

# Les défis de l'anticonstitutionnalisme\*

## The challenges of anti-constitutionalism

**Théo Ducharme<sup>1</sup>**

Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, França  
theo.ducharme@univ-paris1.fr

### Résumé

Cet essai est issu d'une conférence donnée à Porto Alegre, à l'école doctorale en Droit de l'Unisinos à l'occasion spéciale du colloque sur les 35 ans de la Constitution brésilienne et les défis de l'État de droit, le 24 octobre 2023. L'objectif général est de discuter comment les crises récentes, de la crise des « gilets jaunes » à celle contre la réforme des retraites en 2023, ont mis en exergue une forme d'opposition aux normes constitutionnelles. L'ensemble de ces crises et d'autres peut constituer ce que nous appelons ici l'anticonstitutionnalisme.

**Mots clés:** droit constitutionnel, anticonstitutionnalisme, contrôle de constitutionnalité.

### Abstract

This essay comes from a conference given in Porto Alegre, at the Unisinos doctoral school of Law on the special occasion of the conference on 35 years of the Brazilian Constitution and the challenges of the rule of law, the October 24, 2023. The general objective is to discuss how recent crises, from the “yellow vest” crisis to that against pension reform in 2023, have highlighted a form of opposition to constitutional norms. All of these crises and others can constitute what we call here anti-constitutionalism.

**Keywords:** constitutional law; anti-constitutionalism; judicial review.

---

\* Ce travail est un résultat partiel du projet « Crises multisectorielles et systémiques », soutenu par les ressources du programme binational CAPES/COFECUB (Appel n. 32/2022).

<sup>1</sup> Maître de conférences de Droit public, l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, UMR CNRS 8103. Université Paris 1. Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne. Campus Port-Royal. Centre Lourcine Bâtiment 1 Suzanne Bastid. 1, rue de la Glacière, 3e étage. 75013 Paris, France.

## Introduction

La Ve République a une relation particulière avec les crises. Elle est née au milieu d'une crise – la guerre d'Algérie – avec l'appel du Président Coty « au plus illustre des Français », le Général de Gaulle. Ce dernier, co-rédacteur de la nouvelle Constitution, a pris le soin d'y ajouter des outils permettant de lutter contre des crises à l'article 16 avec la possibilité d'octroyer des pouvoirs exceptionnels au Président de la République et à l'article 36 avec l'état de siège. Ainsi, le droit constitutionnel n'ignore pas les crises. En revanche, depuis quelques années, demeure cette impression que nous vivons en état de crise perpétuelle : la crise financière, la crise terroriste, la crise de la Covid, la crise environnementale, la crise de la guerre en Ukraine, la crise de l'inflation... crises qui éprouvent la Constitution et le modèle constitutionnaliste d'expression de la volonté générale.

À côté de ces crises sociétales, la Ve République est confrontée à un nouveau défi : celui de l'anticonstitutionnalisme. Si la Constitution de 1958 n'a pas engendré un régime constitutionnaliste d'expression de la volonté générale, le développement du contrôle de constitutionnalité a permis d'affirmer progressivement le constitutionnalisme moderne (Blacher, 2001, pp 12-13). Ce dernier est appréhendé comme le système dans lequel « c'est le juge qui a pour fonction de garantir la suprématie de la norme constitutionnelle. La suprématie constitutionnelle implique que le juge soit le "gardien" de la Constitution » (Gren, 2017, p. 32). Ainsi, l'introduction du contrôle *a priori* de la loi, couplée à la décision de 1971 *Liberté d'association*<sup>2</sup>, a provoqué une évolution essentielle du contrôle de constitutionnalité ; évolution complétée par la création de la question prioritaire de constitutionnalité introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Il apparaissait dès lors acquis que le contrôle de constitutionnalité constitue une forme d'approfondissement du régime démocratique français en permettant de garantir les droits et libertés constitutionnels et plus seulement la séparation des pouvoirs suivant la formule de l'article 16 de la déclaration de 1789<sup>3</sup>. Par là-même, ce contrôle de constitutionnalité permet d'assurer la longévité des principes constitutionnels en les imposant aux pouvoirs publics et en particulier au législateur. Toutefois, les crises récentes, au premier lieu desquelles la crise des « gilets jaunes », qui a débuté fin 2019, et celle contre la réforme des retraites en 2023, ont mis en exergue une forme d'opposition aux normes constitutionnelles. Ces crises ne se limitent plus à contester des politiques publiques, elles conduisent également à remettre en cause la légitimité d'outils constitutionnels et, par suite, la Constitution du 4 octobre 1958. Mais les critiques ne s'arrêtent pas à la contestation de certains outils constitutionnels. Les juristes, au

<sup>2</sup> Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*, cette décision avait été précédée d'une autre décision en 1970 intégrant le préambule de 1958 dans les normes de références, Cons. const., 19 juin 1970, n° 70-39 DC, *Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une commission unique des Communautés européennes et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés*.

<sup>3</sup> « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

premier rang desquels les professeurs de droit et des membres des juridictions sommitales, remettent en cause le principe même du constitutionnalisme moderne de sorte que le régime de la Ve République fait face aux défis de l'anticonstitutionnalisme.

## De la contestation de la Constitution

La Constitution, qui semblait être éloignée des préoccupations du citoyen, est progressivement devenue un élément au cœur des crises récentes. La crise des « gilets jaunes », également appelée la crise de la « France périphérique » ou de la « France des oubliés » a, ainsi, conduit à une contestation de l'outil constitutionnel. La Constitution de 1958 ne serait pas suffisamment démocratique, elle ne laisserait pas suffisamment la voix du peuple s'exprimer directement<sup>4</sup>. Par suite, le système représentatif de la Ve République a été critiqué sur le fond d'une opposition entre les « élites » et le peuple. Les premiers représenteraient les membres du corps politique, exécutif et législatif et même les juges. Ils seraient déconnectés des préoccupations des citoyens. La résultante juridique serait la suivante : la volonté exprimée par les représentants du corps électoral ne serait plus identifiable à la volonté générale. Le système représentatif produirait donc une dichotomie entre la volonté exprimée et la volonté populaire (Calvès, 2022, p. 65-68).

Or, les outils référendaires actuellement prévus dans la Constitution ne permettent pas une expression directe du peuple. En effet, la première forme de référendum ne permet que de poser une question, choix par des représentants, au corps électoral. L'article 11 de la Constitution dispose en ce sens que « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ». L'intervention du peuple se limite alors seulement au seul vote des électeurs, il n'y a pas d'intervention sur le choix du sujet, le choix de la question et le contrôle de l'exécution de la réponse.

Pour pallier cette intervention limitée du corps électoral, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a organisé une seconde forme de référendum législatif en créant un référendum d'initiative partagée aux alinéas 3 et suivants du même article 11. Cette procédure se caractérise par un cérémonial complexe qui en réduit fortement la portée et l'utilité. La proposition, qui doit être conforme à la Constitution, doit être réalisée par un cinquième des membres du Parlement. Cette initiative doit ensuite être soutenue par un dixième du corps électoral. Troisièmement ce n'est seulement qu'après ces deux étapes que, « si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique », le Président de la République la soumet au référendum. En conséquence, les membres du corps électoral ne peuvent que soutenir et voter la proposition, ils ne peuvent pas en être à l'initiative,

<sup>4</sup> « Qu'est-ce que le référendum d'initiative citoyenne (RIC) demandé par des "gilets jaunes" ? », *Le Monde*, 7 décembre 2018.

ils ne peuvent donc pas déterminer la question. Surtout, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a tout fait pour encadrer la procédure. Il s'agit d'une forme de référendum de façade dès lors qu'il est dans la pratique très délicat à mettre en œuvre comme l'illustrent les échecs relatifs aux référendums sur la privatisation d'Aéroport de Paris (Delpech, 2020) ou sur l'âge de départ à la réforme des retraites (Verpeaux, 2023, p. 1066).

Cette réforme des retraites a également constitué une crise sociale avec une forte mobilisation citoyenne et des manifestations très fréquentes. Si les citoyens s'opposaient au passage de l'âge de départ à la retraite à 64 ans, ils contestaient aussi la procédure d'adoption de la loi et le recours à l'article 49, alinéa 3<sup>5</sup>. En effet, le Gouvernement, dirigé par le Président, a utilisé une panoplie des outils du parlement rationalisé : l'article 47-1 de la Constitution qui limite le temps de discussion pour les projets de loi de financement de la sécurité sociale ; l'article 49, alinéa 3 qui permet d'engager la responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un texte à l'Assemblée nationale ; l'article 44, alinéa 3 et la procédure du vote bloqué au Sénat qui conduit à limiter la durée des débats parlementaires (Baranger, 2023). Malgré cette combinaison, quasi-historique, d'outils limitant la discussion parlementaire, le Conseil constitutionnel n'a sanctionné aucune atteinte au principe constitutionnel de clarté et de sincérité des débats parlementaires ou à une autre norme constitutionnelle.<sup>6</sup>

La crise de la réforme des retraites a donc illustré la remise en cause ou la critique du système de la Ve République et du parlementarisme rationalisé. Un système où les citoyens n'ont pas suffisamment de place pour participer à la délibération (exemple de la Convention citoyenne sur le Climat) et un système trop fortement déséquilibré au profit de l'exécutif. Depuis les élections législatives de 2022 le Gouvernement n'a pas de majorité absolue à l'Assemblée nationale mais la Constitution lui offre les outils pour gouverner comme avec l'article 49, alinéa 3.

On en revient à la problématique de la longévité de la Constitution : est-elle encore adaptée, répond-elle encore à la volonté générale d'une génération ? Est-ce que les institutions sont encore au niveau des idées ? Il y aurait une nécessité de modifier la Constitution. Toutefois, la révision de 2008 a, d'ores et déjà, modifié les deux articles les plus décriés aujourd'hui : le référendum et le 49, alinéa 3, mais les modifications n'ont pas été pas suffisamment importantes au regard des demandes de la société. Si le Président a proposé, lors de l'anniversaire de la Constitution, d'ouvrir l'outil référendaire à toute question<sup>7</sup>, cette proposition n'est pas sans risque. Le référendum constitue un outil généralement avancé pour dépasser les limites fixées par le cadre constitutionnel et principalement les droits et libertés fondamentaux. Les contestations du texte constitutionnel renvoient alors plus largement à la contestation même du constitutionnalisme.

<sup>5</sup> « Réforme des retraites : l'usage du 49.3 'a fait basculer la contestation dans une nouvelle dimension' », *Le Monde*, 22 mars 2023.

<sup>6</sup> Cons. const., n° 2023-849 DC du 14 avril 2023, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023*.

<sup>7</sup> « Emmanuel Macron propose de changer les règles du référendum », *Libération*, 17 octobre 2023.

## De la contestation du constitutionnalisme

Des juristes comme Bertrand Mathieu ou Jean-Éric Schoettl contestent ouvertement le constitutionnalisme moderne en considérant que le droit, et en particulier les droits fondamentaux, est contre la démocratie représentative. Ce mouvement semble s'être progressivement banalisé tant les ouvrages (Schoettl, 2022), articles (Mathieu, 2017, p. 4) et éditos (Drago, 2024)<sup>8</sup> se multiplient. Ces auteurs estiment que la démocratie réside dans la volonté de la majorité. Par suite, le fameux (parfois fumeux) argument du gouvernement des juges constituerait la principale crainte contre la démocratie. Pour ne reprendre que les écrits de Jean-Éric Schoettl, il conteste la place du Conseil constitutionnel ou celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'organisation actuelle des pouvoirs : des juges non élus ne disposeraient d'aucune légitimité pour s'opposer à des décisions prises par le pouvoir politique. La démocratie représentative prime donc sur une approche plus englobante de la démocratie intégrant la nécessaire garantie des droits : pour reprendre l'article 16 de la Constitution « toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Ce qui marque le plus dans ces écrits c'est la contestation ouverte de la garantie des droits fondamentaux. Les auteurs critiquent la présence de « trop de droits fondamentaux » ou encore que le droit pouvoir politique soit soumis au respect desdits droits et libertés. Cette critique s'illustre par une proposition précise. Bertrand Mathieu et Jean-Éric Schoettl soutiennent, par exemple, la nécessité de donner un « dernier mot » au Parlement face à une décision du Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution<sup>9</sup>. Pour le premier, le « dernier mot » est un enjeu démocratique essentiel qui permettrait au Parlement d'adopter une loi, à la majorité simple ou qualifiée suivant les modèles, afin de faire échec à une décision d'inconstitutionnalité. Si le lit de justice constitutionnelle existe déjà, il implique une procédure spécifique, organisée par l'article 89 de la Constitution ; procédure plus contraignante que celle d'adoption d'une loi. En revanche, la procédure proposée détonne par la conception qu'elle implique : réaffirmer la souveraineté du législateur. Cette dernière a justement été abandonnée par le constitutionnalisme moderne afin de faire primer la protection des droits sur la volonté majoritaire qui peut errer.

Cette proposition n'est pas cantonnée à certains juristes, elle a également été reprise par des responsables politiques. Dans le cadre d'une proposition de loi constitutionnelle de juin 2023<sup>10</sup>, Les Républicains proposent de donner le dernier mot au Parlement face aux décisions de justice et en particulier face aux droits européens. D'ailleurs, même l'actuel ministre de l'Intérieur conteste la supériorité des décisions de justice<sup>11</sup> en refusant d'appliquer une décision

<sup>8</sup> G. Drago, « Loi immigration : ce que l'on peut attendre de la décision du Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 23 janvier 2024. Pour l'auteur, « Le législateur français est contraint, corseté, empêché de modifier une législation dont chacun sait qu'elle est extraordinairement favorable aux étrangers, en ce qu'elle leur confère des droits et libertés fondamentaux de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tout législateur dans ce domaine ».

<sup>9</sup> Contrôle de constitutionnalité : débat autour d'une clause de dernier mot au profit du parlement, l'hétairie, 9 janvier 2019.

<sup>10</sup> Proposition de loi constitutionnelle n° 1322 « relative à la souveraineté de la France, à la nationalité, à l'immigration et à l'asile ».

<sup>11</sup> « L'Etat n'a rien à gagner au non-respect par le ministre de l'intérieur des décisions de justice », Tribune dans *Le Monde*, 11 janvier 2024.

de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce mouvement de contestation de la supériorité des normes juridiques sur les décisions politiques n'est donc pas épiphénomène. Elle s'étend également à la contestation des autorités administratives indépendantes<sup>12</sup>. Cette contestation entraîne, pour les mêmes raisons, une mise en exergue du référendum comme un moyen d'outrepasser la justice constitutionnelle. Ces différents éléments traduisent une remise en cause du constitutionnalisme par la promotion d'une démocratie populaire (ou populiste). L'objectif est, d'une part, de contourner les normes constitutionnelles par un dernier mot au pouvoir législatif et, d'autre part, de recourir au référendum pour échapper au contrôle de constitutionnalité.

Le régime français fait donc face à une remise en cause du constitutionnalisme moderne qui semblait être l'acquis de la fin du XXe siècle. Toutefois, le constitutionnalisme n'est pas une fin en soi, il y a toujours un risque qu'il soit remis en cause et il nécessite une attention de tous les instants.

## Bibliographie

- BARANGER, D. 2023. 'Un spectacle lamentable': la réforme des retraites entre opposition radicale et mauvaises pratiques gouvernementales. *Blog Jus Politicum*, 9 mars, <https://blog.juspoliticum.com/2023/03/09/un-spectacle-lamentable-la-reforme-des-retraites-entre-opposition-radicale-et-mauvaises-pratiques-gouvernementales-par-denis-baranger/>
- BLACHER, P. 2001. *Contrôle de constitutionnalité et Volonté générale*. Coll. « Les grandes thèses du droit français ». Paris, PUF.
- CALVES, G. 2022. Rendre la parole au peuple ? La question du RIC. *Constructif*, 61(1):65-68.
- DRAGO, G. 2024. Loi immigration : ce que l'on peut attendre de la décision du Conseil constitutionnel. *Le Figaro*, 23 janvier, <https://www.lefigaro.fr/vox/politique/loi-immigration-ce-que-l-on-peut-attendre-de-l-avis-du-conseil-constitutionnel-20240123>
- DELPECH, X. 2020. RIP : *rest in peace*... le référendum d'initiative partagé sur la privatisation d'ADP. *Dalloz Actualité*, 30 mars, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/rip-rest-peace-referendum-d-initiative-partage-sur-privatisation-d-adp>
- GREN, M. 2017. *De la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle. Étude comparée d'un changement de paradigme en France, en Israël et au Royaume-Uni*. Thèse doctorale. Paris, Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne.
- MATHIEU, B. 2017. Les droits fondamentaux, tels qu'invoqués aujourd'hui, affaiblissent la démocratie. *LPA. Petites Affiches*, 13 novembre, <https://www.actu-juridique.fr/libertes-publiques-ddh/les-droits-fondamentaux-tels-quinvoques-aujourd'hui-affaiblissent-la-democratie/>
- SCHOETTL, J.-É. 2022. *La démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges*. Paris, Gallimard.
- VERPEAUX, M. 2023. Le RIP ou la lutte sur tous les fronts. *AJDA. Actualité juridique. Droit administratif*, 20:1066.

Submetido: 30/01/2023

Aceito: 02/07/2024

<sup>12</sup> « Wauquiez : la droite contre l'État de droit ? », *Radio France*, 11 mai 2023.