyse*, Paris, PUF, 1997, 544 pages.

-POROT Alain, *Manuel alphabétique de Psychiatrie*, Presses Universitaire de France, Paris, 1996, collection Bibliothèque de psychiatrie, 768 pages.

-STARCK Boris, ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Introduction au droit*, Edition Litec, 4ème édition, Paris, 1996, 667 pages.

- VEDEL Georges, *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1949, 616 pages.

II Ouvrages :

A Ouvrages classiques :

- ARISTOTE, *De l'âme*, texte établi par A. Jannone, trad., E. Barbotin, Paris, *Les Belles Lettres*, coll., Universités de France, 1966, 120 pages.

- AUERBACH Eric, *Mimésis. La représentation de la réalité dans la littérature occidentale*, Paris, Gallimard, coll., Tel, 1968, 560 pages.

-BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, éditions Librairie philosophique J. Vrin, 5ème édition, 1967, Collection Bibliothèque des textes philosophiques, 257 pages.

- BACON Francis, *Novum Organum*, New-York, Collier & Son, 1911, 290 pages.

-BARTHES Roland, *La chambre claire : note sur la photographie*, Paris, Cahiers du Cinéma-Gallimard-Seuil, 1980, 193 pages.

-BARTHES Roland, *Mythologies*, Paris, édition du Seuil, 1970, collection Points, 233 pages.

-BENTHAM Jérémy, *A Comment on the Commentaries*, J. H. Burns, édition H.L.A. Hart, The Althone Press, University of London, 1977, 576 pages.

-BENTHAM Jérémy, *A Fragment on Government : Axiom of the happiness of the greatest number*, Edition www.WealthOfNation.com, 4 avril 2015, 147 pages.

-BENTHAM Jérémy, *A Fragment on the Government, being an examination of what is delivered on the subject of government in general in the introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*, London, T. Payne, 1776, 208 pages.

-BENTHAM Jérémy, *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, vol. 1, Londres, W. Pickering, 1823, 560 pages.

-BENTHAM Jérémy, *Bentham's Theory of Fictions*, KAY OGDEN Charles (dir.), Londres, Keagon, 1932, 161 pages.

- BENTHAM Jérémy, *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques*, Paris, éditions L.G.D.J. Bruylant, collection La pensée juridique moderne, 1996, 386 pages.

-BENTHAM Jérémy, *Bentham contre les droits de l'homme*, (dir.) BINOCHE Bertrand et CLERO Jean-Pierre, Paris, édition PUF, collection Quadrige Manuels, 274 pages.

-BENTHAM Jérémy, *Œuvres de Jérémy Bentham, tome 1, Traité de législation civile et pénale, Tactique des assemblées politiques délibérantes, Traité des sophismes politiques*, Bruxelle Société Belge de Librairie, 3ème édition, 1840, Hauman et Cie, 540 pages.

-BENTHAM Jérémy, *Théorie des fictions*, Association freudienne, 23 octobre 1997, Le discours psychanalytique, 347 pages.

- BENTHAM Jérémy, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 1, John Bowring (dir.), William Tait, Edinbourg, 1843, 580 pages.

-BENTHAM Jérémy, *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, John Bowring (dir.) éd., William Tait, Edinbourg, 1843, 600 pages.

-BOBBIO Norberto, *Essais de théorie du droit*, Paris-Bruxelles, Bruylant-LGDJ, coll., La pensée juridique, 1998, 286 pages.

- CAMBIER Cyr, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, F. Larcier, 1947, 548 pages.

- CAMPBELL Joseph, *Le héros aux mille et un visages*, Paris, J'ai lu, coll., Bien être, 2013, 633 pages.

- CARLYLE Thomas, *Les héros, le culte des héros et l'héroïque dans l'histoire*, Paris, Armand Colin, 1918, 381 pages.

-CARRE DE MALBERG Raymond, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, coll. Classiques, 1984, 228 pages.

- CASTORIADIS Cornélius, *Guerre et theories de la guerre. Écrits politiques, 1945-1997*, tome VI, Paris, Éditions du Sandre, 2016, 722 pages.

-CASTORIADIS Cornélius, *L'institution imaginaire de la société*, Editions Seuil, Paris, 1975, collection Points Essais, 503 pages.

-CICERON, *La république de Cicéron*, traduite d'après le texte découvert par M. Mai, Nouvelle édition, revue et corrigée par M. Villemain, Edition Didier et Compagnie, Libraires éditeurs, Paris, 1858, 403 pages.

-DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre Premier, Seconde édition, Edition Pierre Pierre Auboüin Libraire de Meffeigneurs les Enfants de France, Pierre Emery et Charles Clouzier, Paris, 1697, 513 pages.

- DUGUIT Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, coll., Bibliothèque Dalloz, 2003, 500 pages.

-DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. La Mémoire du Droit, 2ème édition, coll. Bibliothèque Léon Duguit, Paris, 1999, 220 pages.

- FOUCAULT Michel, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, coll., Nrf, 1971, 88 pages.

- GADAMER Hans-Georg, *Vérité et méthode. Les Grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1976, 350 pages.

- GENY François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la technique de la méthode juridique*, Tome III, Paris, Sirey, 1921, 522 pages.

-GOYARD-FABRE Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, coll., L'interrogation philosophique, 1992, 438 pages.

- HAURIOU Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 2ème édition, 828 pages.

-HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Ecrits politiques*, Paris, Champ libre, 1977, 422 pages.

- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Principes de la philosophie du droit ou Droit naturel et science de l'Etat en abrégé*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2e édition, 1989, 352 pages.

-HOBBES Thomas, *Le Léviathan*, Paris, éd., Folio, coll., Folio Essais, 2000, 1024 pages.

-HOLTON Gérard, *L'imagination scientifique*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1981, 496 pages.

-JELLINEK Georg, *L'Etat moderne et son droit : Tome 1 Théorie générale de l'Etat*, Paris, Pantheon-Assas, coll., Les introuvables, 2005, 574 pages.

-KANT Emmanuel, *Critique de la raison pure*, Edition, Flammarion, 3ème éd., collection GF., Paris, 2006, 749 pages.

-KELSEN Hans, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1996, 616 pages.

-KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, 376 pages.

- KANTOROWICZ Ernst, *Les deux corps du roi : Essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Paris, Folio, coll., Histoire, 2020, 896 pages.

-LEVI-STRAUSS Claude, *L'identité Séminaire interdisciplinaire*, PUF, Paris, 1977, 348 pages.

-LLEWELLYN Karl, *The Bramble Bush : On our law and its Study*, New-York, Oceana Publications, 160 pages.

-LUHMANN Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort sur le Main, Suhrkamp Verlag, 1995, 598 pages.

-LUHMANN Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Francfort sur le Main, Suhrkamp Verlag, 1998, 11664 pages.

-LUHMANN Niklas, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Francfort sur le Main, Suhrkamp Verlag, 6e éd., 1996, 675 pages.

-MADAME DE STAËL, *Considérations sur la révolution française*, Tallandier, coll. In-Texte, Paris, 1983, 693 pages.

- MALINOWSKI Bronislaw, *The foundations of Faith and Moral*, Londres, Oxford, University Press, H. Milford, 1936, 62 pages.

- MANNONI Pierre, *La psychologie collective*, Paris, PUF, coll., « Que sais-je ? », 2e éd., 1994, 128 pages.

-MANNONI Pierre, *Les représentations sociales*, Paris, PUF, coll., « Que sais-je ? » 1998, 128 pages.

-NIETZSCHE Friedrich, *Par delà le bien et le mal. La généalogie de la morale*, Paris, Gallimard, coll., Œuvres complètes, 1971, 416 pages.

-NIETZSCHE Friedrich, *Humain, trop Humain. Un livre pour les esprits libres*, tome 1, Paris, Gallimard, NRF, coll. « Idées », 1968, 575 pages.

-ORWELL Georges, *Ecrits politiques (1928-1949). Sur le socialisme, les intellectuels & la démocratie*, Marseille, Agone, coll. Banc d'essais, 2009, 401pages.

-PLATON, *Protagoras*, ILLDEFONSE Frédéric (dir.), Paris, Flammarion, coll. Garnier Flammarion/ Philosophie, 1997, 265 pages.

-RAWLS John, *Théorie de la justice*, Paris, édition Points, 7avril 2009, collection Points Essais, 665 pages.

-RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, 431 pages.

-ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, Paris, éditions Flammarion, 31 décembre 2011, collection GF, 255 pages.

-SOREL Georges, *La décomposition du marxisme*, Paris, édition Presses universitaires de France, 1982, collection Recherches politiques, 260 pages.

-VAIHINGER Hans, *Die Philosophie des Als Ob- System der theiretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menscheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Leipzig F. Meiner, 4ème éd, 1920, 804 pages.

- VAIHINGER Hans, *La philosophie du comme si*, Paris, Edition Kimé, 2008, 340 pages.

- VON SAVIGNY Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, 250 pages.

- VON SCHELLING Friedrich Wilhelm Joseph, *Introduction à la philosophie de la mythologie*, Gallimard, coll., Bibliothèque de philosophie, 1998, 564 pages.

-WEBER Max, *Le savant et le politique*, Paris, édition La découverte, 2003, coll., La découverte/Poche, 210 pages.

-WEBER Max, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, coll. Recherches politiques, 1986, 242 pages.

-WEIL Simone, *L'enracinement, Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*, Gallimard, Paris, 1949, 381 pages.

- WEIL Simone, *La pesanteur et la grâce*, Plon, Paris, 1948, 214 pages.

-WENDELL HOLMES JR Oliver, La voie du droit, Dalloz, 25 juin 2014, collection Tiré à part, 92 pages.

-WILLIAMS David, *Observations sur la dernière Constitution de la France*, Paris, Hachette Livre, BNF, 1793, réed, 2018, 54 pages.

B Ouvrages modernes :

-ANGENOT Marc, *Le rationnel et le raisonnable, sur un distinguo de Chaïm Perelman*, Montréal, 2012, Le discours social, vol XLII, 159 pages

- ANZIEU Didier, *Le groupe et l'inconscient. L'imaginaire groupal*, Paris, Dunod, 3e éd., 1999, 288 pages.

-AVRIL Pierre, *Les conventions de la Constitution*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Léviathan, 1997, 208 pages.

-BACHELARD Gaston, *Epistémologie*, Paris, P.U.F., coll. Sup, 1971, 216 pages.

-BACHELARD Gaston, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, coll., Bibliothèque des sciences philosophiques, 12e éd. Paris, J. Vrin, 1983, 256 pages.

- BACOT Guillaume, *Carré de malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 2001, 202 pages.

- BARANGER Denis, *Le droit constitutionnel*, Presses Universitaires de France, coll., Que sais-je, 2013, 128 pages.

- BEAUD Olivier, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1994, 512 pages.

- BÖCKENFORDE Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, Bruylant L.G.D.J., 2000, 318 pages.

-BORELLA François, *Eléments de droit constitutionnel*, Presses de Science po, coll., Références, 2008, 440 pages.

-BROEKMAN Jan, *Recht en antropologie*, Amsterdam, Antwerpen, coll., Rechtstheorie, 1979, 193 pages.

-BRIMO Albert, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Editions A. Pedone, 3ème éd., 2018, 533 pages.

- BRUNET Pierre, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2004, 396 pages.

- BURDEAU Georges, *Traité de science politique*, t. IV, 3e éd., Paris, LGDJ, 3e éd., 1984, 693 pages.

-CABANNE Jean-Claude, *Ecrits Politiques et constitutionnels*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, 275 pages.

-CAIRE Anne-Blandine, *Les fictions en droit: Les artifices du droit les fictions*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand, Clermont Ferrand, collection Centre Michel de l'Hospital, Clermont Ferrand, 2015, 194 pages.

- CAMY Olivier, *Droit constitutionnel critique. Essai de théologie juridique*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2007, 122 pages.

- CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1998, 348 pages.

-CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, Paris, Collection Forum, 1998, 276 pages.

-CARBONNIER Jean, *Flexible droit textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10ème édition., Collection anthologie du droit, 2001, 493 pages.

-CASSIRER Ernst, *Die Philosophie der symblischen Formen, Formen. III, Phänomenologie der Erkenntnis*, Hambourg, éd.,Meiner, coll., Philosophische Bibliothek, 2010, 598 pages.

-CASSIRER Ernst, *Le mythe de l'Etat*, Gallimard, Paris, Collection Bibliothèque de Philosophie, 1993, 402 pages.

-COHENDET Marie-Anne, *Le Président de la République*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002, 159 pages.

-DABIN Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1935, 367 pages.

-DE JOUVENEL Bertrand, *De la politique pure*, Calman-Lévy, coll. Liberté de l'esprit Paris, 1963, 308 pages.

-DE MONTALIVET Pierre, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006, coll.Thèmes & Commentaires, 680 pages.

-DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, Collection Les voies du droit, 332 pages.

-DELMAS-MARTY Mireille, *Pour un droit commun*, Seuil, coll. Librairie du XXIème siècle, Paris, 1994, 320 pages.

-DELNOY Paul, *Eléments de méthodologie juridique*, Larcier, Bruxelles, 3ème éd, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2008, 448 pages.

- DETIENNE Marcel, VERNANT Jean-Pierre, *Les ruses de l'intelligence : La mètis des Grecs*, Flammarion, coll., Champs, 1993, 316 pages

- DESSUANT Pierre, *Le narcissisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3e éd., 1994, 128 pages.

-DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnels français*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, 1998, 580 pages.

-DUFOUR Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1991, 288 pages.

-DURAND Gilbert, *L'imaginaire. Essai sur la science et la philosophie de l'image*, Paris, Hatier, coll., Optiques Philosophie, 1993, 79 pages.

-DUVERGER Maurice, *Les partis politiques*, A. Colin, Paris, 1951, 476 pages.

-DWORKIN Ronald, *L'empire du droit* (1986), Paris, PUF, collection Recherches politiques, 1994, 468 pages.

- DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll., Léviathan, 1995, 515 pages.

-EDELMAN Bernard, *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann, coll., Le Bel Aujourd'hui, 2007, 288 pages.

-ELIADE Mircea, *Aspect du mythe*, Paris, édition Gallimard, coll., Idées, 1963, 246 pages.

- ELIADE Mircea, *Le mythe de l'éternel retour,* Paris, Gallimard, Folio Essais, 1989, 192 pages.

-ELIADE Mircea, *Traité d'histoire des religions*, Paris, Payot, 1991, collection, Bibliothèque historique, 395 pages.

-ENGISCH Karl, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, Urban-Taschenbücher, 1983, 329 pages.

-FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, septembre 2005, 1065 pages.

- FERRAJOLI Luigi, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, (vol I.), Laterza, 2007, 1031 pages.

- GAUCHET Marcel, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, coll., Bibliothèque des histoires, 1995, 288 pages.

-GAY Laurence, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Paris, Emile Bruylant, 2007, coll. Droit public comparé et européen, 826 pages.

- GENETTE Gérard, *Fiction et diction*, Paris, Seuil, coll., Poétique, 1991, 150 pages.

-GENEVOIS Brunos, *La jurisprudence du conseil constitutionnel : Principes directeurs*, Paris, Editions S.T.H., 1988, 406 pages.

-GERNET Louis, *Droit et institutions en Grèce antique*, Flammarion, Paris, coll. Champ historique, 1982, 336 pages.

-GOYARD-FABRE Simone, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris, Klincksieck, 1972, 350 pages.

-GREIMAS Algirdas-Julien, *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Seuil, 1976, Points, 215 pages.

-GUENIFFEY Patrice, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Editions de l'Ecole des Hautes Etudes et Sciences Sociales, coll. Recherche d'histoire et de sciences sociales, 1993, 559 pages.

-GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, *Le référendum*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 2ème éd., 1994, 127 pages.

-GUIMELLI Christian, *La pensée sociale*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, 128 pages.

-HAMBURGER Käthe, *Logique des genres littéraires*, Paris, Seuil, coll., Poétique, 1986, 312 pages.

-HART Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 3ème éd., 400 pages.

-HUMMEL Jacky, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2010, 171 pages.

-ISER Wolfgang, *Das fiktive und das Imaginäre-Perspektiven literarischer Anthropologie*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1993, 522 pages.

-JAUME Lucien, *Hobbes et l'Etat représentatif moderne*, Paris, Presses Universitaires de France, Philosophie d'aujourd'hui, 1986, 240 pages.

-JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 2005, 164 pages.

- KAES René, *Les théories psychanalytiques du groupe*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, 127 pages.

- LADRIERE Jean, *L'articulation du sens. Discours Scientifique et parole de la foi*, Paris, co-éditeurs Desclée de Brouwer, Delachaux & Niestlé, Editions du cerf, Aubier Montaigne, coll., Bibliothèque des sciences religieuses, 246 pages.

- LASCOMBE Michel, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, L'harmattan, coll. « Logique juridique », 8ème éd., 2002, 378 pages.

-LAVAL Christian, *Jeremy Bentham : Le Pouvoir des fictions*, Paris, PUF, coll. « Philosophes », 5 novembre 2015, 125 pages.

-LAVOCAT Françoise, *Usages et théories de la fiction-Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVIè-XVIIIè siècles)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. Interférences, 2004, 259 pages.

-LEFAURE Claude, *Eléments d'une critique de la bureaucratie*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1979, 392 pages.

- LEFAURE Claude, *L'Invention démocratique: Les limites de la domination totalitaire*, Paris, Fayard, 1994, 331 pages.

-LEGENDRE Pierre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique,* Paris, Seuil, coll. « Champ freudien », 1974, 267 pages.

- LEGENDRE Pierre, *Leçons I. La 901e conclusion, Étude sur le théâtre de la Raison*, Paris, Fayard, 1998, 466 pages.

- LEGENDRE Pierre, *Leçons II. L'Empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, 252 pages.

-LEGENDRE Pierre, *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, 407 pages.

-LEITER Brian, *Naturalizing Jurisprudence : Essays on Americain Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 287 pages.

-LENOBLE Jacques et OST François, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1980, 590 pages.

-LOHMANN Hans-Martin, *Sigmund Freud*, Reinbek, Rowohlt Taschenbuch Verla, 1998, 157 pages.

- LORAUX Nicole, *Façons tragiques de tuer une femme*, Paris, Hachette, 1985, 128 pages.

-MADAULE Jacques, *Histoire de France, tome 3 De la IIIème à la Vème République*, Paris, Gallimard, coll. Idées-NRF, 1966, t. 3, 384 pages.

-MARSHALL Terence, *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel : La France et les Etats Unis*, La Garenne-Colombes, Espace européen, coll. Droit et sciences sociales, 1992, 406 pages.

- MATHIEU Bertrand, VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnels des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Manuels, 2002, 790 pages.

- MATTEI Jean-François, *Platon et le miroir du mythe. De l'Âge d'or à l'Atlantide*, Paris, PUF, coll., Thémis Philosophie, 1996, 328 pages.

- MAULIN Eric, La théorie de l'Etat de Carré de Malberg, Paris, PUF, coll., Léviathan, 2003, 352 pages.

-MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 2004, 390 pages.

- MERTENS Wolfgang, *Psychoanalyse : Grundlagen, Behandlungstechnik Und Anwendung*, Berlin, Köln, Kohlhammer Urban, 5e éd., 1996, 292 pages.

- MIAILLE Michel, *L'État du droit. Introduction à une critique du droit constitutionnel*, Saint-Martind'Hères, PUG, coll., Critique du droit, 1980, 275 pages.

-MICHON Pascal, *Les rythmes du politique : Démocratie et capitalisme mondialisé*, Paris, Ruthmos, coll. Rythmanalyses, 2015, 316 pages.

-MITSOPOULOS Georges, *Le problème de la notion de fiction juridique*, Athènes, Académie d'Athènes, Centre de recherches sur la philosophie grecque, 2001, 257 pages.

-MONJAL Pierre-Yves, *Recherche sur la hiérarchie des normes communautaires*, L.G.D.J, coll., Bibliothèque de droit international, Paris, 2000, 629 pages.

- NANCY Jean-Luc, *Au fond des images*, Paris, Galilée, coll., Ecritures/ figures, 2003, 181 pages.

-OPPETIT Bruno, *Droit et modernité*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection doctrine juridique, 1998, 299 pages.

-OST François, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, coll. Histoire et document, 1999, 376 pages.

-OST François, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, Collection Histoire et document, 2004, 320 pages.

-OTT Walter, *Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ème éd., 1992, 282 pages.

-PARSONS Talcott, *Politics and social structure*, New-York, Free Press, 1969, 557 pages.

-PECZENIK Aleksander, *The basis of Legal Justification*, Edition Université de Lund, Lund, 1983, 218 pages.

-PERELMAN Chaim, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Editions Montchrestien, 30 octobre 2008, Collection Thèse du fond, 203 pages.

-PERELMAN Chaim et FORIERS Paul, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, 350 pages.

- PRELOT Marcel, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Dalloz, 1952, 624 pages.

- REDOR Marie-Joëlle, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica, Paris, Collection, Droit public positif, 1992, 390 pages.

-REMY Dominique, *Les lois de Vichy, Actes dits « lois » de l'autorité de fait se prétendant « gouvernement de l'Etat français*, Paris, Romillat, coll. Retour au texte, 2004, 256 pages.

- RIALS Stéphalne, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll., Pluriel, 1988, 771pages.

-RICŒUR Paul, *Le conflit des interprétations, essais d'herméneutique*, Editions du Seuil, coll., L'ordre philosophique, 1969, 500 pages.

- RIGAUX François, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966, Bruylant, 483 pages.

-ROAZEN Paul, *La pensée politique et sociale de Freud*, Bruxelles, Complexe, coll. Textes, 1976, 231 pages.

-ROSANVALLON Pierre, *La crise de l'Etat providence*, Paris, éd. Points, coll., Points essais, 2015, 192 pages.

-ROSSET Clément, *Le réel et son double : Essai sur l'illusion*, Paris, Folio, coll., Essais, 1993, 129 pages.

- ROUSSEAU Dominique, VIALA Alexandre, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, coll. Pages d'Amphi, 2004, 480 pages.

-SOWELL Thomas, *The Quest for Cosmic Justice*, Michigan, Free press, 1999, 214 pages.

-SCHIAVONE Aldo, *IUS, L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, coll. L'antiquité au présent, 2008, 539 pages.

-SCHMITT Carl, *Théorie de la Constitution*, [1928], Paris, PUF,coll. Quadrige, 2008, 316 pages.

-SEARLE John, *Les actes de langage: Essai de philosophie du langage*, Paris, Hermann, coll. Savoir, 2009, 261 pages.

-SERGENT Bernard, *Les Indo-européens. Histoire, langues, mythes*, Paris, Payot, coll., Bibliothèque scientifique, 2005, 536 pages.

-TARDE Gabriel, *Les transformations du droit, étude sociologique*, Editions Berg International, Paris, 1994, collection Histoire des idées, 216 pages.

- TROPER Michel, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « Léviathan », 2001, 334 pages

-TROPER Michel, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Léviathan, 1994, 360 pages.

-THOMAS Yann, *Les opérations du droit*, Paris, Le Seuil, coll. Hautes Etudes, 2011, 384 pages.

-TUSSEAU Guillaume, *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel*, Editions L'Harmattan, 1er janvier 2001, collection Logiques juridiques, 322 pages.

- UNIVERSITE DE PARIS II, *La Constitution et l'Europe, Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Montchrestien, Paris, 1992, 372 pages.

- VIALA Alexandre, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Cours Magistral », 2010, 240 pages.

-VEYNE Paul, *Les grecs ont-ils cru à leurs mythes? Essais sur l'imagination constitutante*, Editions du Seuil, Paris, 1983, Collection Des Travaux, 161 pages.

- VILLEY Michel, *Seize essais de philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1968, 370 pages.

- ZAGREBELSKY Gustavo, *Le droit en douceur*, Paris, Economica, coll., Droit public positif, 2000, 153 pages.

III Contribution d'ouvrages

-AVRIL Pierre, «Le Président de la République représentant de la Nation », *in Constitution et finances publiques. Etudes en l'honneur de Loïc Philip*, Economica, 2005, pp.31-41.

-AVRIL Pierre, « Application de la notion de convention de la Constitution à quelques problèmes constitutionnels français » *in Présence du droit public et des droits de l'homme Mélanges en l'honneur de Jacques Velu*, Bruxelle, Bruylant, 1992, pp. 283-295.

- BACHELARD Gaston, « Noumène et microphysique », *in Etudes*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, coll., Bibliothèque des textes philosophiques, 1970, pp. 11-24.

- BARTHES Roland, « Texte (théorie du) » in E. Marty (dir.), Œuvres complètes, t. IV, éd., Seuil, 2004, pp. 443-459.

-BAUDOUIN Jean-Louis, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes-Aspects nouveaux », in *La Vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1987, t.38, Paris, Economica, 1989, 779 pages.

-BELORGEY Jean-Michel, « Avant –propos », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.361-366.

-BRUNET Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in O. Jouanjan, C. Grewe, E. Maulin & P. Wachsmann (dir.) *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, pp. 115-135.

-BURDEAU Georges, « Une survivance la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public : Etudes en l'honneur d'Achille Mestre,* Sirey, Paris, 1956, pp. 53-62.

-BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Les résistances des Etats de droit », in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 423-458.

-BRUNET Pierre, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin et P. Wachsman (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 115-135.

- CANIVET Guy, MOLFESSIS Nicolas, « L'imagination du juge », *in La procédure en tous ses états, Mélanges Jean Buffet*, Paris, L.G.D.J., coll., Mélanges, 2004, pp.131-147.

-CAPITANT René, « Le droit constitutionnel non écrit », in *Mélanges François Gény*, t. III, Paris, Sirey, 1934, pp. 1-8.

-CARRINO Agostino, « De la constitution matérielle », in DE BECHILLON Denys, BRUNET Pierre, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique & MILLARD Eric, *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 239-247.

-CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axiotéléologiques de normes », in P. Commanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 59-70.

-CHASSAGNARD-PINET Sandrine, « La place de la fiction dans le raisonnement juridique », S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 21-34.

-CHEVALLIER Jacques, « Le droit autorise-t-il la rêverie ? », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit, Bruxelles*, Bruylant, 2011, pp.125-129.

- CHEVALLIER Jacques, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, Paris PUF, 1983, pp.7-49.

- CONAC Gérard, « Article 11 », in G. Conac, F. Luchaire, *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1980, pp. 252-622.

-COSTA Delphine, « Lorsque les fictions déjouent les pièges du droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 367-382.

-COSTA-LASCOUX Jacqueline & JAUME Lucien, « La démocratie et le déclin de la confiance, une rupture dans la culture politique », in P. Perrineau, *Le désenchantement démocratique*, Paris, Editions De l'Aube, coll., Monde en cours, 2003, pp. 67-87.

- CROZIER Michel, « La crise des régulations traditionnelles », in H. Mendras (dir.), La sagesse et le désordre, Paris, Gallimard, 1980, pp. 371-387.

-DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, « De l'emploi symbolique du droit », in D. De Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, E. Millard (dir.), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica 2006, pp.441-451.

-DECONCHY Pierre, « Systèmes de représentations et croyances idéologiques », in S. Moscovici (dir.), *Psychologie sociale*, Paris, Puf, coll., Fondamental, 4ème édition, 1992, pp.331-355.

-DESMONS Eric, « La planète des sages. Le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie », *in* M. Doat & P. Charlot (dir.) *Liber Amicorum Darcy : Détours juridiques : Le praticien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp.231-251.

- DIMISKOVSKA Ana, « Les fictions jurisprudentielles et le raisonnement défaisable en droit », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 115- 142.

- DUPRAT Anne, « Mondes décrits / mondes prescrits : Sur la normativité des fictions littéraires », in S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 65-81.

- EDELMAN Bernard, « A propos des inventions juridiques », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 189- 202.

-FAVOREU Louis, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, pp. 235-244.

-FORIERS Paul, « Présomptions et Fictions », in Ch. Perelman, P. Foriers, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 7-26.

-FRANCOIS Bastien, « Justice constitutionnelle et démocratie constitutionnelle. Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in J. Chevallier (dir.), *Droit et politique*, P.U.F., Paris, 1993, pp. 53-64.

- FRANCOIS Frédéric, « Caractères généraux du langage » in A. Martinet (dir.), *Le langage*, Paris, Gallimard, coll., Encyclopédie de la Pléiade, 1968, pp. 20-45.

-GERNET Louis, « Droit et prédroit en Grèce antique », in L. Gernet, *Droit et institutions en Grèce antique*, Flammarion, Paris, coll. Champ historique, 1982, pp. 7-119.

- GUERRIER Olivier, « Les fictions juridiques et leur rapport au « littéraire » au XVIe siècle », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 35-50.

-JOUANJAN Olivier, « La forme républicaine du Gouvernement normes supraconstitutionnelle ? », in B. Mathieu & M. Verpeaux (dir.), La République en droit français, Economica, Droit public positif, Paris, 1996, pp. 267-287.

-KANT Emmanuel, « De la paix perpétuelle : Essai philosophique », *in Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, Paris, éd., Auguste Durand, 1853, pp.289-338.

- LACROIX Bernard, « Le politiste et l'analyse des institutions. Comment parler de la présidence de la République », *in* B. Lacroix, J. Lagroye (dir.), *Le Président de la République Usages et genèses d'une institution*, Paris, Presses de la fondation nationale de science politique, 1992, pp. 13-78.

-MAGNON Xavier, « L'accès à la justice dans la théorie générale du droit », in J. Bétaille (dir.), *Le droit d'accès à la justice en droit de l'environnement*, Paris, LGDJ-lextenso, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2016, pp. 27-48.

-MATHIEU Bertrand, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in P. Fraisseix (dir), *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 301-305.

-MAZERES Jean-Arnaud, « Introduction au droit », in M. Doat, G. Darcy (dir.), *L'imaginaire en droit*, éd., Bruylant, Bruxelles, 2011, pp.1-24.

- MILLARD Eric, « Réalisme », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. Quadrige, Paris, 2003, 1640 pages.

-MOUTON Jean-Denis, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin : l'Union européenne : Union de droit, Unions des droits*, Pedone, Paris, 2010, pp.145-154.

-MOUTON Jean-Denis, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire ? », *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle* (collectif), éd. Pédone, Paris, 2004, pp.463-477.

- MURZILLI Nancy, « Valeur modale, valeur normative de la fiction ? », in S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), Normes et fictions, *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 83-94.

- OST François, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge » in P. Bouretz (dir.) *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272.

- OST François, « Le droit comme pur système », in P. Bouretz (dir), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, éd., Esprit, coll., Philosophie, Paris, 1991, pp. 139-162.

- PFERSMANN Otto, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in Louis Favoreu (et alii), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 89-140.

-PFERSMANN Otto, « Les modes de la fiction : droit et littérature », in LAVOCAT Françoise (dir.) *Usages et théories de la fiction-Le débat contemporain à l'épreuve des textes anciens (XVIè-XVIIIè siècles),* Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. Interférences, 2004, pp. 39-61.

-PIMENTEL Carlos Miguel, « Quelques remarques sur les origines intellectuelles du pluralisme politique », in FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2007, pp.29-52.

- REBOUL Anne, « Résistance imaginative et norme fictive », in S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), Normes et fictions, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 51-63.

- RICOEUR Paul, « L'imagination dans le savoir et dans l'action » *in* Henri Van Camp (dir.), *Savoir, faire, espérer. Les limites de la Raison*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, coll., Générale, 1976, pp. 207-228.

-RIVERO Jean, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », in *Pages de Doctrines*, Paris, L.G.D.J, pp.3-10.

-RIVERO Jean, « Fictions et présomptions en droit public français », in C. Perelman, p. Foriès, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 101-113.

- ROUSSEAU Dominique, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », *in* G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Economica, 1999, pp. 363-376.

- SAÏDAH Jean-Pierre, « Drieu la Rochelle ou les illusions de la régénérescence », in Y. Vadé (dir.), *Le retour à l'archaïque*, Bordeaux, Presses Universitaires, 1996, pp. 195-222.

-SAVY Robert « Sur deux mythes constitutionnels », *in Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères* (collectif), Paris, Lexis Nexis, Collection Mélanges, 2009, pp. 731-740.

- SEGUR Philippe, « Temps et illusion en droit constitutionnel », *in Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères* (collectif), Lexis Nexis, Paris, Collection Mélanges, 2009, pp. 741-751.

- SIEVERS Juliele Maria, « Peut-on respecter une norme impossible », in S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 143-159.

- SIEYES Emmanuel Joseph, Séance du 7 septembre 1789 , *in Archives administratives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, tome VIII, Paris, Librairie administrative de Paul Dupont, Collection les archives de la revolution française, 1884, 804 pages.

- TIMSIT Gérard, FRANCOIS Bastien, ROUSSEAU Dominique, PIZZORUSSO Alessandro, DE BECHILLON, « L'émergence d'un concept ? », in S. Brondel, N.

Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 325-370.

- TOURNON Jean, « Représenter ou gouverner il faut choisir », in François. d'ARCY (dir.), *La représentation*, Paris, Economica, 1985, pp.107-119.

-TROPER Michel, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in P. COMANDUCCI Paolo & GUASTINI Riccardo (dir.) *Analisi e diritto 1999. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2000, pp.131-144.

-TROPER Michel, « La théorie de l'interprétation et le problème de la supralégalité constitutionnelle », *in Mélanges en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1974, pp. 133-151.

- VAN ROERMUND Bert, « Les normes de droit comme images. Comment suivre une règle malgré le paradoxe wittgensteinien », *in* S. Rahman J.-M. Sievers (dir.), *Normes et fictions*, Paris, Collèges publications, 2011, pp. 173-198.

-VIGUIER Jacques, « Continuité juridique et innovation juridique », in H. Simonian-Gineste (dir.), *La discontinuité en droit*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, coll. Actes colloques, 2014, pp. 449-466.

IV Thèses et mémoires:

- ADAM Jean-Paul, *Le rétablissement de la légalité impériale d'après le Titre XV, 14 du Code Théodosien*, Paris, Mémoire, 1961, 110 pages.

-BLACHER Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001, 246 pages.

-BRUNET Pierre, *Vouloir pour la nation. Le concept de representation dans la théorie de l'Etat*, Paris-Bruxelles, Presses Universitaires de Rouen, LGDJ-Bruylant, 2004, 396 pages.

-COSTA Delphine, *Les fictions en droit administratif*, préf. E. Picard, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 2000, 614 pages.

- EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Aix-en- Provence, PUAM, 1986, 383 pages.

-GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Paris, 1972, 321 pages.

-MOLFESSIS Nicolas, *Conseil constitutionnel et droit privé*, édition L.G.D.J., coll. Thèses, Paris, 1997, 624 pages.

-RAYNAL Pierre-Marie, *De la fiction constituante, Contribution à la théorie du droit politique*, Paris, 2014, 593 pages.

-VIDAL-NAQUET Arianne, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Panthéon-Assas, coll., Thèses, 2007, 671 pages.

-WOODLAND Philippe, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, Paris, éditions Université Paris II, 1981, collection Thèses françaises, 622 pages.

V Articles :

- AMSELEK Paul, « Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public*, 1978, pp. 5-19.

- AOUISS Sara, BEULAY Marjorie, BOUSQUET Jérémy, BRETT Raphaël, M. CHRISTELLE Maxence, COMBRADE Bertrand-Léo, HUSSON-ROCHCONGAR Céline, JAMAY Florence, NETTER Emmanuel, RIDARD Basile, SENAC Charles-Edouard, « La QPC et les représentants d'intérêt : techniques d'influence et influences sur la technique », *Titre VIII, QPC 2020, les dix ans de la question citoyenne*, Hors-Série, 2020, pp.32-51

-AVRIL Pierre, « Enchantements et désenchantements constitutionnels, sous Vème République », *Pouvoirs*, n°126, 2008, p.5-16.

-BEAUD Olivier, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht : remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *R.F.D.A.*, n°6, 1993, pp.1045-1068.

-BIET Christian, « Droit, littérature, théatre, la fiction du jugement commun », *Raisons Politiques*, n°27, 2007, pp. 91-105.

-BRAIBAN Guy, « Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir », *EDCE*, 1961, n°15, pp. 53-65.

-BRUNET Pierre, « Que reste-t-il de la volonté générale? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français», *Pouvoirs*, n°114, septembre 2005, pp.5-19.

-BUSSI Michel, « Assurer la représentation des territoires…mais lesquels ? », *Pouvoirs locaux : Les cahiers de la décentralisation*, n°67, décembre 2005, pp.75-80.

- CAYLA Olivier, « Le jeu de la fiction entre comme si et comme ça », *Droits*, n° 21, juillet 1995, pp. 3-15.

-CAPITANT René, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929, réed., *RDP*, 1979, pp. 959-970.

-CAPORAL Stéphane, « Le peuple : un souverain sous contrôle », *Politeia Les Cahiers de l'Association française des Auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, n° 16, décembre 2009, pp. 529-558.

- CASTORIADIS CORNELIUS, « La découverte de l'imagination », *Libre*, n°3, 1978, pp. 151-189.

-CHABROT Christophe, « Ceci n'est pas une Vème République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/2, n°82, pp.257-272.

- CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue du Droit Public*, 1998, pp. 659-714.

-DANIELE Luigi, « Après l'arrêt Granital : droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers de droit européen*, Bruxelles, 1992, pp.3-21.

- DANZINGER Shai, LEVAV Jonathan, AVNAIM-PESSO Liora, « Qu'a mangé le juge à son petit déjeuner ? De l'impact des conditions de travail sur la décision de justice ». *Les cahiers de la justice*, n°4, 2015, pp. 579-588.

- DE LAMY Bertrand, « L'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : à propos, notamment, de la nécessaire courbure d'un principe essentiel », *Titre VIII*, n°4, 2020, pp. 9-17.

- DESMONS Eric, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, n° 32, 2001, pp. 21-32.

-DISSAUX Nicolas, FILIBERTI Emmanuelle, « Vous qui entrez ici… », *Revue Droit et littérature*, n°1, 2017, pp.3-4.

- DUBOUT Eric, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n°83, 2010, pp. 451-482.

-DUBUT Thomas, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009/4, n°80, pp. 749-764.

-DUVERGER Maurice, « Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait (à propos du gouvernement provisoire de la République), *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°61, vol. 51, 1945, pp.73-100.

- DWORKIN Ronald, « La chaine du droit », *Droit et société*, n°1, vol. 1, 1985, pp. 51-79.

- EDELMAN Bernard, « La fabulation juridique », *Droits*, n°41, 2005, pp. 199-218.

-EISENMANN Charles, « L'organisation constitutionnelle du troisième Reich : de Weimar à Potsdam », *Bulletin mensuel jaune*, n°9, 1934, pp. 194-203.

- EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. 11, 1966, pp. 25-43

- FAURE Bertrand, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n°21, 1995, pp. 47-77.

- FAVOREU Louis, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, t. 83, 1967, pp. 5-120.

- FAVOREU Louis, « Souveraineté et supraconstitutionalité », *Pouvoirs*, n°67, novembre 1993, pp. 71-77.

- FAVOREU Louis, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *Revue du Droit Public*, n°2, mars-avril 1982, pp. 377-433.

- FLAUSS Jean-François, « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », *Les Petites Affiches*, 23 juin 1997, pp.7-15.

- FOUCAULT Martial, « La Constitution de la Ve République va dans le sens du Président », *Titre VIII*, n°1, septembre 2018, pp. 18-24.

-FONTAINE Lauréline, « La violation de la Constitution: autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°6, 2014, pp.1617-1638.

-FRISON-ROCHE Marie-Anne, BARANES William, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *Dalloz*, n°23, 2000, pp. 361-368.

- FURET François, « Concepts juridiques et conjecture révolutionnaire », *Annales ESC*, n° 6, 1992, pp. 1185-1194.

-GENETTE Gérard, « Fiction ou diction », *Poétique*, n°134, 2003, pp. 131-139.

-GENEVOIS Bruno, « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, n°4, 2000, pp. 715-724.

- GEORGITSI Evangelia, « La spécificité de la Ve République et les classifications : une opposition fausse », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n°83, p.543-564..

- GUENAIRE Michel, « La Constitution ou la fin du politique », *Le Débat*, n° 64, 1991, pp. 146-153.

-HABA Enrique Pedro, « Sciences du droit-quelle « science » ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *Archives de philosophie du droit*, t.36, 1991, pp.165-187.

-HOLMES Oliver Wendell, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, n°10, pp.457-478.

-JAUME Lucien, « La representation, une fiction malmenée », *Pouvoirs*, n°120, janvier 2007, pp.5-16.

- JEAMMAUD Antoine, « La règle de droit comme modèle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 25, 1990, pp. 125-264.

- JOXE Pierre, « La loi est-elle l'expression de la volonté générale », *Après-demain*, 2008/3, n°7, pp. 11-14

-KALINOWSKI Georges, « L'interprétation du droit : ses règles juridiques et logiques », *Archives de philosophie du droit*, tome 30, *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, pp.171-180.

- KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *Revue de Droit Public*, 1928, pp. 197-257.

-KUMM Mattias, «Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice », *Common Market Law Review*, vol. 36, 1999, pp.351-386.

- LAVOCAT Françoise, « Le mensonge dans la cité. Fiction juridique contre fiction poétique », *Raisons politiques*, n°27, 2007, pp. 123-129.

-LEBEN Charles, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n°33, 2001, pp. 19-39.

-LEFEBVRE René, « Du phénomène à l'imagination : les Grecs et la phantasia », *Études phénoménologiques*, n° 22, 1995, pp. 97-136.

-LOSCHAK Daniel, « Droit normalité et normalisation », *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 51-77.

-MAGNON Xavier, « Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *Revue française de droit constitutionnel*, n°59, 2004/ 03, pp. 595-617.

- MAISALINE Pauline, WIENER Florence, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n°27, 1994, pp. 443-464.

- MARTIN Pierre, « Les élections sénatoriales : évolutions récentes et perspectives », *Pouvoirs Locaux : Les cahiers de la décentralisation*, n°67, 2005, pp. 71-74.

-MARTIN Sébastien, « L'identité de l'Etat dans l'Union européenne : entre identité nationale et identité constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, n°91, 2012, pp. 13-44.

-MATHIEU Bertrand, « Le respect par l'Union européenne des valeurs fondamentales de l'ordre juridique national », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, pp.141-143.

-MATHIEU Bertrand, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *Les Petites Affiches*, n°29, 8 mars 1995, pp.12-17.

-MATHIEU Bertrand, « La sécurité juridique, un produit d'interprétation désormais « Made in France ». (À propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) », *Recueil Dalloz*, 2000, n°4, pp.7-8.

-MERCUZOT Benoit, « La souveraineté de l'expression référendaire : un principe nécessaire au droit constitutionnel », *Revue de droit Public*, juin 1995, n°34, pp.661-699.

-MILLARD Eric, « Réalisme scandinave, réalisme américain », *Revues*, n°24, 2014, pp.81-97.

- MORIN Edgar, « Le grand dessein », *Le Monde*, 22 septembre 1988, pp. 22-23.

- PERELMAN Chaïm, « La spécificité de la preuve juridique », *Journal des Tribunaux*, n° 4255, 29 novembre 1959, p. 661-663.

-POLIDORI Marion, « La notion de Constitution vivante sous l'angle du constitutionnalisme italien contemporain », *Civitas Europa*, 2014, n°32, pp.213-223.

-POLLMANN Christopher & RABAULT Hugues, « La fonction psychique du droit: l'imaginaire juridique entre l'individu et le collectif », *Droit et société*, 2002/1, n° 50, pp. 121-153.

-POLLMANN Christopher, « La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé », *Revue du droit public et de la science politique*, n°2, 1999, pp. 481-499.

-PREVOST Jean-François, « Le droit référendaire dans l'ordonnancement juridique de la Constitution de 1958 », *Revue de Droit Public*, 1977, pp. 5-54.

-PROSA Lina, « Comment et pourquoi donner de l'espace à l'utopie en période de naufrage? », *Revue droit et littérature*, 2017, n°1, pp.97-105.

-PUNZY Antonio, « Pour une philosophie réaliste du droit », *Droit et société*, n°71, 2009, pp. 69-92.

- ROUSSEAU Dominique, « Questions de Constitution », *Politique et société*, vol. 19, 2000, pp. 9-30.

-RIALS Stéphane, « Entre artificialisme et idolâtrie », *Le Débat*, 1991, n°64, pp. 159-175.

- RIALS Stéphane, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », *Revue de Droit Public*, 1984, pp. 587-606.

-RIALS Stéphane, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31, 1986, pp. 57-76.

- RIVERO Jean, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n° 13, 1991, pp. 5-16.

-ROBBE François, « Le Sénat défenseur des collectivités locales ; Histoire d'une appropriation », *Pouvoirs locaux: Les cahiers de la décentralisation*, n°67, 2005, pp.54-58.

- ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946 », *La revue administrative*, n°296, 1997, pp.160-169.

-SCHÜTZ Anton, « L'immaculé conception de l'interprète et l'émergence du problème juridique : à propos de « fiction » et « construction » en droit », *Droits-RFTJ*, n°21, 1995, pp. 113-126.

-SEGUR Philippe, « Droit et littérature, Eléments pour la recherche », *Revue droit et littérature*, 2017, n°1, p.107-123.

-SIMON Denys et GUYOMAR Mattias, « La hiérarchie des normes en Europe », *Gazette du Palais*, n°43, 2009, pp.11-15.

- SOBEL Richard, « Idéologie, sujet et subjectivité en théorie marxiste : Marx et Althusser », *Revue de philosophie économique*, 2013, pp.151-192.

-STRÔMHOLM Stig, « La philosophie du droit Scandinave », *Revue internationale de droit comparé*, n°1, vol 32, Janvier-Mars 1980, pp.5-16.

-SURREL Hélène, « Chronique Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Titre VIII*, n°4, 2020, pp.119-132.

-TRAVERS DE FAULTRIER Sandra, « Le « comme si » à l'ère du soupçon », *Raisons Politiques*, n°27, août 2007, pp. 107-117.

- TROPER Michel, « Justice constitutionnelle et démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, pp. 31-48.

-TROPER Michel, « La notion de principes supraconstitutionnels », *La supraconstitutionnalité, Journée de la Société de legislation compare*, 15ème Journées juridiques franco-italienne, Rennes, 7-10 octobre 1993, *RIDC*, numéro special, vol. 15, 1993, pp.337-355.

-TROPER Michel, « Système juridique et Etat », *Archives de philosophie du droit*, n°31, 1986, pp.29-44.

-TURPIN Dominique, « Représentation et démocratie », *Droits*, n°6, Janvier, 1987, pp.79-90.

- TUSSEAU Guillaume, « La fin d'une exception française », *Pouvoirs*, n°137, 2011/2, pp.5-17.

- VEDEL Georges, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », *in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Actes du colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, Paris, PUF, 1989, pp. 35-73.

-VEDEL Georges, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n°8, 1954, pp. 21-54.

-VEDEL Georges, « Le conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°45, avril 1988, pp.149-159.

- VEDEL Georges, « Schengen et Maastricht. À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue Française de Droit Administratif*, vol 8, 1992, pp. 173-180.

-VEDEL Georges, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp.79-96.

-VERNANT Jean-Pierre, « Figuration et Image », in *Métis. Anthropologie des mondes grecs anciens*, vol. 5, n°1-2, 1990, pp.225-238.

-VERPEAUX Michel, « Rappel des normes de référence dans le contrôle effectué par le Conseil sur la loi « Droit d'auteur » », *La Semaine juridique, Edition générale*, n°16, 2007, pp.34-37.

-VUILLERME Jean-Louis, « L'autorité politique de la jurisprudence », *Archives de philosophie du droit*, tome 30, *La jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, pp. 95-103.

-WACHSMANN Patrick, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n°2, octobre 1985, pp.13-22.

VI Sitographie

- AMSELECK Paul, « La teneur indécise du droit », *Paul-Amselek.com*, [En ligne], Url: paul-amselek.com/textes/ teneur_indecise_droit.pdf.

-BEAUD Olivier, « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle- A propos d'un ouvrage récent », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n°6, 1999, [en ligne], url : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-6/le-droit-constitutionnel-par-dela-le-texte-constitutionnel-et-la-jurisprudence-constitutionnelle-a-propos-d-un-ouvrage-recent.52814.html.

-BERNARD Mathieu, *Conseil Constitutionnel*, [En ligne], mis en ligne le 16 juin 2016, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/qu-est-ce-que-la-constitution.16617.html.

-BIQUET Christine, « Les fictions en droit », *Fictions Hanyang Law, Reviews*, [En ligne], Url: https://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/153816/1/Fictions%20Hanyang%20Law%20Review.pdf

- BOUCHERON Patrick, « « Les Deux Corps du roi » d'Ernst Kantorowicz », *L'histoire* [En ligne], n°315, décembre 2006, Url : https://www.lhistoire.fr/classique/les-deux-corps-du-roi-dernst-kantorowicz

-BRAUDO Serge, « Définition de droit », in *Dictionnaire du droit privé*, [En ligne], Url : www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit.php.

-CARTIER Emmanuel, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », *Droit constitutionnel.org*, [En ligne], Url : www.droitconstitutionnel.org/congrestLyon/CommLF/F-cartier_T3.pdf.

-CHEVALIER Jacques, « La Normativité», *Cahier du Conseil Constitutionnel n°21, Conseil constitutionnel.fr*, [En ligne], Janvier 2007, Url: www.conseil-

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/presentation-par-jacques-chevallier.50549.html.

-CHRETIEN-VERNICOS Geneviève, Introduction historique au droit, [En ligne], Url : www.dhdi.free.fr/cours/histdroit/hdd1.htm.

-CNRTL, « Définition de Mythe », *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, [En ligne], Url : http://www.cnrtl.fr/definition/mythe.

- COLLIOT-THELENE Catherine, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum. Revue internationale de droit politique*, [en ligne], n°8, 2012, Url : http://juspoliticum.com/Les-masques-de-la-souverainete.html, (consulté le 6 septembre 2020).

-DE MONTALIVET Pierre, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006, *Conseil constitutionnel.fr*, [En ligne], Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle.50643.html.

-DENQUIN Jean-Marie, « Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2009, n°2, [en ligne], http:// http://juspoliticum.com/article/Que-veut-on-dire-par-democratie-L-essence-la-democratie-et-la-justice-constitutionnelle-76.html.

-DENQUIN Jean-Marie «Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, 2008, Url : http://juspoliticum.com/article/Situation-presente-du-constitutionnalisme-Quelques-reflexions-sur-l-idee-de-democratie-par-le-droit-25.html.

-FONTAINE Lauréline, « L'imaginaire constitutionnel contre la fiction en droit constitutionnel », *Le droit de la Fontaine*, [En ligne], mis en ligne le 13 décembre 2015, Url : www.ledroitdelafontaine.fr/limaginaire-constitutionnel/, (consulté le 9 octobre 2016).

- FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Décision du 16 juillet 1971 relative à la loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au

contrat d'association », *Mafr*, [En ligne], Url : mafr.fr/fr/article/conseil-constitutionnel-5/, (consulté le 15 décembre 2016).

- GUASTINI Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini », *Revus* [en ligne], n°19, 2013, URL: http://journals.openedition.org/revus/2511 #ftn32, (consulté le 17 avril 2021).

-HUME David, « Of the Original Contract », *Constitution Society*, [En ligne], Url : www.constitution.org/dh/origcont.htm (consulté le 25 janvier 2017).

- LAMY Erwan, BEYNEIX Isabelle, « Loi sur les fake news : comment s'en prendre à l'origine du mal », in MERCIER Arnaud (dir.) *Fake News et post-vérité : 20 textes pour comprendre et combattre la menace. The Conversation*, [en ligne], juin 2018, url : https://<cdn.theconversation.com/static_files/files/160/The_Conversation_ebook_fake_new<hal-01819233>, pp. 49-52.

-LECOQ Benjamin, « Les fondements mythiques du droit constitutionnel français », *Droit constitutionnel.org*, [En ligne], Url: www.droitconstitutionnel.org/congresLyon/CommLE/E-lecoq_T.pdf, (consulté le 16 octobre 2016).

- MAGNON Xavier, « La prise en compte inaboutie des droits et libertés fondamentaux par le droit constitutionnel » . *Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, Hal. Archives, [en ligne], 2016, Url : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725374/document, (consulté le 19 Août 2020).

-MATHIEU Bertrand, « Qu'est-ce que la Constitution », *Conseil Constitutionnel*, [En ligne], mis en ligne le 16 juin 2016, Url: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/qu-est-ce-que-la-constitution.16617.html.

-MAZEAUD Pierre, « Echanges de vœux à l'Elysée », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, [En ligne], Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51930.pdf.

- MERCIER Arnaud « Fake news et post-vérité : tous une part de responsabilité », in MERCIER Arnaud (dir.), *Fake News et post-vérité : 20 textes pour comprendre et combattre la menace*. The Conversation, e-book, [en ligne], juin 2018, url : https://<cdn.theconversation.com/static_files/files/160/The_Conversation_ebook_fake_new<hal-01819233>, (consultée le 28 mars 2019), pp.5-9.

-MILLARD Eric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahier du Conseil Constitutionnel, n°21, Conseil constitutionnel.fr*, [En ligne], Janvier 2007, Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/qu-est-ce-qu-une-norme-juridique.50552.html.

-PIMENTEL Carlos-Miguel, « «Du contrat social à la norme suprême : l'invention du pouvoir constituant », *Jus Politicum*, n° 3, [En ligne] 2009, Url : http://juspoliticum.com/article/Du-contrat-social-a-la-norme-supreme-l-invention-du-pouvoir-constituant-145.html

-ROCHER Guy, « Droit pouvoir et domination », publié originellement dans la revue *Sociologie et sociétés*, vol 18, n°1, avril 1986, pp.33-46. Montréal : PUM. Version numérisée, par J-M Tremblay, *classiques.uqac*, (modifié le 13 avril 2004), [en ligne], URL : http://classiques.Uquac.ca/contemporains/rocher_guy/droit_pouvoir_domination/Droit_pouvoir_domination.pdf, (consulté le 27 juin 2015).

-ROUVIERE Frédéric, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », *Hal.archives-ouvertes.fr*, [En ligne], mis en ligne le 17 mai 2016, Url : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01316686/document, (consulté le 2 novembre 2016).

- ROUSSEAU Dominique, « Constitutionnalisme et démocratie », *La vie des idées*, 19 septembre 2008, [en ligne], http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html, (consulté le 2 novembre 2019).

-ROUSSEAU Dominique, « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopies », *Lextenso.fr*, [En ligne], Url : https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-perp.fr/revue-du-droit-public/RDP2014-6-007?em=Le%20droit%20constitutionnel%20continu, (consulté le 31 août 2018),

originellement publié dans, *Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°6, 2014, pp.1517-1533.

- SAINTE-ROSE Jérémy, «Intervention, L'intérêt générale et le juge », *Conseil constitutionnel*, [En ligne], Url : www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/sainterose.pdf, (consulté le 31 juillet 2017).

-SOHNLE Jochen, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », *VertigO*, Hors-série n° 22, sept. 2015. [En ligne] : Url: http://vertigo.revues.org/16343, (consulté le 21 septembre 2016).

-TROPER Michel, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, *Conseil constitutionnel. fr* [en ligne], Url : https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/histoire-constitutionnelle-et-theorie-constitutionnelle, (consulté le 1er septembre 2020).

-TROPER Michel, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », *Université de Picardie Jules Verne*, [En ligne], Url: https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/29/troper.pdf, (consulté le 31 décembre 2016).

-TROPER Michel, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007, *Conseil constitutionnel. fr*, [En ligne], Url: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel.50707.html, (consulté le 16 octobre 2016).

VII Principales normes juridiques citées :

A Principales lois

-Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

-Loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

-Loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

-Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

- Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, de modernisation des institutions de la Vème République.

B Ordonnances :

-Ordonnance n°1 du 27 octobre 1940 définissant les pouvoirs du Chef des Français Libres et instituant un Conseil de défense de l'Empire, Journal officiel de l'Afrique française libre et de l'Afrique équatoriale française.

- Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France libre et créant le Comité national français.

- Ordonnance n°46 du 2 mars 1943, relative au rétablissement de la légalité républicaine dans l'île de la Réunion.

- Ordonnance n°52 du 20 avril 1943, relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine dans la colonie de Madagascar et dépendances.

- Ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la Libération nationale.

- Ordonnance du 4 janvier 1944, relative aux modalités du rétablissement de la légalité républicaine à la Guyane.

- Ordonnance du 9 août 1944, relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

- Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

IX Principales décisions juridiques citées :

- CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L, n°6/64.

- CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'Etat contre Société anonyme Simmenthal, , n°106/77.

- Décision n°62-20, DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962.

- Décision n° 71-144, DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

- Décision n° 74-54, DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse.

-Décision n° 76-72, DC du 12 janvier 1977, Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas.

- Décision n°81-132, DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation.

- Décision n°82-141, DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle.

- Décision n°83-165, DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur.

- Décision n°84-181, DC, des 10 et 11 octobre 1984, Liberté de la presse.

- Décision n° 85-197, DC du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la nouvelle Calédonie.

- Décision n° 86-217, DC du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication.

- Décision n°92-312, DC du 2 septembre 1992, Traité sur l'Union européenne.

- Décision n° 92-313, DC du 23 septembre 1992, Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne.

- Décision n° 93-325, DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

- Décision n° 97-393, DC du 18 décembre 1997, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998.

- Décision n°98-401, DC du 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.

- Décision n° 98-405, DC du 29 décembre 1998, Loi de finance pour 1999.

- Décision n°99-421, DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

- Décision n° 2001-457, DC du 27 septembre 2001, Loi de finances rectificative pour 2001.

- Décision n°2001-455, DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale.

-Décision n° 2003-467, DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure.

- Décision n° 2003-488, DC du 29 décembre 2003, Loi de finances rectificative pour 2003.

- Décision n°2004-500, DC 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.

- Décision n°2005-512, DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

- Décision n°2006-540, DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l' information.

- Décision n° 2009-580, DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

- Décision n°2010-39, QPC du 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B.

- CC. ital., 13-21 avril 1989, n°232/89, SpA Fragd c/ Amministratione delle Finanze, FI, 1990.

- CC. all., 29 mai 1974, 2 BvL 52/71, Solange I, BverfG.

-CE., ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n°255886.

- CE., ass., 8 février 2007, n°287110, Société Arcelor Lorraine, n° 287110.

- CE., 26 février 2014, Association Ban Asbestos France, n° 351514.

Documents radiophoniques :

- VERNANT Jean-Pierre, « Jean-Pierre Vernant : L'Homme grec », *France culture*, émission hommage, 14 janvier 2007.

Littérature :

-HOMERE, *L'Iliad*e, Edition Seuil, Paris, 2010, 557 pages.

-HOMERE, *L'Odyssée*, Edition Gallimard, Paris, 1955, collection Folio classique, 512 pages.

- HUGO Victor, *L'homme qui rit*, Paris, Pocket, 2015, 768 pages.

- KAFKA Franz, *Le château*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 1994, 533 pages.

- KAFKA Franz, *Le procès*, Paris, Flammarion, coll. « GF », 1983, 311 pages.

-MALLARME Stéphane, *Igitur*, *Divagations*, *Un coup de dés*, Edition, Gallimard, collection, Poésie, Paris, 2003, 522 pages.

- VALERY Paul, *Œuvres*, Gallimard, Paris, 1957, coll. La Pléiade, tome 1, 1872 pages.

Index des termes clés

A

Arbitraire, 26, 47, 51, 56, 69, 73, 76, 91, 101, 115, 128, 130, 133, 137, 144, 152, 163, 166, 175, 181, 183, 186, 187, 215, 223, 233, 253, 277, 282, 311, 322, 323, 324, 328, 331, 334, 347, 403, 404, 478

Autorité, 25, 57, 60, 72, 76, 78, 102, 106, 110, 111, 118, 119, 132, 133, 153, 168, 170, 171, 175, 183, 188, 189, 191, 198, 207, 209, 211, 217, 218, 222, 225, 228, 239, 246, 258, 259, 260, 261, 269, 271, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 289, 292, 296, 297, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 314, 315, 318, 320, 323, 326, 329, 331, 345, 358, 364, 369, 374, 380, 389, 400, 404, 413, 418, 425, 448, 466, 481, 482

B

Bloc de constitutionnalité, 21, 30, 61, 62, 123, 141, 143, 145, 147, 148, 153, 154, 156, 179, 210, 228, 243, 252, 266, 277, 291, 292, 293, 311, 313, 349, 371, 373, 378, 384, 388, 394, 395, 397, 398, 428, 466

C

Citoyen, 103, 148, 157, 306, 313, 365, 368, 369, 371, 484

Confiance, 53, 57, 76, 102, 121, 146, 151, 152, 168, 171, 175, 176, 194, 195, 278, 297, 315, 321, 322, 332, 391, 400, 452

Conseil constitutionnel, 26, 28, 31, 53, 57, 58, 66, 68, 73, 74, 76, 90, 91, 93, 94, 98, 99, 100, 101, 113, 115, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 175, 176, 177, 181, 182, 200, 201, 207, 208, 209, 214, 215, 216, 221, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 230, 233, 234, 238, 239, 240, 244, 247, 248, 249, 258, 266, 276, 277, 279, 290, 291, 293, 294, 300, 307, 308, 309, 310, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 324, 325, 329, 330, 332, 333, 335, 336, 338, 339, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 355, 356, 358, 363, 366, 367, 371, 376, 378, 380, 381, 384, 390, 392, 395, 396, 398, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 411, 412, 416, 423, 425, 426, 427, 444, 447, 453, 457, 458, 460, 461, 463, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471

Constitution, 13, 26, 31, 91, 97, 100, 111, 120, 168, 180, 211, 212, 216, 223, 226, 237, 239, 241, 265, 267, 275, 282, 283, 289, 306, 307, 311, 317, 324, 325, 329, 331, 336, 343, 348, 350, 355, 370, 374, 381, 392, 406, 407, 419, 441, 452, 462, 464, 467, 469

Constitutionnalisme, 29, 74, 75, 130, 230, 281, 329, 332, 464, 468, 471

Contrat social, 19, 85, 103, 273, 274, 275, 283, 284, 286, 295, 304, 319, 370, 439, 470, 481

Contrôle de constitutionnalité, 26, 27, 98, 100, 121, 124, 139, 166, 170, 199, 220, 221, 225, 228, 229, 230, 234, 280, 312, 318, 321, 323, 333, 336, 347, 354, 367, 368, 376, 381, 382, 403, 404, 461

D

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 29, 37, 88, 103, 122, 157, 210, 252, 284, 288, 291, 293, 311, 352, 363, 365, 366, 367, 369, 372, 373, 377, 384

Droit, 1, 19, 23, 27, 32, 39, 41, 43, 44, 49, 50, 55, 59, 69, 71, 73, 80, 88, 97, 105, 106, 117, 120, 123, 124, 127, 130, 144, 168, 169, 174, 178, 180, 181, 183, 188, 193, 209, 210, 213, 215, 219, 224, 246, 261, 275, 282, 287, 303, 307, 308, 311, 312, 314, 317,끐323, 325, 326, 331, 332, 333, 335, 374, 390, 394, 400, 410, 415, 434, 435, 437, 438, 441, 442, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 453, 454, 455, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 469, 470, 471

Droit constitutionnel, 13, 15, 16, 17, 19, 20, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 45, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 80, 81, 82, 85, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100, 101, 104,109, 110, 112, 113, 115, 116, 117, 119, 121, 123, 126, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 137, 140, 142, 144, 146, 147, 150, 151, 153, 155, 156, 158, 160, 161, 163, 165, 169, 170, 171, 174, 175, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 188, 189, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 199, 201, 206, 207, 208, 209, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 227, 229, 234, 235, 236, 239, 240, 244, 246, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 268, 270, 271, 272, 274, 277, 279, 280, 281, 282, 284, 289, 293, 295, 299, 302, 303, 307, 309, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 381, 382, 384, 386, 387, 389, 392, 393, 394, 396, 397, 398, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 430, 431, 432, 433, 434, 440, 441, 446, 447, 448, 449, 451, 456, 459, 460, 461, 463, 465, 467, 468, 469, 470

E

Écriture, 37, 60, 91, 142, 143, 185, 188, 204, 258, 259, 272, 277

État, 20, 25, 29, 30, 35, 37, 44, 50, 60, 61, 64, 79, 93, 112, 116, 124, 163, 177, 178, 208, 233, 248, 253, 259, 261, 266, 267, 270, 271, 274, 275, 305, 311, 326, 347, 370, 380, 387, 388, 398, 399, 401, 405, 412, 419, 427, 430

Exigences constitutionnelles, 126, 131, 144, 215, 217, 218, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 240, 246, 277, 291, 311, 313, 338, 349, 389, 392, 393, 394, 399, 432, 458, 460

F

Fiction, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 116, 117, 118, 120, 123, 125, 127, 128, 133, 138, 140, 141, 142, 144, 150, 158, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 171, 172, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 191, 194, 195, 196, 197, 199, 204, 205, 206, 207, 208, 213, 214, 217, 218, 219, 223, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 234, 235, 236, 239, 240, 241, 242, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 292, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 305, 306, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 319, 320, 322, 323, 326, 330, 333, 335, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 351, 352, 353, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 369, 371, 374, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 386, 387, 388, 390, 391, 395, 396, 397, 400, 401, 404, 405, 407, 409, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 418, 420, 421, 423, 425, 426, 427, 428, 430, 431, 432, 446, 447, 452, 455, 458, 459, 462, 465, 468

Fiction juridique, 15, 25, 27, 48, 55, 59, 60, 63, 67, 76, 77, 78, 140, 195, 250, 252, 256, 476, 477, 482

G

Gouvernant, 220, 325

Gouvernement, 92, 100, 120, 128, 152, 153, 169, 170, 173, 186, 187, 188, 189, 205, 237, 238, 242, 243, 244, 261, 275, 286, 296, 302, 303, 304, 322, 326, 328, 338, 347, 348, 402, 440, 447, 448, 460

Gouvernés, 32, 33, 35, 40, 43, 57, 67, 68, 70, 75, 79, 100, 101, 111, 115, 124, 160, 163, 174, 194, 205, 220, 229, 250, 284, 296, 300, 301, 303, 307, 313, 315, 319, 322, 328, 341, 343, 347, 355, 376, 386, 389, 390, 413, 423, 426, 477

H

Hiérarchie des normes, 65, 68, 121, 125, 176, 184, 193, 198, 199, 201, 209, 220, 224, 228, 230, 231, 265, 266, 288, 378, 379, 381, 394, 404, 447, 465, 480

I

Imaginaire juridique, 41, 56, 96, 161, 180, 210, 211, 212, 225, 228, 237, 239, 246, 261, 263, 267, 270, 274, 276, 277, 281, 296, 323, 326, 332, 353, 354, 357, 360, 362, 365, 367, 372, 375, 391, 403, 408, 413, 419, 421, 448, 464, 479

Imagination, 15, 16, 18, 21, 22, 23, 25, 29, 32, 33, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 47, 49, 50, 56, 57, 59, 80, 105, 106, 108, 116, 117, 131, 135, 146, 154, 155, 168, 169, 175, 177, 179, 181, 192, 198, 204, 236, 239, 249, 268, 276, 278, 297, 300, 301, 334, 335, 336, 340, 348, 362, 367, 376, 437, 450, 451, 455, 459, 462

Individus, 29, 32, 54, 57, 65, 66, 70, 83, 86, 90, 93, 94, 101, 104, 118, 130, 144, 231, 248, 255, 257, 268, 276, 278, 297, 302, 308, 310, 320, 326, 340, 350, 366, 367, 368, 370, 373, 380, 381, 394, 399, 406, 415

Intérêt, 54, 58, 62, 79, 87, 89, 91, 94, 97, 101, 102, 115, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 137, 138, 144, 150, 153, 166, 222, 230, 231, 238, 250, 274, 277, 278, 309, 310, 315, 345, 349, 356, 358, 360, 377, 386, 391, 398, 400, 401, 407, 447, 458, 471, 478

Interprétation, 22, 26, 30, 31, 52, 53, 74, 84, 85, 88, 89, 90, 95, 122, 128, 129, 131, 132, 135, 136, 138, 141, 142, 156, 157, 159, 167, 179, 182, 201, 209, 212, 215, 223, 224, 239, 243, 249, 252, 263, 280, 282, 292, 293, 316, 327, 331, 334, 356, 363, 364, 382, 390, 395, 403, 406, 457, 462, 463

J

Juge constitutionnel, 15, 21, 26, 38, 51, 53, 56, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 106, 113, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 152, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 165, 166, 167, 169, 170, 199, 200, 201, 203, 204, 206, 207, 208, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 238, 239, 240, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 256, 261, 262, 270, 276, 277, 281, 287, 290, 291, 292, 293, 296, 299, 300, 308, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 319, 321, 323, 324, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 334, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348, 349, 350, 357, 361, 362, 363, 364, 366, 368, 369, 378, 379, 380, 384, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 397, 399, 400, 401, 405, 406, 407, 408, 409, 411, 412, 415, 420, 423, 424, 425, 426, 428, 432, 433, 451, 457, 460, 471

Justice constitutionnelle, 29, 125, 140, 148, 153, 270, 296, 310, 313, 324, 351, 364, 371, 379, 382, 389, 399, 400, 403, 404, 412, 451, 457, 468, 479, 482

Justiciable, 61, 272, 355

L

Légitimité, 20, 21, 33, 50, 61, 71, 100, 124, 130, 152, 161, 162, 164, 173, 180, 182, 183, 184, 185, 188, 191, 193, 196, 208, 212, 218, 229, 234, 238, 248, 252, 261, 268, 269, 274, 275, 278, 316, 317, 343, 375, 376, 378, 386, 401, 402, 410, 411, 418, 424, 427, 428, 431, 456, 460, 479, 481, 484

Liberté, 74, 97, 106, 114, 115, 123, 174, 223, 234, 262, 267, 274, 289, 291, 293, 296, 309, 313, 315, 320, 322, 338, 348, 355, 363, 369, 370, 379, 389, 390, 392, 393, 394, 403

Littérature, 39, 180
loi, 18, 25, 26, 36, 49, 52, 53, 68, 76, 78, 81, 82, 86, 90, 92, 93, 95, 97, 98, 99, 100, 103, 104, 111, 115, 116, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 139, 146, 149, 150, 153, 154, 155, 158, 165, 166, 169, 174, 175, 176, 180, 182, 192, 198, 199, 210, 212, 215, 219, 224, 228, 229, 230, 233, 240, 241, 244, 249, 261, 268, 271, 276, 282, 284, 288, 290, 291, 294, 302, 303, 305, 307, 308, 309, 310, 313, 314, 316, 317, 319, 321, 322, 323, 324, 328, 329, 331, 332, 333, 338, 340, 343, 347, 349, 358, 376, 377, 382, 384, 393, 395, 397, 402, 410, 411, 415, 417, 423, 442, 443, 448, 461, 462, 466, 468

M

Mythe, 27, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 42, 50, 58, 59, 60, 62, 65, 69, 73, 88, 97, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 117, 118, 119, 122, 133, 149, 154, 155, 156, 157, 167, 168, 169, 183, 191, 207, 208, 226, 236, 238, 239, 241, 242, 243, 247, 257, 259, 269, 274, 275, 276, 283, 286, 287, 292, 293, 294, 296, 299, 300, 302, 303, 305, 306, 320, 330, 339, 345, 348, 351, 356, 361, 365, 366, 368, 369, 371, 374, 385, 387, 390, 406, 411, 414, 419, 421, 424, 426, 442, 443, 446, 447, 463, 468

Mythologie, 13, 34, 35, 65, 107, 108, 113, 144, 145, 148, 149, 164, 206, 207, 217, 222, 227, 232, 241, 247, 248, 250, 252, 256, 257, 258, 259, 262, 264, 268, 269, 273, 278, 279, 281, 283, 287, 292, 297, 298, 299, 300, 301, 305, 306, 310, 318, 319, 320, 321, 322, 325, 329, 330, 335, 337, 339, 341, 344, 345, 350, 351, 371, 375, 380, 384, 388, 405, 409, 420, 432, 433, 450

N

Norme suprême, 15, 16, 17, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 36, 37, 39, 41, 43, 44, 45, 50, 55, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 74, 75, 80, 81, 85, 91, 93, 94, 96, 101, 103, 104, 105, 108, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 131, 133, 134, 136, 137, 140, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 166, 167, 170, 171, 173, 174, 175, 178, 179, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 190, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 200, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 227, 228, 231, 232, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 245, 248, 251, 252, 256, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 267, 268, 270, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 287, 289, 290, 294, 296, 297, 298, 300, 301, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 313, 315, 317, 319, 323, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 355, 356, 357, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 375, 376, 379, 380, 381, 382, 384, 386, 387, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 399, 400, 401,

404, 407, 408, 409, 411, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 420, 423, 426, 427, 428, 431, 432, 470

O

Ordre juridique, 28, 30, 31, 39, 77, 79, 95, 102, 125, 127, 128, 131, 137, 154, 156, 157, 162, 164, 171, 172, 174, 178, 179, 181, 183, 184, 186, 193, 201, 203, 222, 223, 234, 250, 255, 257, 263, 264, 266, 269, 276, 279, 286, 299, 308, 330, 340, 344, 365, 372, 374, 375, 377, 383, 388, 389, 390, 391, 396, 413, 415, 421, 423, 431, 437, 452, 458, 462, 463, 477, 481

P

Pouvoir, 15, 18, 26, 29, 31, 32, 33, 37, 38, 39, 44, 50, 52, 56, 60, 66, 67, 70, 72, 74, 78, 79, 80, 81, 86, 90, 91, 94, 95, 97, 98, 100, 101, 102, 106, 107, 111, 114, 116, 117, 118, 119, 124, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 136, 141, 144, 148, 149, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 173, 176, 178, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 205, 207, 209, 211, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 238, 239, 244, 245, 250, 252, 256, 259, 260, 261, 271, 273, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 283, 289, 297, 299, 300, 304, 307, 308, 310, 314, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333, 335, 336, 337, 339, 340, 342, 343, 344, 345, 347, 348, 356, 357, 358, 359, 361, 363, 366, 368, 370, 371, 373, 374, 375, 376, 378, 379, 384, 386, 387, 390, 392, 395, 396, 397, 399, 401, 404, 407, 408, 409, 411, 414, 415, 416, 417, 423, 425, 428, 429, 432, 433, 458, 459, 464, 470, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485

Pouvoir constituant, 15, 33, 37, 38, 44, 50, 56, 60, 81, 91, 98, 118, 126, 131, 154, 159, 161, 193, 197, 211, 220, 224, 225, 235, 239, 244, 245, 250, 252, 256, 259, 260, 275, 297, 300, 321, 325, 329, 333, 339, 342, 345, 348, 363, 371, 384, 387, 392, 396, 409, 411, 417, 425, 428, 429, 432, 433, 458, 470

Prophétie, 295

R

Réalisme, 13, 16, 38, 40, 47, 48, 49, 50, 51, 66, 68, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 118, 130, 132, 134, 139, 141, 151, 189, 240, 256, 357, 425, 463, 469, 471

Réalisme juridique, 51, 67, 87, 139, 477, 478

Réalité, 15, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 55, 56, 57, 59, 60, 63, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 87, 89, 91, 92, 93, 95, 96, 99, 102, 103, 106, 107, 111, 113, 116, 120, 123, 133, 135, 137, 141, 144, 153, 156, 158, 159, 160, 161, 163, 167, 170, 172, 178, 179, 180, 183, 188, 191, 192, 197, 198, 201, 204, 214, 227, 234, 235, 238, 244, 252, 256, 260, 261, 263, 264, 265,

267, 270, 272, 275, 279, 280, 282, 283, 284, 286, 301, 302, 308, 309, 317, 322, 324, 325, 328, 335, 338, 354, 357, 359, 367, 370, 380, 390, 392, 393, 418, 430, 432, 433, 439, 477, 479, 484, 485

Référendum, 29, 37, 38, 98, 104, 149, 165, 166, 190, 194, 235, 237, 316, 318, 321, 327, 445

Régime juridique, 68, 90, 128, 162, 171, 184, 189, 204, 258, 259, 260, 278, 300, 304, 321, 400, 481

Représentation, 35, 38, 40, 41, 46, 52, 72, 84, 91, 92, 96, 99, 100, 101, 102, 104, 107, 113, 115, 116, 119, 120, 122, 123, 125, 128, 166, 168, 172, 175, 176, 193, 203, 229, 231, 232, 236, 260, 262, 263, 270, 273, 277, 286, 296, 301, 318, 327, 331, 335, 347, 352, 354, 359, 360, 362, 364, 374, 377, 389, 390, 396, 400, 408, 412, 433, 439, 441, 444, 456, 459, 471, 478

Responsabilité, 29, 86, 130, 174, 189, 192, 302, 390, 391, 425, 441, 470

Révision, 98, 120, 128, 143, 152, 173, 193, 200, 209, 219, 221, 235, 236, 241, 243, 244, 245, 289, 326, 327, 328, 333, 337, 357, 364, 419, 458, 463, 480

S

Sécurité juridique, 78, 88, 104, 115, 126, 128, 202, 277, 377, 380, 390, 403, 415, 421, 454, 463, 481, 484

Séparation des pouvoirs, 29, 251, 338, 340, 367, 403, 416, 431

Société, 20, 23, 25, 27, 29, 31, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 56, 57, 59, 60, 64, 65, 69, 73, 75, 77, 79, 81, 91, 96, 101, 108, 109, 110, 115, 117, 118, 126, 128, 133, 141, 144, 146, 149, 151, 157, 158, 160, 161, 164, 168, 170, 171, 173, 174, 179, 180, 190, 200, 204, 217, 225, 236, 239, 240, 248, 250, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 267, 268, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 281, 282, 285, 287, 288, 292, 295, 299, 300, 301, 304, 305, 306, 309, 310, 312, 315, 317, 320, 323, 325, 326, 327, 330, 334, 342, 345, 346, 349, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 359, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 375, 380, 381, 384, 386, 388, 390, 396, 397, 400, 401, 403, 405, 407, 409, 412, 414, 417, 424, 426, 430, 432, 442, 460, 463, 464

U

Union européenne, 58, 103, 166, 200, 203, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 220, 221, 223, 244, 247, 250, 373, 454, 463

V

Vérité, 19, 20, 25, 35, 40, 42, 45, 51, 56, 58, 60, 62, 69, 73, 76, 77, 89, 106, 108, 138, 140, 146, 160, 161, 170, 181, 192, 196, 208, 250, 256, 257, 263, 268, 269, 270, 275, 276, 282, 284, 287, 291, 292, 300, 302, 310, 312, 323, 331, 339, 345, 348, 351, 354, 357, 359, 365, 384, 392, 412, 419, 420, 424, 427, 428, 432, 451, 469, 470

Table des matières

REMERCIEMENTS 7

PRINCIPALES ABREVIATIONS 9

SOMMAIRE 13

INTRODUCTION GENERALE 15

SECTION 1 LA FICTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL, UNE NOTION POLYSEMIQUE A ETUDIER 17

I LA PORTEE DE LA FICTION AU SEIN DU DROIT 17

A La fiction juridique comme outil permettant une réflexion 17

1- Une approche autour de la signification du terme fiction 18

2- Une remise en cause par la fiction, du réel en droit 20

B Une appréciation de la signification du droit soulevée par la fiction 22

1- Une connaissance du réel fondée sur l'imaginaire 22

2- L'influence de la fiction sur l'appréciation du réel en droit 25

II UNE REDEFINITION DU DROIT CONSTITUTIONNEL JUSTIFIEE PAR LA PLACE ACCORDEE A LA FICTION 27

A Le droit constitutionnel comme objet de recherche révélateur de la fiction juridique 27

1- Sur la fonction du droit constitutionnel au sein de l'appareil juridique 28

2- La Constitution, norme écrite pour légitimer l'ordre juridique 30

B La fiction juridique contemporaine, héritière des logiques de l'antiquité grecque 32

1-L'emploi de la fiction pour assurer l'effectivité du droit 33

2- La fiction empruntant une part de ses mécanismes au mythe 35

SECTION 2 LA FICTION AU SEIN DU DROIT CONSTITUTIONNEL, UN OBJET DE RECHERCHE EN EVOLUTION 38

I LE « REEL » COMME SEUL FONDEMENT DE LA CONSTITUTION ? 38

A Une redéfinition du rôle de la Constitution justifiée par la place accordée à la fiction 39

1-Le risque de justifier le non respect de la Constitution par la fiction 39

2- La fiction au sein du droit constitutionnel, une continuation du mythe, pour pallier les lacunes du réel juridique 42

B La fiction au sein de la logique juridique, une place débattue 45

1-Une réévaluation du rôle de la fiction, comme outil pour rendre compte du réel 45

2- La fiction en droit, un procédé pour remplacer le réel ? 48

II LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME TRANSCRIPTION DU REEL, OU SIMPLE FICTION ? 51
A Le réalisme juridique, une composante essentielle au droit mais non unique 51
1- Le droit pour permettre en certaines circonstances de déroger à la réalité 52
2- L'existence d'une manière correcte pour employer la fiction au sein du droit constitutionnel ? 54
B La fiction en droit constitutionnel, comme remise en perspective de la réalité portée par le droit 57
1- Une réévaluation de la place de la fiction en droit constitutionnel, portée par le renouveau autour de la notion 58
2- L'œuvre du juge constitutionnel assimilable à l'élaboration de la fiction 61

PARTIE 1 LA FICTION COMME RENOUVEAU DES SOURCES DU DROIT CONSTITUTIONNEL 65

TITRE 1 LA FICTION PRATIQUE EMPLOYEE AU SEIN DU DROIT CONSTITUTIONNEL 67

CHAPITRE 1 LA FICTION CONSTITUTIONNELLE UNE REMISE EN CAUSE DU REALISME JURIDIQUE **68**

Section 1 La place grandissante de la fiction au sein de la juridiction constitutionnelle 69
Paragraphe 1 Une nouvelle vision intégrant la fiction au droit constitutionnel 69
I Le rôle de la Constitution en matière de régulation des normes 70
A La Constitution une norme servant à guider les comportements humains 70
B La Constitution, un domaine en expansion 74
II Le rôle de la fiction dans le lien unissant les gouvernants aux gouvernés 77
A La fiction comme nouvel outil supportant les valeurs constitutionnelles 77
B La fiction, une forme de communication à propos du réel 79
Paragraphe 2 Une juridiction constitutionnelle aux compétences démultipliées 82
I Un droit constitutionnel sous l'influence du réalisme juridique 83
A Une remise en question de la dénomination réaliste du droit 83
B Le réalisme juridique, un terme impliquant de multiples appréciations 85
II Un droit constitutionnel attaché aux prérogatives de son juge 87
A La volonté du juge constitutionnel d'anticiper l'avenir 88
B La volonté du juge constitutionnel de proposer un raisonnement clair 90

Section 2 La place tempérée du réalisme constitutionnel face aux fictions constitutionnelles 93
Paragraphe 1 Un droit constitutionnel représentant des citoyens, face au pouvoir politique 93
I La nécessité d'un droit constitutionnel concret pour se prémunir de l'arbitraire 94
A Une mise en pratique de la constitution contrariée par des exigences précises 94
B Une mise en pratique de la Constitution fondée sur des énoncés précis 97
II Un droit constitutionnel soumis au problème de la représentation 99

A Le juge constitutionnel face à la fiction de la volonté générale 99
B Le juge constitutionnel, un représentant supposé des citoyens 102
Paragraphe 2 Un droit constitutionnel conciliant la volonté générale avec celle des organes politiques 104
I La fiction de la représentation citoyenne, au travers du pouvoir décisionnel 105
A Une difficile représentation de la volonté générale par le pouvoir politique 105
B La difficile représentation de la volonté générale par la Constitution 107
II La fiction de la représentation des citoyens disputée par les figures du pouvoir politique 110
A Le mythe archaïque du renouveau, reproduit par la Constitution 110
B L'espérance insufflée par le mythe moderne de la Constitution 113

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : 116

CHAPITRE II LA FICTION CONSTITUTIONNELLE REVELATRICE DES LIMITES DU DROIT DES DEMOCRATIES **118**

Section 1 L'obligation d'une Constitution capable de garantir le droit des citoyens 119
Paragraphe 1 Le besoin pour le juge constitutionnel d'assurer la représentativité du droit 119
I La fiction constitutionnelle, un artifice au service d'un droit pratique 120
A L'emploi de la fiction en droit constitutionnel, une solution d'unification 120
B La représentation des volontés, analysée par le juge constitutionnel 123
II La fiction constitutionnelle comme gage de supériorité pour la norme fondatrice 125
A La Constitution, dépositaire de l'intérêt général par la volonté des citoyens 125
B La Constitution dépositaire de la volonté générale, par son statut de norme suprême 128
Paragraphe 2 Le besoin pour le juge constitutionnel de maintenir l'héritage normatif 130
I Le rôle des exigences constitutionnelles dans la bonne application du droit 130
A Une logique constitutionnelle pérenne malgré l'altération de ses textes 131
B Une logique constitutionnelle à la mise en œuvre délicate 133
II Des exigences constitutionnelles autorisant la bonne compréhension du droit 135
A Un droit constitutionnel à la portée suggestive 136
B Un droit constitutionnel assimilé à un savoir de croyance 138

Section 2 L'obligation d'une Constitution capable d'affirmer les valeurs de l'Etat 141
Paragraphe 1 Un juge responsable du devenir de la norme suprême 141
I Le juge constitutionnel, artisan d'un droit pratique 142
A Le juge constitutionnel contraint à l'usage d'énoncés normatifs 142
B L'obligation du juge constitutionnel à transmettre le message de la norme suprême 145
II Le juge constitutionnel comme protecteur des normes fondatrices 147
A Le texte constitutionnel comme aboutissement de l'héritage normatif 148
B L'existence des droits de l'homme fondée sur la croyance du juge en ces valeurs 150

Paragraphe 2 Les conséquences de la norme suprême sur le statut de ses juges 152
I Une pratique de la justice constitutionnelle révélatrice de la nature du juge 153
A Le juge, conciliateur des différentes normes de la mythologie constitutionnelle 153
B Le juge conciliateur des différentes significations liées aux droits de l'homme 155
II Une justice constitutionnelle révélatrice de lacunes dans la limitation des pouvoirs du juge 158
A La décision du Conseil constitutionnel de devenir gardien des libertés fondamentales 158
B Le choix des normes de références, laissé au Conseil constitutionnel 160

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 164

CONCLUSION DU TITRE 1 : 166

TITRE II LA FICTION CONSTITUTIONNELLE, FONDATION D'UN RECIT A LA PORTEE NATIONALE 168

CHAPITRE 1 : LA FICTION CONSTITUTIONNELLE OU LA CREATION D'UN RECIT JURIDIQUE DE L'ÉTAT **169**

Section 1 Un état de droit, fondé sur l'écrit constitutionnel porteur de la fiction 170
Paragraphe 1 La Constitution comme partie intégrante de l'histoire de son État 170
I Un droit constitutionnel sensible à la question du respect de la volonté citoyenne 171
A Le rapport du juge constitutionnel aux lois référendaires, une valeur fondée sur la simple volonté 171
B Le juge constitutionnel obligé d'encadrer l'imaginaire social 173
II Un droit constitutionnel sensible à la question des transitions politiques 176
A Une pensée constitutionnelle centrée sur la fixité du droit 176
B Une pensée constitutionnelle réinterprétant la réalité juridique passée 178
Paragraphe 2 La Constitution comme catalyseur de l'imaginaire, source de la fiction 181
I L'inspiration des textes juridiques insufflée par la norme suprême 181
A Des comportements encadrer grâce à la fiction constitutionnelle 181
B La fiction constitutionnelle employée afin de compléter la science juridique 184
II L'imaginaire inspiré par la norme suprême 186
A Le texte constitutionnel un système référentiel de l'imaginaire juridique 186
B La légitimité du texte constitutionnel remise en cause par sa nature d'écrit 188

Section 2 Un écrit constitutionnel doté d'un récit fictif justifiant la forme de l'État 191
Paragraphe 1 Une norme constitutionnelle privée de la légitimité d'un texte supérieur 191
I La fiction constitutionnelle une protection contre les actes d'un État despotique 192
A L'exigence d'un pouvoir politique respectant le modèle républicain 192
B Une transition politique appuyée par un récit fictionnel rassembleur 195
II L'État de droit combinant la fiction constitutionnelle à la volonté collective 197

A Une nouvelle Constitution nécessairement assimilée à une transition politique 197
B Un réagencement du réel, fondé sur une Constitution nouvelle 199
Paragraphe 2 Une norme constitutionnelle au service d'un récit de l'État unificateur 201
I Les citoyens unis à l'État, grâce au récit fictionnel porté par la Constitution 202
A Un droit constitutionnel aux racines profondément ancrées dans l'histoire 202
B Un droit constitutionnel à la puissance soumise aux croyances des citoyens 204
II Un récit fictionnel propre à rattacher directement certaines dispositions à la France 207
A Des normes constitutionnelles éventuellement supérieures à d'autres 207
B Des normes constitutionnelles symboliques de la politique française 209

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : 212

CHAPITRE 2 LA FICTION CONSTITUTIONNELLE, UN RECIT JURIDIQUE A LA VOLONTE FEDERATRICE **214**

Section 1 L'ordre normatif national préservé par la fiction de l'identité constitutionnelle française 216
Paragraphe 1 La suprématie du droit constitutionnel, réévaluée par le droit international 216
I Une dynamique constitutionnelle réinterrogée par la pratique du droit international 217
A Une souveraineté supposée de la Constitution disputée par le droit international 217
B Le juge constitutionnel une figure écartée par le droit international 219
II Le droit international révélateur de nouvelles dichotomies engendrées par la fiction constitutionnelle 222
A L'identité constitutionnelle, une fiction du langage pour défier le droit international 222
B Une norme constitutionnelle primaire, mais fondatrice de normes plus anciennes 224
Paragraphe 2 L'imaginaire constitutionnel porteur de contraintes sur la fiction admise 226
I La question des limites imposables à la fiction constitutionnelle 226
A Un droit constitutionnel régulateur mais sans réelles prohibitions 227
B Un droit constitutionnel adaptable aux contraintes extérieures à l'ordre national 229
II Un imaginaire du système juridique fondé par des schèmes de pensée 231
A L'identité constitutionnelle fondatrice de l'image créée autour de la nation 231
B La Constitution source d'un nouvel imaginaire des citoyens 233

Section 2 Les questions d'identité développées par le récit juridique de la Constitution 236
Paragraphe 1 Les exigences constitutionnelles, une fiction de personnalisation de la Constitution au profit du juge 236
I Un pouvoir sur les droits fondamentaux soumis aux vicissitudes du juridique 237
A Des compétences disputées par le juge constitutionnel au législateur 237
B Une hiérarchie des normes assujettie aux relations entre les organes juridiques 239
II Les exigences constitutionnelles, une fiction pour personnaliser la Constitution 241

A Des exigences constitutionnelles à l'encontre de la fiction prônée par la norme suprême 242
B Un contrôle du législateur imposé par la solution des exigences constitutionnelles 243
Paragraphe 2 La Constitution créatrice d'une fiction fondatrice de l'identité collective 245
I La figure de l'homme sujet de droit représentée par la fiction constitutionnelle 246
A La Constitution créatrice des fondements généraux de l'identité citoyenne 246
B L'action du juge à l'égard des citoyens, justifiée par la fiction constitutionnelle 248
II Une réécriture du mythe fondateur par la révision constitutionnelle 250
A La révision comme remise en perspective de la mythologie constitutionnelle 251
B La banalisation de la révision constitutionnelle, une atteinte au sacré de la norme 253

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 257

CONCLUSION DU TITRE 2 : 259

CONCLUSION DE LA PARTIE I 261

PARTIE II LA FICTION, UNE REEVALUATION DES LIMITES DE L'ESPRIT CREATEUR DU DROIT CONSTITUTIONNEL 264

TITRE I LA FICTION CONSTITUTIONNELLE, UNE MODERNISATION DE LA CROYANCE JURIDIQUE 266

CHAPITRE 1 LA FICTION CONSTITUTIONNELLE, UNE REPRESENTATION DES CROYANCES HUMAINES 267

Section 1 Une idéalisation des citoyens, établie par la fiction constitutionnelle 268
Paragraphe 1 Les spécifités du régime juridique préséentées par la fiction constitutionnelle 268
I L'écriture de la Constitution, une vision romancée de la société régie par l'État 269
A La norme suprême un texte en décalage par rapport à la fiction politique 269
B Un discours constitutionnel réalisé au détriment de la véracité 272
II Les spécificités de l'ordre juridique réévaluées par la fiction constitutionnelle 274
A Une conception de la fiction constitutionnelle non exclusive du droit français 274
B Une appréciation de la figure humaine réalisé à partir de l'écrit constitutionnel 276
Paragraphe 2 Une réévaluation de la validité du discours, par la fiction constitutionnelle278
I La vérité constitutionnelle un appui validant l'authenticité du discours juridique 278
A La légitimité de la fiction constitutionnelle fondée par la solution de l'axiome 279
B Une nouvelle nature du discours juridique, offerte par la fiction constitutionnelle 281
II La fiction constitutionnelle, caution de la souveraineté du pouvoir étatique 283
A Une redéfinition du consentement unissant les gouvernants aux gouvernés 283
B La norme suprême une verbalisation de l'histoire juridique 285

Section 2 La fiction constitutionnelle une sécurité juridique autorisant la pérennité de la norme suprême 288
Paragraphe 1 Le pouvoir humain, remplacé par les institutions juridiques 288
I La fiction constitutionnelle une solution de délégation de l'autorité politique 289
A Un droit constitutionnel par-delà la règle écrite 289
B L'abstraction du pouvoir juridique fondé par le récit constitutionnel 291
II Un nouvel ordre de croyance fondé par la norme constitutionnelle 293
A La fiction constitutionnelle, une rupture des pratiques imposées par la croyance religieuse 294
B Le passage du droit sacré par des prétentions fictives, au droit réel 295
Paragraphe 2 Une logique constitutionnelle renouvelée, applicable à son époque 297
I Les qualités de l'écrit constitutionnel au service de la fiction prônée 298
A L'affirmation de la théorie constitutionnelle face aux pratiques politiques 298
B La signification du texte constitutionnel suspendue au choix des mots 300
II Un droit actuel sous l'influence de pratiques juridiques antiques 302
A Des textes constitutionnels renouvelés mais unifié par l'esprit du constituant originaire 303
B La fiction constitutionnelle comme témoin d'une pratique juridique passée 304

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : 308

CHAPITRE 2 LA FICTION CONSTITUTIONNELLE AUTORISANT UN NOUVEL ORDRE JURIDIQUE 310

Section 1 Un droit constitutionnel confronté aux inexactitudes propres à la fiction juridique 311
Paragraphe 1 Une signification à l'existence humaine délivrée par la norme suprême 311
I La norme suprême comme engagement remis en perspective par la fiction 312
A Un frein à la démocratie, l'explication des faits annihilée par la fiction constitutionnelle 312
B La promesse d'une autorité probe, fondée par la norme suprême 314
II Les désillusions du monde moderne occultées par le récit constitutionnel 316
A La nature humaine réinterrogée par les valeurs de la Constitution 317
B L'être humain préservé de dérives émotionnelles au détriment de la volonté souveraine 319
Paragraphe 2 Le débat constitutionnel au-dessus des considérations de la société 321
I Une justice constitutionnelle réévaluée par les engagements du juge 321
A Une valeur de la vérité redéfinie par l'intervention du juge constitutionnel 322
B Une activité du juge sans limites par le débat constitutionnel 324
II La norme suprême un récit détaché des contraintes imposées par la vie humaine 326
A Une volonté du juge constitutionnel détachée de celle des citoyens 326
B L'inscription de la norme suprême dans une temporalité à part 328

Section 2 Une redéfinition du cadre juridique par la fiction constitutionnelle 331
Paragraphe 1 La fiction constitutionnelle parallèle à la volonté des citoyens 331
I Un pouvoir constitutionnel dissimulant derrière ses institutions des hommes 332
A Un juge constitutionnel distinguant la volonté citoyenne du souhait politique 332
B Un juge humain avant d'être le dépositaire du pouvoir d'une institution 335
II Le rôle originel du citoyen détourné par la fiction constitutionnelle 336
A Un droit constitutionnel magnifié par la fiction le mettant en scène 337
B Un pouvoir constitutionnel écartant les prérogatives des humains sur le pouvoir 339
Paragraphe 2 Différentes structures juridiques capables d'intéragir avec la fiction constitutionnelle 341
I La force contraignante du pouvoir constitutionnel réévaluée par la fiction 342
A Un écrit constitutionnel dépouillé de toutes vérités objectives 342
B Un droit constitutionnel aux valeurs suggestives non immuables 344
II L'influence grandissante de la fiction constitutionnelle sur d'autres organes juridiques346
A De nouvelles influences sur la fiction constitutionnelle 346
B La portée de la norme suprême réintérrogée par de nouveaux acteurs 348

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 351

CONCLUSION DU TITRE 1 : 353

TITRE 2 LA FICTION D'UNE CONSTITUTION SOCIALE REVELATRICE DE LA PENSEE 355

CHAPITRE 1 : LES CARACTERISTIQUES SOCIALES DE LA CONSTITUTION APPUYEES PAR LA FICTION 356

Section 1 Une fiction constitutionnelle devant être soutenue par les membres de la société 357
Paragraphe 1 La fiction confrontée aux appréciations extérieures à l'ordre constitutionnel 357
I La remise en perspective des vérités du droit constitutionnel 358
A Un droit constitutionnel difficilement représentable au sein de la raison 358
B Une perception variable de la vérité du droit constitutionnel selon les publics 360
II L'universalitsation de la fiction constitutionnelle, soumise à des propositions 362
A Une fiction constitutionnelle obligatoirement partagée afin d'appuyer sa validité 363
B Un droit constitutionnel démystifié par la pluralité d'idées reçues à son égard 365
Paragraphe 2 Les besoins de la société cristallisés par le droit constitutionnel 367
I La fiction constitutionnelle adaptée aux nécessités de son époque 368
A Une redéfinition des vérités proposées par la fiction constitutionnelle 368
B La réappropriation de la fiction constitutionnelle, une solution de justification des formes du pouvoir 370
II Une fonction sociale véhiculée par la fiction constitutionnelle 372
A Une conception de l'ordre social fondée sur la fiction constitutionnelle 372

B Le juge constitutionnel se réappropriant les normes passées 374

Section 2 L'ordre social fondé par la fiction constitutionnelle 377
Paragraphe 1 La fiction de l'humain fondée au travers de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 377
I Les conceptions sociales de la Constitution 378
A Un droit constitutionnel reflet indirect des prétentions humaines 378
B Une réappropriation de la figure de l'homme confrontée aux institutions politiques 380
II Un pouvoir constitutionnel recherchant des adeptes au travers de valeurs communes 383
A Une universalité du droit opérée par la fiction constitutionnelle 383
B Une création de l'ordre fondé sur un ensemble de valeurs hétéroclites 385
Paragraphe 2 Une description idéalisée de la société proposée par le droit constitutionnel 387
I Les fondements légitimes du droit remis en perspective 388
A Une fiction constitutionnelle auto-générée 388
B Des conceptions du droit, soumises à la seule appréciation du juge constitutionnel 390
II Une société unifiée par une fiction constitutionnelle fédératrice 392
A Une norme constitutionnelle fondatrice d'une appréciation nouvelle de la société 392
B Un juge constitutionnel perdant le contrôle sur la norme suprême 394

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : 396

CHAPITRE 2 LA CREDIBILITE DU DROIT RESTAUREE PAR LA FICTION CONSTITUTIONNELLE 398

Section 1 Les finalités du droit constitutionnel réinterrogées par sa fiction 399
Paragraphe 1 La fiction constitutionnelle outil du juge transcendant l'écrit de la norme 399
I Les mécanismes de l'imaginaire constitutionnel appuyés par les considérations du juge 400
A L'action du juge constitutionnel inscrite dans la durée 400
B Une action du juge constitutionnel fondée sur le besoin de sécurité juridique 402
II Le juge constitutionnel un auteur conférant à la fiction une valeur proche de la rationalité 404
A Une volonté du juge détachée des exigences constitutionnelles 404
B Une réalité constitutionnelle définie par l'appréciation du juge 406
Paragraphe 2 Un pouvoir constitutionnel empiétant progressivement sur les domaines de la démocratie 408
I Une redéfinition des limites de la norme suprême par la fiction constitutionnelle 408
A Le droit constitutionnel inséré dans un cadre normatif précis 409
B Un droit constitutionnel émancipé des impératifs portés par les représentants élus 411
II Un droit constitutionnel soumis aux capacités de compréhension des citoyens 413
A Une fiction constitutionnelle réinterrogeant les acquis du système démocratique 413
B Une appréciation variable du bien fondé par le droit constitutionnel 415

Section 2 Une appréciation de la valeur du texte constitutionnel se détachant du corpus juridique 417
Paragraphe 1 Une nouvelle valeur du débat constitutionnel 417
I Les choix du juge guidés vers la vision utopique proposée par la fiction constitutionnelle 418
A La norme constitutionnelle soumise au débat 418
B Des rituels du droit inscrits au sein de la coutume constitutionnelle 420
II Un schème de compréhension nouveau appuyant la fiction constitutionnelle 422
A La fiction constitutionnelle révélatrice de la valeur systémique fondée par le droit 422
B La fiction constitutionnelle un principe créateur de sens 424
Paragraphe 2 Un droit constitutionnel réévalué par la fiction portée 426
I La fiction constitutionnelle établissant les spécificités propres à la la norme 426
A Un pouvoir constitutionnel contournant des contraintes classiques du droit 427
B Un droit constitutionnel fondé sur la simple croyance 429
II La théorie du droit constitutionnel une réalité concrétisée par la fiction 431
A Une rationalité interne du droit constitutionnel difficile à prouver 432
B La fiction constitutionnelle, un élément du droit constamment renouvelé 433

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 436

CONCLUSION DU TITRE 2 : 438

CONCLUSION DE LA PARTIE II : 440

CONCLUSION GENERALE DE LA THESE 443

BIBLIOGRAPHIE: 447

INDEX DES TERMES CLES 488