

Pour une vraie chambre des Sages

Le Conseil constitutionnel, dont les membres sont qualifiés de *Sages*, est devenu au fil du temps un rouage du système politique, non sans susciter des critiques. Une analyse de l'évolution du *constitutionalisme* en France, marquée par une instabilité chronique en matière de gouvernance, montre qu'un pas a été réalisé récemment dans la bonne direction sur le plan judiciaire. Une réforme encore plus significative du système juridique ouvrirait la voie à la réforme tant attendue de l'Etat depuis des décennies. La France est en passe de jouer enfin un rôle de pionnier qu'elle a toujours prétendu incarner dans le domaine considéré.

Le passé

Contrairement à l'idée reçue, nous n'avons jamais été à la pointe en matière de *constitutionnalisme*. Née aux Etats-Unis, cette doctrine demeure la pierre angulaire du régime politique américain. Alexis de Tocqueville, parti Outre-Atlantique au début du XIX^e siècle pour tenter de comprendre comment les hommes étaient capables de se gouverner seuls, sans aristocratie, fut le premier à mettre en lumière l'innovation politique majeure, qui ne portait pas encore le nom de démocratie. Les prémices du nouveau régime avaient mûri en Europe. Il repose sur un corpus de règles consignées dans une Constitution, dont le *Bill of Rights*, son premier amendement, constitue encore la pièce maîtresse. Il s'agit d'un véritable contrat politique, dont l'application est garantie par une haute juridiction, la *Cour suprême*.

La nation américaine, dispersée d'abord en colonies, a donné le jour à un Etat fédéral en vertu d'un principe inhérent à la démocratie. La doctrine de Locke et de Montesquieu, dont les Conventionnels américains étaient imprégnés, générera plus avant une forme de religion civique qui a relativement bien fonctionné jusqu'à une époque récente. Tout se passe comme si une immense stèle avait été érigée au centre de l'espace public pour informer le citoyen de ses droits et devoirs, comme cela avait déjà existé dans des cités de la Grèce antique – même s'il s'agissait plutôt de régimes oligarchiques.

La nature de la Cour suprême ne sera jamais vraiment bien définie. Les pères fondateurs ne tardèrent pas à en découvrir les insuffisances. Quand les tables de la loi sont muettes, les juges n'ont guère d'autre choix que d'inventer le droit à leur corps défendant. En s'octroyant ainsi un pouvoir constituant, ils étaient dans la même position que les gouvernants qui fixaient les règles du jeu applicables à eux-mêmes. Ils bénéficieront de la même confiance de la part des citoyens qui, en validant la constitution, en étaient devenus les auteurs symboliques. Aucun pays n'ayant jamais trouvé les clefs de la démocratie, il leur fallait s'approcher toujours plus de cet idéal par essais et des erreurs.

La greffe prendra plus difficilement en France. Il y manquera dès le départ les deux clés du système. La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ne recevra pas force de loi et la haute juridiction utile à sa mise en œuvre faisait défaut. Pire, les magistrats ne pourront pas contester les Lois et courront même le risque d'être poursuivis pour forfaiture, synonyme de

peine de mort. La culture de la démocratie n'avait pas encore fait souche. Il faudra près d'un siècle pour que la République soit définitivement acceptée. La France restait marquée, comme Alexis de Tocqueville l'avait également observé, par des atavismes ancestraux, tandis que l'extension de l'Etat sera considérablement renforcée. Après la phase libérale de la Révolution, les aristocrates ont cédé la place aux tenants d'une toute autre école de pensée.

On en veut pour preuve les qualificatifs retenus pour désigner les nouvelles institutions. La souveraineté ne sera pas enracinée dans les citoyens mais dans l'Etat-Nation, deux concepts amalgamés. Il faut dire c'est l'Etat surtout qui y avait créé la nation dans l'histoire, certains diront même mise à son service. Les députés furent déclarés représentants de la Nation et les gouvernants l'incarnation de la volonté du Peuple (avec une majuscule), une abstraction désespérément muette. Tout occupés que nous étions à célébrer le culte de l'Etat, même s'il ne put être instauré comme une véritable religion séculière, qui accréditera la thèse d'un Etat infiniment bon, sorte de divinité qu'il suffit de solliciter pour qu'elle satisfasse aux besoins de tout un chacun.

Les historiens officiels avaient décerné trop hâtivement des lauriers à de faux constitutionnalistes. Il manquait les garde-fous juridiques nécessaires à la sauvegarde des libertés fondamentales. Il aura fallu attendre l'époque contemporaine pour prendre conscience des inconvénients de l'absence d'un préambule constitutionnel dont les principes aurait pu faire obstacle à la volonté de puissance des gouvernants et à l'extension du périmètre étatique laissée à leur libre appréciation. L'absence de ce contrôle de constitutionnalité allait se traduire par une hypertrophie étatique chronique, qui ne fera que s'aggraver. Deux siècles après l'onde de choc de la Révolution, la France est restée en retard en matière de constitutionalisme. Nombre de lois auraient déjà été dû être déclarées inconstitutionnelles plus tôt.

Le présent

C'est quand le vent de démocratisation souffla sur toute la planète que la France commença à prêter plus d'attention aux questions de droit. Certains pays voisins, où il existait déjà un début de jurisprudence constitutionnelle, avaient mis en place des Cours constitutionnelles aptes à exercer un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois. Une occasion unique de faire de même se présenta en France quand le Conseil constitutionnel sortit subitement de sa léthargie en 1971 pour faire obstacle à un projet de loi gouvernemental qui portait atteinte à la liberté d'association garantie par les préambules. Il avait changé de nature par rapport au rôle qui lui avait été assigné par la constitution de 1968 – protéger le gouvernement contre d'éventuels abus de pouvoir législatif. Il sera confirmé dans cette nouvelle fonction en 1974, au bénéfice des parlementaires d'opposition principalement, qui pouvaient désormais demander la censure partielle ou totale d'une loi présumée contraire aux grands principes. La France s'ouvrait à une culture juridique nouvelle.

Le Conseil constitutionnel nouvelle manière partait avec deux handicaps. Tout d'abord la fragilité de ses deux premières normes de référence, des textes d'un autre âge et surtout équivoques : la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, qui renvoie le contenu des libertés à la Loi (avec une majuscule) ; et le *préambule de la Constitution de 1946* marqués par des slogans partisans. On y lit que « tout homme a le droit ... d'obtenir un emploi » (art.5) ou « tout travailleur participe... à la gestion des entreprises » (art. 8). L'article premier mettait par

ailleurs l'accent sur l'existence de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », accréditant l'idée que les normes à valeur constitutionnelle proviennent du parlement, en contradiction avec le postulat fondateur de la démocratie. Ce sont les lois qui sont assujetties aux principes supérieurs inhérents à la nature de ce régime.

La constitution française était déjà marquée par les stigmates du *légitimisme*, doctrine qui fait des élus nationaux la source du droit. Cette philosophie sera immortalisée plus tard par les paroles imprudentes d'un député néophyte après la victoire des socialistes en 1981 : « vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires ». Ce primat supposé du politique (les élus) sur le juridique (les magistrats) ne fonctionne pas quand il s'agit de principes fondamentaux. Quand les juges jouent alors leur rôle, qualifié alors à tort de gouvernement des juges, ils ne font que remplir leur fonction : faire respecter le droit. C'est parce que le législateur n'est pas la source absolue du droit qu'un contrôle de constitutionnalité s'impose. La réforme de 1974 était en réalité timide, tant parce que la saisine ne profitait qu'à des élus et qu'il n'était pas obligatoire pour toutes les lois.

Prenant acte du préambule de 1946, les juristes du Conseil d'Etat ont extrait du magma du droit positif des principes supérieurs pour renforcer ledit *bloc de constitutionnalité*. Il en résulta surtout un patchwork hétéroclite, inconnu du public, sujet à caution également du fait que les parlementaires peuvent y introduire à leur guise des idées dans l'air du temps – comme cela avait déjà été le cas dans le passé avec le droit de grève. Viendront s'ajouter une charte de l'environnement et depuis peu l'interruption volontaire de grossesse, sans omettre le concept de *parité* auquel le Conseil avait tenté de s'opposer en s'appuyant sur la Déclaration de 1789 – il sera mis fin au principe de l'égalité de droit entre les hommes et les femmes. Ce n'est pas lieu de débattre de la validité de ce contenu, mais il est difficile pour les démocrates de ne pas se sentir mal à l'aise quand des normes à valeur constitutionnelle n'ont qu'un lointain rapport avec les principes fondamentaux du droit et reflètent surtout les obsessions de minorités organisées.

La difficulté vient par ailleurs du statut hybride des membres du Conseil constitutionnel, dont la légitimité n'est pas claire. Quand ils doivent exercer des contrôles *a priori* et débattre dans l'abstrait de la question pour savoir si une législation est conforme au droit, tout se passe comme s'ils exerçaient le pouvoir constituant, car ils décident alors de la nature des principes fondamentaux. L'instauration par ailleurs en 2010 de la QPC (Question prioritaire de constitutionnalité) permettant au justiciable de faire valoir les principes fondamentaux, les fait participer au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Ils se trouvent ainsi en position de décideurs en dernier ressort dans une procédure relevant de l'institution judiciaire, alors qu'ils n'en font pas partie. Le Conseil constitutionnel a été élevé au rang de juridiction suprême d'une façon quelque peu arbitraire, qui ne sera plus possible quand les derniers progrès de la science permettront de leur retirer bientôt le pouvoir constituant.

Le genre mal déterminé de ses membres n'a pas fait obstacle aux prises de décision et n'a pas eu pour effet de rendre le bilan de leurs travaux négatif. Un contrôle de constitutionnalité même imparfait est préférable à son absence. Si la direction prise par la Justice a été la bonne, il faut maintenant pousser les feux plus avant et profiter des circonstances pour que les réformes puissent être réalisées désormais dans les règles de l'art.

L'avenir

Le contrôle de conformité *a posteriori*, qui relève de l'institution judiciaire, devrait être beaucoup plus étendu. Les justifiable est fondé exiger le respect des principes supérieurs de droit dès le premier niveau de juridiction, en vertu du principe de la hiérarchie des normes. Le citoyen sera incité au passage à s'intéresser davantage à son contrat politique, au contenu du préambule qui devrait exister dans la constitution.

Cette entrée de plain-pied dans le constitutionalisme obligera l'Etat à entreprendre une réforme en profondeur de l'institution judiciaire. Le juge ordinaire aura désormais à connaître de la jurisprudence constitutionnelle, quitte à renvoyer si nécessaire l'affaire à un échelon supérieur s'il s'estime incompétent pour juger. Cela supposera par ailleurs l'instauration d'une haute juridiction unique au sommet de la pyramide judiciaire, indispensable pour pouvoir garantir l'unité et la cohérence du droit. Il faudra dans le même temps mettre fin aux tribunaux d'exception et la dualité des juridictions, car les sphères privée et publique (quels que soient les protagonistes) sont assujetties au respect des mêmes principes fondamentaux. La nouvelle haute juridiction pourra s'appeler *Haute Cour* si on entend privilégier la terminologie française. Elle héritera de la fusion des moyens de la Cour de Cassation, du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat (en tant que chambre administrative de dernière instance). A l'issue de cette réforme, le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* sera pleinement assuré.

Il restera le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*. Il devra changer de nature en raison d'un élément nouveau essentiel : le concept de démocratie est désormais clairement explicité. L'avancée décisive est due à un académicien français, Jean Baechler (1937-2022), qui a su définir le modèle démocratique dans toute sa rationalité par la méthode dite scientifique. C'était possible à condition de l'extraire du réel à partir de la connaissance de l'histoire, bien documentée depuis le néolithique, le seul laboratoire qui permette de tester toutes les hypothèses plausibles sur le plan politique. Il est possible d'en déduire les principes fondateurs du régime appelés à figurer en préambule de la constitution et pouvant prendre idéalement la forme d'une *déclaration des libertés et des devoirs du citoyen* (dont nous présentons un exemple en annexe). Il en découle également la façon dont un régime démocratique peut fonctionner dans les meilleures conditions, le second volet du triptyque constitutionnel.

Dès lors que l'on connaît ainsi le contenu de la constitution, il ne faut plus seulement s'assurer de la légalité des lois au regard de la constitution, mais aussi s'assurer de la conformité de la constitution au modèle démocratique. Les lois à venir ne devront plus seulement être conformes à la constitution, mais également, pour être *légitimes* et plus seulement légales, en phase avec le modèle démocratique, avant ou après que la constitution aura été mise aux normes de la démocratie. La tâche revient aux citoyens eux-mêmes, car, depuis que les règles de la démocratie ont intégré le domaine du savoir, ils peuvent exercer eux-mêmes le pouvoir constituant.

Il suffit pour cela qu'ils se dotent de mandataires de premier rang pour les représenter dans l'exercice de cette compétence qui leur appartient exclusivement. Ces nouveaux délégués du citoyen ne pourront pas être des élus, car ils doivent être étrangers aux débats partisans comme les magistrats et disposer des qualités nécessaires pour mériter le titre de *Sages* au plein sens du terme. Le Conseil constitutionnel sera devenu à nouveau superfétatoire. Ce sera également

le cas du Sénat, qui aura perdu sa raison d'être car il existera désormais une véritable *chambre haute*. Une démocratie moderne comptera désormais deux assemblées de type très différent, l'une en charge des actes constitutants, l'autre des lois ordinaires et du contrôle du gouvernement.

Ce sont les Sages qui fixeront désormais les règles du jeu politiques. Ils statueront à la majorité qualifiée, une fois éclairés de façon contradictoire par les experts d'un domaine très particulier : la problématique de la démocratie. Comme le modèle démocratique est d'une logique à toute épreuve, vérifiée par nombre d'expériences, les désaccords entre experts ne portera plus que sur des détails et des points de vocabulaire. Il existera désormais deux types de constitutionnalistes : les spécialistes des constitutions « telles qu'elles sont », les experts au droit public au service des gouvernants et des acteurs de la société civile ; et les *docteurs en démocratie*, nouveaux acteurs sur la scène politique, spécialistes de la constitution « telle qu'elle devrait être », à la disposition quant à eux des citoyens insatisfaits et des aspirants au pouvoir constituant. Ils seront en effet dans leur domaine l'équivalent des médecins veillant à la bonne santé des patients.

La chambre haute, qui ne pouvait pas exister plus tôt, est nécessaire de toute façon car le travail constituant toujours inachevé. Une constitution, concise pour être compréhensible de tous, ne saurait inclure tous les détails utiles à sa mise en œuvre. Ayant besoin d'être sans cesse améliorée à la marge, elle est par nature vivante. Le travail constituant comprend également la mise à jour des lois organiques, comme le règlement intérieur de la chambre basse, le mode de nomination des juges ou encore l'éventuelle nécessité de mettre en place des hautes autorités indépendantes, qui deviendront pour leur part beaucoup plus rares.

Les membres de la haute assemblée exerceront une autre fonction essentielle, celle de gardiens du temple. Ils disposeront à cet effet d'un droit de veto opposable d'emblée aux interventions étatiques qui ne se justifient pas vraiment. Les citoyens seront ainsi protégés contre le risque de dérives contre-nature de l'Etat, au premier rang desquelles figure le *populisme*. On ne saurait y voir l'expression d'une idéologie *illibérale*, car le phénomène n'est pas le fait en général d'idéologues, mais la conséquence d'une absence de contrôle de la légalité des actes publics. Certains gouvernants, grisés par un pouvoir qu'ils peuvent renforcer à volonté en élargissant le périmètre étatique, sont tentés de violer le droit au nom d'une chimérique volonté populaire.

Pour le recrutement de ces nouveaux délégués du citoyen, une nouvelle procédure s'impose. A la différence des candidats aux élections sélectionnés par les partis pour leurs opinions et leur talent oratoire, ils seront désignés par des jurys de citoyens aptes à reconnaître en eux les qualités requises pour exercer cette mission spécifique. Pour qu'ils puissent être renouvelés régulièrement et éviter les phénomènes de coterie, ils seront tirés au sort dans un collège suffisamment large. C'est à eux qu'il reviendra également de désigner l'homme ou la femme qui auront toutes qualités requises pour exercer la fonction de chef de l'Etat, qui ne pourra plus faire concurrence au Premier ministre.

On aura affaire à des hommes et des femmes qui, ayant déjà fait leurs preuves dans leur vie active, souhaitent simplement contribuer au bien commun et faire bénéficier la

collectivité de leur expérience et de leurs talents, sans escompter en retour beaucoup plus que l'estime de leurs concitoyens. Hormis des défraiements rendus nécessaires par l'exercice de leur mission, ils pourront bénéficier d'un complément de ressources s'ils sont encore en activité ou disposent de revenus modiques. Le monde politique s'ouvrira ainsi à la société civile. On aura apporté un début de réponse à la question de savoir comment restaurer la confiance des citoyens envers leurs gouvernants. Les citoyens en mal de démocratie sauront désormais à qui s'adresser en cas d'autres déficiences dans le système politique.

La mise en place d'une véritable chambre haute ressuscitera la fonction de Sages, qui ont déjà joué un rôle essentiel dans l'histoire de l'humanité. Quand les anciens se réunissaient dans les sociétés primitives sous l'arbre à palabres pour résoudre les conflits, ils ne faisaient rien d'autre que dire le droit et fixer les règles nécessaires à la vie en commun. Il reste à savoir comment réaliser ce saut qualitatif et d'apparence paradoxale dans les sociétés modernes, afin de pouvoir réconcilier les citoyens bombardés qu'ils sont devenus d'idées abstraites qui leur font perdre leurs repères. La logique plaide en faveur de l'organisation d'*Etats généraux de la démocratie*, qui seraient conçus dans un double but : permettre aux experts de faire chorus dans le domaine considéré ; puis aux citoyens de désigner les membres d'une *véritable chambre des Sages*, nécessaire pour entériner et entretenir ensuite les règles communes.

Annexe

Déclaration des droits et des devoirs du citoyen

Nous, citoyens du monde, soucieux de donner à chacun une plus grande chance de s'épanouir, proclamons notre attachement aux principes de la démocratie.

1. Chaque citoyen est souverain. Il place le bien commun en tête de ses intérêts particuliers. Il renonce à la violence et confie le monopole de la coercition à l'Etat. Les conflits d'intérêt et d'opinion se résolvent par des échanges pacifiques. La force publique s'exerce dans les formes légales et pour les motifs dont la légitimité est dûment constatée.
2. Les libertés forment un tout indivisible : liberté de pensée, de religion, d'expression, de propriété, de don, d'union, de réunion, de création, d'association ; liberté de s'instruire, de travailler, de circuler, d'échanger, de contracter et d'entreprendre. Les libertés de chacun ne peuvent porter atteinte aux libertés d'autrui. Nul ne peut se voir retirer une liberté sur simple présomption de comportement délictueux.
3. Les citoyens participent à la vie publique. Ils délèguent leur souveraineté par la voie d'élections. La définition de qui est citoyen et participe à la sphère publique relève de la loi. Les choix politiques se décident au niveau le plus proche possible du citoyen. Les élus s'efforcent de concilier le souhaitable et le possible. Les partis proposent des orientations et sélectionnent des candidats. Les scrutins visent à réunir une majorité de citoyens pour soutenir l'action commune. Le chef de gouvernement est placé sous

le contrôle des élus nationaux. Les compensations auxquelles les élus ont droit ne visent pas à leur procurer un métier. Les professionnels de l'information veillent à la véracité des savoirs et des nouvelles qu'ils diffusent.

4. Le chef de l'Etat incarne l'unité nationale et le respect du droit. L'Etat a pour fonction première de fixer les lois. Les députés ne sont pas la source absolue de la loi. Ils sont éclairés de façon contradictoire par des experts indépendants de la puissance publique. Les lois sont les mêmes pour tous. Elles ne peuvent interdire que les actes nuisibles à la société. La nature des peines relève de la loi. Les peines sont proportionnelles à la gravité des délits. Nul ne peut être soumis à la torture ni à des traitements dégradants.
5. La Justice veille au respect des lois. La Justice est saisie après épuisement des procédures de conciliation privées. Les magistrats sont indépendants du pouvoir politique. L'Etat garantit la permanence de ses fonctions. Les emplois dans les services publics sont accessibles à tous. Ils ne sont jamais acquis à titre définitif. Ils sont attribués aux conditions les plus avantageuses pour le Trésor public. Les services publics s'abstiennent d'accomplir les tâches que les citoyens peuvent accomplir en s'associant librement. L'utilité commune d'une activité peut justifier un financement collectif. Les aides publiques n'impliquent pas la création d'un monopole restreignant la liberté de choix. Elles sont accordées de façon transparente et selon des règles propres à sauvegarder l'intérêt de tous. Le champ de l'utilité commune est défini par la loi ou les assemblées territoriales concernées.
6. La redistribution de la richesse collective s'opère par le financement des charges communes. Elle tient compte des capacités contributives de chacun. Les citoyens consentent à l'impôt et à la dépense publique par l'intermédiaire de leurs délégués. Les gestionnaires des deniers publics sont astreints au devoir d'économie. Ils veillent à équilibrer les dépenses et les recettes. Il est interdit de reporter sur les générations futures les dépenses courantes.
7. Le critère de la justice dans la répartition de la richesse est la contribution de chacun à la production de celle-ci. Si les partages même justes sont si inégaux qu'ils menacent la concorde, l'Etat réduit les écarts dans le sens de l'égalité en vertu du principe d'équité. Nul ne peut être privé d'un bien sans que l'utilité commune dudit bien soit démontrée et qu'une juste indemnité ne soit versée. Quand les règles de justice et d'équité ne suffisent pas à assurer à une personne sa dignité ni une vie décente, les citoyens se doivent de lui porter secours. L'aide aux handicapés est une charge commune. Si les facultés d'une personne la privent de son libre-arbitre, la collectivité prévoit sa protection.
8. Chacun est propriétaire de sa vie et maître de son destin. Les intérêts particuliers se réalisent dans la sphère privée. La confrontation des intérêts particuliers s'opère par la voie de libres contrats. La loi respecte la liberté des partenaires dans l'appréciation de la valeur des biens échangés. Les ententes sur les prix des biens et des services, y compris le montant des salaires, sont interdites. Les salariés du secteur public sont

assujettis à un devoir de réserve. La défense des intérêts des salariés du secteur public et du secteur privé relève des débats internes aux organes qui les emploient.

9. Les citoyens s'assurent par l'épargne et la solidarité mutuelle contre les aléas de l'existence. La loi protège la société contre le risque d'imprévoyance d'un trop grand nombre. L'Etat garantit l'accès aux soins à ceux qui ne peuvent se prendre en charge. La loi fixe les conditions dans lesquelles les personnes valides bénéficiant de l'assistance publique sont redevables de contreparties envers la collectivité.
10. La démocratie suppose des citoyens idéalement vertueux. Les familles veillent à l'éducation de leurs enfants. Elles sont libres de choisir la religion dans laquelle elles souhaitent qu'ils soient éventuellement élevés. L'Etat favorise l'accès de tous à l'instruction et à la compréhension des règles de la vie en société. Il ne facilite pas la tâche aux ennemis de la démocratie.

Déclaration élaborée à partir du *Précis de la démocratie* de Jean Baechler, édité par l'Unesco en 1993