



HAL
open science

Le concept de république dans le droit public français

Pierre Brunet

► **To cite this version:**

Pierre Brunet. Le concept de république dans le droit public français. B. Krulic. La République en perspective, Presses Univ. Laval, pp.99-130, 2009. halshs-00323341

HAL Id: halshs-00323341

<https://shs.hal.science/halshs-00323341>

Submitted on 20 Dec 2008

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.

LE CONCEPT DE RÉPUBLIQUE DANS LE DROIT PUBLIC FRANÇAIS

Pierre Brunet

*Professeur à l'Université de Paris X, Centre de Théorie et d'Analyse du Droit,
UMR CNRS 7074*

À paraître ds les actes du colloque international

La République : valeurs et représentations (oct. 2007)

organisé par le Centre de Recherches pluridisciplinaires multilingues de Paris X
(CRPM)

dir. B. Krulic

Au risque d'ennuyer, ou pire de décevoir, il convient de fixer quelques bornes à un sujet aussi vaste, quand bien même on aurait préalablement pris la précaution d'avertir qu'on le traitera du point de vue du juriste. Encore faut-il en effet préciser quelle idée on se fait ici de ce que l'on entend par « droit » tant ce terme peut prêter à confusion.

Système de règles tendant à l'organisation sociale et inspirées de la raison humaine (ou du bon sens) pour les uns, ensemble de normes émanant d'un pouvoir souverain et produit de sa seule volonté pour les autres, le droit dont on entend parler ici sera ce système dynamique de normes dont parlait Hans Kelsen¹, et qu'il opposait habilement à ce qu'il appelait un système statique : tandis que ce dernier consiste en un ensemble de normes déduites les unes des autres au moyen d'inférences logiques et présupposant une norme elle-même donnée comme auto-évidente, comme fondement ultime de la Raison, le système dynamique est un ensemble de normes produites les unes par les autres et donc toutes dépourvues d'un fondement rationnel ultime mais liées les unes aux autres par un processus d'imputation à une autorité habilitée à imposer une volonté.

La représentation du système juridique comme un système dynamique a pour elle plusieurs mérites : d'une part, elle permet de se débarrasser du présupposé cognitiviste qui voudrait qu'il existât une norme rationnelle ultime ; d'autre part, elle conduit à mettre en évidence le rôle essentiel de l'interprétation entendue comme pratique tendant à décider de la signification normative de certains énoncés ; enfin, elle oblige à s'intéresser aux justifications que produisent les autorités habilitées à poser des normes et dont on peut alors considérer qu'elles sont propres au système juridique. Ces justifications empruntent ou contribuent à l'élaboration d'une idéologie dont tout système juridique a besoin pour donner l'illusion d'une unité que cette norme ultime constituerait.

Il n'est guère difficile de comprendre que le concept de République joue précisément ce rôle en droit public français. Il suffit pour ce faire de s'intéresser

¹ *Théorie pure du droit* (1960), trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 314 s. v. aussi N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* (1960), Turin, Giappichelli, rééd. 1994, p. 197-198.

aux discours que les autorités normatives tiennent sur leur propre activité pour mesurer que le mode de légitimation choisi tend à présenter les normes produites comme la conséquence de principes axiologiques auto-évidents – qu’elles qualifient parfois de « fondamentaux » pour signifier qu’ils n’ont pas à être justifiés par d’autres principes mais s’imposent par eux-mêmes, ou encore, d’une « tradition » qui, si elle demeure obscure ou du moins indéterminée dans son contenu, sert aisément là encore de fondement ultime indiscutable.

Le paradoxe intéressant est que ce concept de République permet d’accompagner toutes les évolutions institutionnelles possibles – à l’exception toutefois du rétablissement de la forme monarchique de gouvernement dont les constitutions françaises postérieures à 1871 n’ont cessé d’empêcher qu’elle fut rétablie en proclamant que la forme républicaine ne pouvait faire l’objet d’une révision.

Dès lors, il convient bien de distinguer deux éléments : la République comme forme de gouvernement d’une part, la République comme idéologie juridique de l’autre. Mais, pour autant, aucun de ces deux éléments propres au concept de République en droit français ne peut être défini avec une parfaite clarté.

1. La forme républicaine du gouvernement

A priori, tout paraît simple. Notre Constitution dispose, en son article 1^{er}, que : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » et, en son article 89, « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision ».

Mais les mots ne sont pas des entités mises à la place des choses, des décalques verbaux du réel et quiconque scruterait en vain la référence de chaque terme composant cet énoncé.

On concèdera certes qu’il n’est pas bien difficile de comprendre la signification du dernier alinéa de l’article 89 : cette « forme républicaine du Gouvernement » s’oppose très probablement à la forme monarchique, en sorte que la République se définit aisément comme une forme de gouvernement contraire à la monarchie. Soit. Mais en quoi est-elle son contraire ?

Parce qu’il n’y a pas de monarque ? Parce que les pouvoirs sont séparés ? Parce qu’il existe un parlement élu ? Qui saurait dire avec précision à partir de quand un gouvernement cesse d’être monarchique pour devenir « vraiment » républicain (ou l’inverse) ?

Les choses sont d’autant moins aisées à identifier que certaines des « règles » susceptibles de conduire à ce que l’on croit pouvoir identifier comme la « République » sont elles-mêmes envisageables en des sens très différents.

1.1. Séparation des pouvoirs

Ainsi, la règle de la séparation des pouvoirs peut s’entendre – et a été entendue – soit comme une règle purement négative (les pouvoirs ne doivent être détenus par

une seule et même autorité ou organe)², soit comme une règle positive (les pouvoirs doivent être séparés) mais dont la mise en œuvre peut encore donner lieu à deux formes d'organisation fort différentes. à cela, il convient d'ajouter que le terme « pouvoir » s'entend lui-même en deux sens et désigne, selon le contexte, soit des fonctions (législative et exécutive) soit des autorités (un roi, une assemblée, un individu ou un groupe d'individus nommé(s) par d'autres, etc). Dès lors, chacun des « pouvoirs » peut être divisé entre plusieurs organes, en sorte qu'aucun d'eux ne les détient tous à lui seul mais participe à plusieurs fonctions (exécutive ou législative) ; ou bien, chaque fonction est confiée séparément à des autorités distinctes (ce que l'on appelle une séparation verticale ou rigide).

Est-ce que la forme républicaine du Gouvernement serait atteinte si un monarque revenait au pouvoir mais se voyait confier le seul pouvoir d'exécution d'une loi à la création de laquelle il ne participerait pas ? On peut en douter.

Est-ce à dire que la République a commencé avec la Constitution de 1791 ? On peut examiner cette question à la lumière de deux autres éléments d'ordre institutionnel et qui, selon une opinion fort répandue, sont intimement liés à l'avènement de la République : le principe électif – plutôt que l'hérédité – et le principe représentatif³.

1.2. *Élection et représentation*

En effet, nombreux sont les commentateurs à considérer que, sans s'y réduire, la République est d'abord et avant tout une forme de gouvernement qui se distingue par l'élection – plutôt que l'hérédité –, la délégation du pouvoir souverain à une assemblée de représentants précisément élus et la subordination de l'exécutif.

De ce point de vue, la première constitution républicaine semble bien avoir été celle Montagnarde de 1793. Mais si l'on veut bien se donner la peine d'entrer dans certains détails, la Constitution de 1791 pose un intéressant et double problème de qualification.

D'une part, elle substitue largement l'élection à l'hérédité ou à toute autre forme de règle en matière de nominations aux emplois publics : non seulement on met en place des assemblées locales élues mais on prévoit de faire élire les juges afin de les soustraire à l'autorité du roi, chef de l'exécutif, car quoi qu'on en ait, les juges relèvent du pouvoir exécutif pour la bonne raison que juger c'est, dans l'idéologie de l'époque, appliquer la loi et non la faire.

D'autre part, elle fait coexister le principe représentatif avec l'institution monarchique. Comme l'exprime fort bien l'article 2 du Titre III : « La

² V. Ch. Eisenmann, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, reimp. in *Cahiers de philosophie politique*, Publication du Centre de Philosophie politique de l'Université de Reims, Bruxelles, Ousia, 2-3, 1985 (3-34) et M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, 2^e éd. 1980, *passim*.

³ Cf. par ex., M. Sadoun, « République et démocratie », *Pouvoirs*, « La République », n°100, 2002, p. 5 et R. Hadas-Lebel, « L'État de la République », *Ibid.*, p. 95.

Constitution française est *représentative* : les représentants sont le Corps législatif et le roi. » Un roi représentant au même titre que les députés du Corps législatif, qu'est-ce à dire ?

Cela nous dit que le préjugé selon lequel représentation et élection vont toujours de paire est très contestable. Certes, aujourd'hui les représentants sont élus, bien que tous les élus ne soient pas nécessairement des « représentants » au seul titre de cette élection. Or, en 1791, certains représentants ne sont pas élus, de même que certains élus ne sont pas des représentants. Pour le comprendre, il faut admettre que la représentation a fini par désigner une fonction après avoir d'abord servi de justification à une fonction, celle de faire la loi, c'est-à-dire de « vouloir pour la Nation »⁴. Les hommes de 1791 ne distinguaient en effet pas la fonction de représentation de celle d'exécution, par exemple, mais opposaient la fonction législative qui consiste à faire la loi et celle exécutive qui consiste, comme on peut l'imaginer à l'exécuter. Par ailleurs, ils étaient préoccupés d'identifier une autorité suprême au nom de laquelle agissaient les autorités investies d'une fonction. La fonction exécutive, subordonnée à la loi, ne posait de ce point de vue guère de difficultés : les membres du pouvoir exécutif agissaient au nom de la loi. Mais au nom de qui, ou de quoi, agissaient les membres de la fonction législative ? Au nom de la Nation. Or, s'ils agissaient en son nom, comment expliquer qu'elle n'agisse pas elle-même, comme le voulait une certaine forme de républicanisme à la Rousseau qu'horrifiait toute forme de représentation tant politique que théâtrale. Inversement, si des élus agissent au nom de la Nation, comment s'assurer qu'ils ne substitueront pas leur volonté à la sienne ? Le biais trouvé a consisté à les qualifier de représentants et à affirmer que toutes les autorités participant à la création de la loi ne le faisaient pas en leur nom propre mais au titre de représentants de la Nation.

C'est pourquoi, même élus, les juges, pas plus que les membres des assemblées locales, ne pouvaient être qualifiés de représentants car ils ne participaient pas à la création de la loi. Le roi, auquel la Constitution attribuait, d'une part, la fonction d'exécution de la loi et, d'autre part, un pouvoir de sanction des décrets du corps législatif susceptible de donner lieu le cas échéant à un veto, ne pouvait, dans cette dernière fonction, être réputé agir en son nom, ni non plus au nom de l'exécutif. D'où la nécessité, au regard de la cohérence des justifications utilisées, de le qualifier de représentant et de le voir ainsi comme un *colégislateur*⁵.

Par la suite, la disparition du roi a permis d'en finir avec cette bizarrerie institutionnelle propre à 1791. La République a donc permis de faire coïncider représentation et élection. En apparence seulement. Car pas plus en 1793 qu'en 1791, les administrateurs bien qu'élus ne pouvaient recevoir le titre de représentants du Peuple dans la mesure où l'on cherchait à les lier intimement à la stricte fonction d'exécution de la loi, en vue de hiérarchiser des fonctions.

⁴ Barnave, Séance du 10 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 29, p. 331 ; qu'il nous soit permis de renvoyer à P. Brunet, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ, 2004.

⁵ Barnave, *Eod loc.* ; M. Troper, *op. cit.*, p. 33 et 141 et P. Brunet, *op. cit.*, p. 248-249.

Mieux encore, un examen scrupuleux de la Constitution de 1793 permet de tordre le cou à cette idée fort répandue et ô combien mise en avant par les Montagnards de 1793, selon laquelle cette « première » constitution républicaine – après le projet girondin – aurait su en finir avec la représentation bourgeoise et hypocrite de 1791 que la présence monarchique était supposée avoir imposée. Et de là l'idée parfois défendue qu'à la souveraineté de la nation, encore monarchique et ultra représentative, aurait succédé la souveraineté du peuple, proprement républicaine et permettant enfin que ce dernier s'exprimât directement. La lumière après l'obscurité...

Et pourtant ! Il n'est guère difficile de montrer que les Montagnards n'ont pas aboli la représentation⁶. Certes, ils donnèrent l'illusion de le faire en créant les premières formes de referendum. Il ne faut cependant pas perdre de vue que les domaines d'intervention de ces procédures populaires étaient fort limités et que les membres du corps législatif demeuraient « représentants » pour établir des décrets soustraits, eux, au contrôle populaire et portant sur l'essentiel des matières gouvernementales en sorte que, dans ces domaines, la volonté générale était décrétée ; autrement dit, non seulement la représentation demeurait mais les représentants n'étaient pas moins libres que ceux de 1791.

Par la suite, tant que la République vécut elle n'empêcha nullement la représentation. Mieux, la grande et belle République que chacun a fini par identifier à la seule digne de ce nom – la III^e République – ne consista en rien d'autre qu'un gouvernement ultra représentatif dominé par un Parlement élu, certes, mais habilité et disposé à tout faire, y compris déléguer sa propre compétence au pouvoir exécutif le temps de quelques décrets-lois. Et si la question de la représentation proportionnelle occupa effectivement longtemps les débats, ce ne fut pas dans le seul et unique but de favoriser la pluralité des opinions afin de rapprocher le Parlement de la nation réelle⁷. Un républicain comme Carré de Malberg ne s'y trompa guère qui, avant que cette République ne se saborde elle-même, plaidait pour l'introduction du référendum afin de faire sortir les députés de leur tour d'ivoire, quand bien même la loi était censée être « l'expression de la volonté générale ».

1.3. La loi expression de la volonté générale

Voilà encore un mythe typiquement républicain et profondément ambigu tant l'expression même de « expression de la volonté générale » est équivoque.

Ainsi, une explication d'ordre génétique prenant appui sur les *Mémoires* de Talleyrand publiés par Albert de Broglie, permet de penser qu'une telle « définition » de la loi ne consistait pas, comme on tend souvent à le penser, en une anticipation de la République mais en une possibilité de recours au profit des

⁶ P. Brunet, *op. cit.*

⁷ Sur ce point, v. M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica-PUAM, 1992, p. 87 s.

citoyens, autrement dit un « appel au peuple » permettant de corriger les excès ou les dérives des représentants élus⁸.

À dire vrai, quel qu'ait été le sens de cette expression dans l'esprit de l'évêque d'Autun, reconnaissons que ce sens-là ne s'est guère imposé.

Et d'abord parce que l'expression d'appel au peuple, sous ses airs fort simples, cache des solutions institutionnelles fort diverses en même temps qu'elle est fortement connotée. C'est ainsi que le veto du roi adopté en 1791 était lui aussi parfois présenté comme un appel au peuple.

Si, en revanche, la définition de la loi comme l'expression de la volonté générale a remporté un tel succès, cela est bien plus probablement dû à la grande ambiguïté qu'elle permettait de conserver ou d'établir. Encore une fois, il s'agissait de faire du droit et non de décrire des essences. En adoptant cette définition de la loi, les hommes de 1789 érigeait une construction juridique vouée à durer. Ils ne faisaient guère de philosophie, quand bien même ils en imprégnaient leurs discours et se réclamaient d'éminents auteurs.

Or, dans la conception légicentriste de 1789, la loi est l'expression de la volonté générale en trois sens : parce qu'elle est l'expression d'une volonté, elle sera réputée être produite – et non déduite – par ceux-là mêmes qui y seront soumis ou leurs représentants au terme d'une délibération, « mélange des volontés individuelles » que Sieyès aimait comparer à une « espèce de fermentation »⁹ ; parce que cette volonté est générale, nul ne pourra se dire le jouet du caprice d'un seul ou de quelques-uns ni ne pourra voir dans cette volonté le moyen de satisfaire une revendication particulière ou individuelle ; enfin, parce que la loi exprime la volonté générale, alors tout le droit sera compris dans la loi et tout acte émanant d'un autre organe sera réputé en être l'application. Ainsi, quelle que soit la part que prendrait la volonté dans les actes des administrateurs et des juges, ils ne pourraient revendiquer cette expression d'une volonté générale car seule la loi possède un caractère initial.

Bien évidemment, cette définition a permis de justifier d'autres systèmes et c'est ce qui explique qu'elle ait traversé les âges.

L'un des meilleurs scrutateurs de cette expression, sous la III^e République, fut incontestablement Raymond Carré de Malberg qui a parfaitement su décrire en quoi une telle justification n'avait d'autre épaisseur que formelle et permettait de rendre compte du pouvoir souverain du Parlement. Pour autant, ce formalisme comportait certaines limites.

En témoigne ainsi la conclusion de son ouvrage *La loi, expression de la volonté générale* dans laquelle il adopte une position très critique à l'égard de l'évolution du régime représentatif que fonde le principe de la loi expression de la volonté générale. Récusant l'idée de représentation au sens d'identité entre la volonté du

⁸ Cf. O. Rudelle, « La tradition républicaine champ de bataille de la concitoyenneté », *Pouvoirs*, n°100, 2002, p. 111.

⁹ Emmanuel Joseph Sieyès, *Archives Parlementaires*, 7 septembre 1789, t. VIII, p. 545.

peuple et celle du Parlement et qu'il qualifie de « fiction »¹⁰, voyant dans les membres du Parlement une « oligarchie »¹¹, il n'hésite pas à se faire visionnaire en expliquant que le système constitutionnel français se trouve désormais devant une alternative aussi simple qu'inévitable : ou bien on entend continuer à concevoir la loi comme l'expression de la volonté générale, mais alors il faut qu'elle puisse l'être *réellement* et ainsi conférer au peuple un certain rôle dans la législation, ou bien la loi continue d'être le fait des députés, et on doit alors abandonner le dogme de la loi expression de la volonté générale. Le choix de la première branche de l'alternative devra s'accompagner de quatre mesures distinctes : que soit reconnu aux citoyens, d'une part, un droit de réclamation contre la loi qui puisse donner lieu à un référendum abrogatif, d'autre part, un pouvoir d'initiative législative ; mais aussi, un droit d'élire le chef de l'exécutif au suffrage universel ainsi que la possibilité pour le Parlement comme pour le Gouvernement de saisir le peuple par référendum.

La seconde branche de l'alternative correspond à un système dans lequel le pouvoir législatif du Parlement s'affranchit du « dogme de la représentation par le Parlement de la volonté générale ». Dès lors, il n'exerce qu'une puissance dérivée de la Constitution. Il ne saurait donc réunir en lui le pouvoir de faire les lois et celui de réviser la Constitution. Mais Carré de Malberg propose encore deux autres mesures tendant à limiter la puissance du Parlement : une délimitation matérielle du domaine de la loi qui permette ainsi au pouvoir réglementaire de retrouver quelque indépendance d'action d'une part, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité des lois qui serait confié à « une instance unique qui statuerait *erga omnes* »¹² d'autre part.

De même, dans ses « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme »¹³, Carré de Malberg complète sa critique envers la domination absolue du Parlement en proposant d'introduire la procédure référendaire, seule susceptible à ses yeux de rendre au peuple sa souveraineté et lui permettant d'exprimer réellement la volonté générale. Cet article retient l'attention à un second titre car, outre la proposition principale, on y trouve nombre de critiques à l'égard de ce que De Gaulle appellera par la suite le « régime des partis » ainsi qu'un appel à un « rationalisation du parlementarisme » dont on sait quel succès il remporta ensuite.

Sans doute cet article exerça-t-il quelque influence sur ceux qui, plus tard, eurent la responsabilité d'élaborer une nouvelle constitution dont le but avoué était précisément d'en finir avec le régime des partis. Nombre des mesures proposées se retrouvent certes dans la Constitution de 1958, mais de là à faire de Carré de Malberg un inspirateur de cette dernière, il y a un pas qu'on ne saurait franchir : si influence il y eut, on ne peut nier que les rédacteurs se sont contentés de piocher

¹⁰ *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, éd. Sirey, réimpression Economica, 1984, p. 216.

¹¹ *La loi...*, *ibid.*

¹² *La loi...*, p. 222.

¹³ *Rev. Droit Public*, 1931, p. 225 s.

dans la pile des idées sans néanmoins retenir la cohérence propre à l'alternative que Carré de Malberg proposait.

Enfin, que reste-t-il aujourd'hui de cette idée que la loi serait l'expression de la volonté générale ?¹⁴ Pour le dire clairement, pas grand'chose. Le Parlement rationalisé n'a plus guère d'ambition ni d'illusion sur ses propres compétences, et les réformes constitutionnelles récentes ne changeront guère sa situation, quoi qu'on en pense.

D'une part, à la rationalisation du débat parlementaire, il convient d'ajouter, désormais, un contrôle de la loi tant *a priori* par le juge constitutionnel qu'*a posteriori* par les juges ordinaires.

Certes, le Conseil constitutionnel n'a, jusqu'à aujourd'hui, que le nom de commun avec les autres juges constitutionnels : ces pouvoirs sont limités de par les modalités de sa saisine laquelle n'est pas encore ouverte aux justiciables. Il n'en demeure pas moins que, par les vertus d'un *obiter dictum* aux termes duquel il affirmait que : « la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁵, il scellait la fin de la souveraineté de la loi et, avec elle, celle de son auteur avant – ultime avatar d'une rationalisation du parlementarisme devenue rationalisation de la loi – de lui reprocher d'être trop bavarde ou pas (assez) normative¹⁶. Par ailleurs, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* que confère au Conseil constitutionnel la réforme récente de institutions – autorisant que soit soulevée, selon certaines conditions encore à déterminer, l'exception d'inconstitutionnalité de la loi applicable – lui donnera les moyens d'une compétence plus vaste et lui permettra, si ses membres le veulent bien, de hisser ses décisions à un niveau d'efficacité politique plus élevé.

À cette soumission à la Constitution, il convient d'ajouter également la subordination de la loi aux conventions internationales même antérieures à elle. L'affaire est loin de ne concerner que les légistes et leur *ratio juris*. De quoi s'agit-il ? L'article 55 de la Constitution de 1958 dispose que : « *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* ». Longtemps, cette disposition ne fut pas interprétée dans son sens apparemment littéral : les juges administratif et judiciaire estimaient qu'en cas de désaccord entre une loi et un traité, l'acte postérieur devait primer. Ils se fondaient sur la maxime *lex posterior derogat priori* qui fournit une raison de faire prévaloir une fois cette dernière identifiée (mais ne contient en elle-même aucun critère d'identification d'une loi postérieure à une autre). Pourquoi avoir fait primer cette dernière maxime sur celle,

¹⁴ On se permet de renvoyer à P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 5-19.

¹⁵ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Recueil*, p. 70 ; *RJC*, p. I-238 ; *Journal officiel* du 24 août 1985, p. 9814

¹⁶ Décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, *Recueil*, p. 72 - *Journal officiel* du 24 avril 2005, p. 7173.

implicitement contenue à l'article 55, selon laquelle la loi supérieure (les traités) prime la loi inférieure (la loi parlementaire) ? Pour des raisons essentiellement politiques tenant au prestige dont était encore revêtu le Parlement au commencement de la V^e République et qui paraissait pouvoir justifier qu'il dérogeât, selon son bon vouloir, à ses engagements internationaux. Mais la doctrine et la pratique « présidentielistes », comme l'évolution du contexte institutionnel, ont eu raison de ce prestige. Qui plus est, en 1975, pour se sortir d'un mauvais piège en forme de dilemme éthique que lui avaient tendu certains parlementaires habiles¹⁷, le Conseil constitutionnel fut contraint de déclarer qu'il ne lui revenait pas de contrôler la conformité de la loi aux conventions internationales et que cette tâche incombait aux juges ordinaires¹⁸. Dès lors, ces derniers – à un rythme très différent puisque la Cour de cassation le fit dès 1975 et que le Conseil d'État attendit 1989 – modifièrent leur lecture de l'article 55 et se considérèrent comme habilités à faire prévaloir un traité sur une loi quand bien même cette dernière lui était postérieure. Depuis, le droit supranational (international et européen, qu'il soit celui de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'Homme), prime le droit national.

Dix ans plus tard, le Conseil d'État acceptait de contrôler la légalité des actes pris par les services des assemblées parlementaires, contrôle auquel il s'était toujours refusé depuis 1872 au nom de la séparation de pouvoirs, de la souveraineté du Parlement, de la généralité de la loi, bref, de la République¹⁹ ! Dans cette dernière affaire, c'est moins le sens de la décision qui compte – contrôler la légalité des actes unilatéraux liés aux contrats passés par les assemblées ne semble pas mettre en danger les fondements de la République – que sa portée : ce faisant, on cesse de voir les assemblées comme des sanctuaires où s'exerce le pouvoir législatif mais on les soumet, partiellement mais sûrement, au même régime que les autorités administratives. Les garanties de la légalité – sinon de l'État de droit – marquent les bornes de la République... Et l'on pourrait ajouter une pierre à cet édifice : en jugeant que la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée non plus seulement pour assurer la réparation de préjudices nés de l'adoption d'une loi qui créerait une rupture d'égalité entre les citoyens au regard des charges publiques mais aussi « *en raison des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités*

¹⁷ Ils utilisaient, pour la première fois, la procédure introduite par la révision de 1974 ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs (v. (Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974). Ils mettaient en cause la conformité de la loi « Veil » autorisant l'interruption volontaire de grossesse au regard de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant à chacun un « droit à la vie » (« Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »). Selon qu'il jugeait que la loi était ou non conforme, il apparaissait comme partie prenante dans un débat éthique. L'incompétence était une issue bien plus favorable. Mais une toute interprétation de cette décision reste évidemment possible.

¹⁸ Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, *Recueil*, p. 19 ; *RJC*, p. 1-30 ; *Journal officiel* du 16 janvier 1975, p. 671.

¹⁹ CE, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée Nationale*, *Rec.* p. 41, *RFDA* 1999 p. 333 concl. Bergeal revenant sur CE, 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, *Rec. CE*, p. 591 ; S. 1873.2.189, concl. Perret.

publiques, pour réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France »²⁰, le Conseil d'État ne fonde pas encore cette responsabilité de l'État sur la faute que ce dernier commettrait en adoptant une loi contraire à ses engagements internationaux mais on n'en est plus très loin.

D'autre part, au risque de paraître brutal, reconnaissons que la politique ne se fait tout simplement plus – ou, du moins, plus seulement – dans les parlements des États mais au sein des organisations internationales telles que l'Union européenne ou encore l'OMC. Certes, on peut se rassurer en faisant un inventaire des sujets ou objets politiques qui demeurent de la compétence des États. Mais on se rend vite compte que l'économie d'aujourd'hui n'étant plus celle d'hier un État comme la France, à la fois développé et non hégémonique, ne peut élaborer une politique économique qui ne tiendrait pas compte de celle de ses voisins immédiats ou de ses « partenaires » fussent-ils mauvais camarades.

Enfin, il ne fait pas de doute que la multiplication des autorités administratives indépendantes (ou autres conseils consultatifs voire agences de régulation), quel que soit le nom qu'on leur donne, contribue largement à émettre cette volonté générale qu'un seul organe est censé exprimer selon le « modèle » républicain. Il faut encore une fois entourer ce terme de « modèle » de guillemets car nul ne peut affirmer avec certitude qu'il a été autre chose qu'un idéal jamais atteint. De ce point de vue, une relecture des rapports de pouvoir sous la III^e République permettrait de montrer combien l'importance des décrets-lois ou le rôle du Conseil d'État ont très sérieusement tempéré la souveraineté que se reconnaissait formellement le Parlement après 1875 et mieux encore après l'épisode de 1877.

Mais, dira-t-on, il reste les principes républicains.

2. Les principes républicains

Là encore, l'expression est des plus floues : nul ne sait très bien ce que sont les principes républicains quoique l'existence même de ces principes ne semble échapper à personne. On ne peut prétendre ici en proposer une analyse exhaustive. À s'en tenir à l'essentiel, deux aspects méritent d'être examinés : l'utilisation de l'article 1^{er} de la Constitution et celle des principes fondamentaux.

2.1. Les principes posés par le texte de la Constitution

Il faut ici encore faire des choix parfaitement discutables. On s'en tiendra, pour des raisons d'économie, à l'indivisibilité, la laïcité et l'égalité.

2.1.1. L'indivisibilité de la République

Constitutionnellement, la République se définit sinon se réduit à ce *leitmotiv* de l'indivisibilité. On a ainsi pu faire remarquer à cet égard que la République

²⁰ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, RFDA 2007 p. 361, concl. Derepas.

proclamée en 1792 comme indivisible ne fait rien d'autre que continuer l'indivisibilité du royaume affirmée en 1791²¹.

Mais que cherche-t-on à dire lorsqu'on met en avant cette indivisibilité dite républicaine ? Que la République fut unitaire quand la monarchie ne le fut pas ? Ce n'est pas défendable très longtemps : quand bien même la monarchie a régné en multipliant les pouvoirs locaux et les entités administratives, il n'empêche qu'elle fit de la France un État unitaire et centralisé bien avant que la République ne s'en mêle. La Révolution et les vues de Sieyès mises en forme par Thouret ont sans nul doute permis d'en finir avec cette superposition anarchique que Turgot et d'autres avaient dénoncée en leur temps. Il demeure que la République n'a nullement innové en reprenant à son compte ce dogme de l'indivisibilité.

Ce dogme ou du moins ce principe d'indivisibilité est aujourd'hui largement sollicité. On dit même qu'il est « en crise » ou que l'indivisibilité du territoire « décline »²² tant les réformes récentes ont, à la fois, multiplié les spécificités en reconnaissant certains territoires des pouvoirs souverains et cherché à fonder et favoriser d'éventuelles évolutions territoriales.

Reste que l'indivisibilité n'est pas l'uniformité et s'entend de multiples façons²³. L'approche classique qui suppose qu'un État consiste en un territoire, une population et un gouvernement conduit à penser trois formes d'indivisibilité. De là deux conclusions semblent pouvoir être tirées du droit positif : pour les uns, l'indivisibilité tend essentiellement à garantir le caractère unitaire de l'État. Certes, mais si l'on veut être logique, cette unité s'entendrait elle aussi tant du territoire que de la population et du gouvernement. Pour les autres, si l'indivisibilité du territoire et de la souveraineté déclinent du fait de l'évolution de certains territoires (Nouvelle-Calédonie), l'unité demeure via l'unicité du peuple français rappelée par le Conseil constitutionnel à propos de la Corse.

Quoique classique, cette analyse n'est pas la seule possible.

D'une part, plutôt que de penser l'État comme la réunion d'un territoire, d'un gouvernement et d'un peuple, on peut, avec Kelsen²⁴, se fonder sur l'idée que cette population, ce gouvernement comme ce territoire n'ont d'autre consistance que juridique : ce ne sont que les limites de validité des normes du système juridique. Dès lors, parler de l'indivisibilité de la République, ce n'est rien d'autre que dire qu'il n'existe qu'un seul système juridique, celui produit par et imputable à l'État. On ne peut donc pas dissocier les formes ou les objets de l'indivisibilité : le morcellement géographique d'un territoire n'a rien à voir avec l'unité juridique du système de normes applicables à ce territoire.

²¹ Constitution de 1791, art. 1, Titre II : le royaume est indivisible, cf. Cl. Nicolet, *L'idée républicaine en France. Essai d'histoire critique*, Gallimard, 1982 p. 399.

²² T. Grundler, « La République française, une et indivisible ? », *Revue du Droit Public*, 2007 n° 2, p. 445 s.

²³ G. Carcassonne, *La Constitution*, Points Seuil, 2002, p. 40.

²⁴ *Théorie générale du droit et de l'État*, (1945), trad. fçse B. Laroche et V. Faure, Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 260 s.

Dans ces conditions, la République française n'est ni plus ni moins indivisible aujourd'hui qu'hier car aussi importants que soient les pouvoirs confiés aux territoires, ils ne remettent pas en cause l'unité du système juridique. Mieux, la reconnaissance de pouvoirs à la Nouvelle-Calédonie participe d'un processus d'indépendance de cette dernière. On ne voit pas bien comment il pourrait dès lors en aller autrement sauf à refuser à ceux dont on souhaite l'émancipation qu'ils disposent du pouvoir de la mettre en œuvre.

Enfin, pour finir sur ce point, la décision du Conseil constitutionnel relative à la Corse²⁵ par laquelle il refusait à la loi la reconnaissance d'un « peuple corse, composante du peuple français » a-t-elle, comme on le lit parfois, renforcé le principe d'indivisibilité au travers d'un principe d'unicité du peuple français ?

Commençons par rappeler un léger détail : contrairement à ce qu'une lecture un peu rapide de la décision laisse croire, le Conseil constitutionnel lui-même ne consacre pas explicitement la thèse selon laquelle la Constitution reconnaîtrait « l'unicité » du peuple français : lorsqu'il est employé par le Conseil constitutionnel, le terme est emprunté aux auteurs de la saisine qui alléguaient, eux, que la reconnaissance d'un « peuple corse » violait le « principe d'unicité du peuple français »²⁶.

L'innovation du Conseil constitutionnel intervient ensuite. Examinant le bien fondé du grief invoqué, le Conseil constitutionnel commence par citer les textes applicables (premier alinéa du préambule de la Constitution de 1958 ; la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; préambule de la Constitution de 1946) et, parce que tous ces textes emploient l'expression de « peuple français », le Conseil constitutionnel conclut que : « *le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle* ». Puis, le Conseil constitutionnel continue : « *Considérant que la France est, ainsi que le proclame l'article 2 de la Constitution de 1958, une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens quelle que soit leur origine ; que dès lors la mention faite par le législateur du "peuple corse, composante du peuple français" est contraire à la Constitution, laquelle ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Le propos est quelque peu déconcertant. Commençons par rappeler le texte de l'article 2 de la Constitution (devenu, depuis la révision du 4 août 1995, l'article 1^{er}) : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale.*

²⁵ Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Recueil, p. 50 ; RJC, p. I-438 ; Journal officiel du 14 mai 1991, p. 6350 L'avalanche de commentaires que cette décision a suscitée nous empêche de tous les citer ici. On se permet de renvoyer à la liste que propose le Conseil constitutionnel lui-même (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/doctrine/91290dc.htm>).

²⁶ Cela dit, le Conseil constitutionnel reprendra lui-même ce principe dans sa décision n°99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* dans laquelle il juge que « le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle ».

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 ». Il est donc manifeste que le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de cet article et qu'il a cherché à formuler une norme spécifiquement applicable au cas qui l'occupait, afin de pouvoir lire dans le texte de la Constitution quelque chose qui ne s'y trouvait pas explicitement.

Cela étant, on ne mesure spontanément pas très bien le sens que le Conseil constitutionnel donne au mot « concept » : à supposer que ce mot soit pris au sens logico-philosophique de « contenu de signification » ou même au sens plus ordinaire de « représentation mentale d'un objet », on ne voit pas comment ce concept de « peuple français » pourrait « avoir une valeur constitutionnelle ». En effet, en droit, ce sont les normes qui se voient affecter une « valeur » (qu'elle soit constitutionnelle, conventionnelle, législative ou encore réglementaire, peu importe) non les concepts. Mieux encore, lorsqu'on dit qu'une norme a telle valeur, on se représente l'ordre juridique comme un ensemble de normes hiérarchisées dont certaines sont juridiquement supérieures à d'autres, de sorte qu'en cas de conflit la norme supérieure s'imposera à la norme inférieure. Mais cette représentation est elle-même d'une grande complexité car la valeur d'une norme ne dépend pas, comme on le croit parfois – et comme le croit d'ailleurs le Conseil constitutionnel dans cette décision – des textes dans lesquels cette norme figure. Il faut ici introduire une distinction importante entre texte (ou énoncé) et norme²⁷ : un texte législatif (ou autre) demeure une suite d'énoncés linguistiques susceptibles eux-mêmes d'être interprétés afin de leur faire produire plusieurs normes²⁸. Il suffit pour s'en convaincre de remarquer qu'aucun texte juridique – ou quasiment aucun – n'est rédigé au mode impératif. Et l'on pourrait ajouter que, quand bien même un texte le serait, son sens « littéral » ne s'imposerait pas de lui-même mais parce que l'interprète de cet énoncé affirmerait que le sens littéral doit l'emporter sur tout autre. Dans ces conditions, on doit se résoudre à admettre qu'une norme ne possède pas une valeur juridique *par elle-même*, mais elle se voit affecter une valeur, c'est-à-dire un rang dans une hiérarchie de normes, par celui qui se fait l'interprète de l'énoncé duquel elle est tirée. Et si l'on pousse la conclusion à son terme, on comprend qu'une norme n'est pas supérieure à une

²⁷ V. not. E. Bulygin, « Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz », in *Análisis Filosófico*, 2, 1981 réimpr. in Alchourrón C. E. et Bulygin E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1991 (427-438) et E. Bulygin, « Norms, Normative Propositions, and Legal Statements », in G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3, La Haye, Boston, Londres, 1982, p. 127-152 ; trad. esp. E. Bulygin, in C. E. Alchourrón et E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1991, p. 169-193 et R. Guastini, « Due esercizi di non-cognitivismo », *Analisi e Diritto*, 1999, p. 277-280. Cette revue est désormais disponible en ligne à l'adresse Internet suivante : <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi>.

²⁸ Et l'opération que l'on appelle « interprétation » ne consiste donc pas en une découverte de la signification générale et absolue des énoncés linguistiques mais en l'attribution d'une signification spécifique et relative au contexte dans lequel se situe cette opération. C'est ce que défend la théorie dite « réaliste » de l'interprétation dont le meilleur représentant en France est désormais Michel Troper : v. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 86 s.

autre *par elle-même* mais qu'elle est dite supérieure à une autre par l'autorité qui, au terme de l'interprétation et de la combinaison de plusieurs énoncés, construit une hiérarchie entre la signification de ces énoncés, et donc, entre les normes tirées de ces énoncés²⁹.

On comprend mieux ainsi tout ce que le propos du Conseil constitutionnel a, sous son apparence descriptive, de force prescriptive : le Conseil constitutionnel ne décrit en effet nullement une quelconque réalité, fut-elle mentale ou purement linguistique. Et d'ailleurs, quand bien même eut-il voulu dire que les constituants ont toujours pensé que le peuple français était une entité une et indivisible dont on ne pouvait par définition détacher une portion, ce propos purement descriptif ne justifierait aucune norme particulière : encore aurait-il fallu ajouter que la représentation mentale du « peuple français » des constituants d'hier s'imposait au législateur d'aujourd'hui. Mais cet ajout, nécessaire, eut précisément fourni la norme dont on avait besoin et que la seule description de l'usage ne fournissait pas.

Reste une question : pourquoi les membres du Conseil constitutionnel ne se sont-ils pas contentés de l'article 2 de la Constitution qui proclame que la République est une et indivisible pour censurer la loi ? Qu'ont-ils eu besoin d'aller chercher cette idée bizarre que « *le concept juridique de "peuple français" a valeur constitutionnelle* » ? Incontestablement, le seul énoncé de l'article 2 ne leur a-t-il pas paru assez explicite ou assez péremptoire pour justifier que le législateur ne puisse introduire la mention de « peuple corse » dans un texte de loi. Il leur a semblé nécessaire de poser que l'expression « tous les citoyens » telle qu'elle figure dans l'article de la Constitution devait être entendue comme le synonyme de « peuple français ». Le paradoxe de cette justification c'est qu'en voulant inscrire une catégorie juridique dans la Constitution, le Conseil constitutionnel témoigne, à la fois, de ce que le texte même de la Constitution – l'article 2 – est insuffisant et de ce que la Constitution a, en tant que valeur et donc d'un point de vue non plus juridique mais axiologique, de fondamentale.

2.1.2. Laïcité

Il semble à peine utile de gloser longtemps sur un tel principe tant il a suscité d'ouvrages et de commentaires et le flot ne cesse depuis que « l'affaire du foulard » a fait croire (ou fait craindre) à certains que les guerres de religion se réveillaient. Gageons que ce flot se nourrira à l'avenir des tentatives de clarification de la nouvelle doctrine dite de la « laïcité positive ».

D'un point de vue juridique, il convient de remarquer que la laïcité s'entend principalement d'une doctrine de la neutralité. Certes, une fois cela dit, deux conceptions de la neutralité demeurent possibles : l'une selon laquelle pour être neutre l'État aide et subventionne tous les cultes ; l'autre, selon laquelle, parce

²⁹ V. R. Guastini. *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, Milano, Giuffrè, p. 124 ; M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je, p. 77-78 ; P. Brunet, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 207-221.

qu'il est neutre, l'État n'en aide aucun. En France, la neutralité choisie relève de cette seconde conception : l'État entend séparer un espace public rationnel et un espace privé confessionnel. Bien évidemment, le choix entre ces deux conceptions de la neutralité est lui-même constitutif d'un choix de valeurs « pour le croyant »³⁰, certes, mais pas seulement : on peut être soi-même dépourvu de tout sentiment religieux et pour autant accepter que l'État aide financièrement tous les cultes sans discrimination comme – risquons cette analogie – on peut être soi-même non fumeur et accepter que l'État participe à la production ou la vente de tabac, en retire, par le biais de taxes elles-mêmes justifiées par des arguments de santé publique, des bénéfices importants et soigne sans discrimination ceux qui en sont les victimes directs. Bref, tous les athées ne sont pas nécessairement prosélytes ni fondamentalistes. Quoi qu'il en soit, ces deux conceptions de la neutralité sont elles-mêmes des idéaux. La réalité laisse place à des situations plus ambivalentes.

D'abord parce que le régime applicable aux cultes connaît en France certains particularismes hérités de l'histoire. Le plus connu est celui du régime juridique de l'Alsace-Moselle³¹. Allemands en 1905 au moment du vote de la loi de séparation, ces trois départements redeviennent français en 1919. La République aurait certes pu décider de les soumettre à la loi républicaine et faire prévaloir la loi postérieure sur la loi antérieure. Elle a pourtant fait un autre choix de valeurs et décidé d'appliquer le concordat de 1801 signé par Napoléon Bonaparte, lequel n'avait été abrogé ni par l'annexion allemande en 1870 ni par le retour des trois départements au sein de la République française en 1919³².

Ensuite, les cultes eux-mêmes ne sont pas figés dans le marbre : la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État tenait compte des cultes « en vigueur » à l'époque mais non de ceux qui sont aujourd'hui réellement pratiqués sur le territoire français. Or, aux quatre grands cultes d'alors (le culte catholique, le culte de l'église de la confession d'Augsbourg d'Alsace-Moselle, le culte de l'église réformée d'Alsace-Moselle et le culte juif) s'ajoutent désormais le culte

³⁰ M. Sadoun, art. cité.

³¹ On pourrait aussi citer, parmi d'autres, le cas de la mosquée de Paris dont la construction, décidée après la Bataille de Verdun de 1916 eut pour fondement juridique une loi de 1920 qui prévoyait qu'elle serait financée par des fonds publics, la République rendant ainsi hommage à près de 70000 soldats musulmans morts pour la France durant la Première Guerre mondiale (dont 28000 à Verdun). Mais le projet de construire une mosquée à Paris remonte à 1895 lorsqu'un « Comité de l'Afrique française » animé par Théophile Delcassé, Jules Cambon, le prince Bonaparte et le prince d'Arenberg se constitue à cette fin.

³² Cet élément du droit local est donc bel et bien issu du droit français anciennement applicable aux trois départements et non, comme on le croit parfois, du droit allemand. C'est d'ailleurs un avis du Conseil d'État du 24 janvier 1925 qui déclare que la loi du 18 germinal an X appliquant le concordat de 1801 est toujours en vigueur. Le droit local des associations, comme le régime local de la sécurité sociale sont eux issus du droit allemand. V. Th. Rambaud, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé : analyse comparative des régimes français et allemand*, préf. J. Morange, Paris, LGDJ, 2004.

musulman. Mais parce qu'il n'est pas formellement visé par la loi de 1905, il ne bénéficie pas du statut reconnu aux autres³³.

Le résultat est que, d'un côté, le régime applicable à l'Alsace-Moselle viole, *prima facie* (car aucune autorité habilitée à le faire n'a encore reconnu cette violation), le principe d'indivisibilité du territoire en même temps que celui de la neutralité de l'État, et de l'autre, le culte musulman souffre, au sein de l'Alsace-Moselle, d'une discrimination dont la seule justification est le maintien d'un régime historique au double sens du terme : s'il n'existe plus, son existence fut, à l'époque, une victoire de la volonté politique sur la tradition religieuse.

Mais l'ambivalence de la République à l'égard du culte s'exprime au travers d'autres éléments dont la dimension est certes juridiquement plus douteuse. Ainsi, c'est par une messe célébrée en la cathédrale Notre-Dame de Paris que la République a rendu hommage à l'un de ses présidents décédés. Anecdote ? Peut-être. Elle exprime toutefois clairement le manque d'imagination de cette République quand il s'agit de célébrer la mémoire de ses serviteurs. C'est également la conclusion qu'inspire à première vue la nouvelle doctrine de la « laïcité positive » en voie d'élaboration. Il est encore difficile de s'en faire une idée claire. On croit pouvoir en identifier les thèses principales qui sont au nombre de trois : il existe des racines chrétiennes à la France (et peut-être à l'Europe ?) et elles doivent être rappelées ; les religions et notamment celle catholique doit pouvoir éclairer de ses enseignements des questions fondamentales auxquelles la politique ne fournit pas de réponse ; la laïcité doit être défendue en tant qu'elle garantit la liberté individuelle³⁴. Ainsi, cette doctrine ne consiste pas, contrairement à ce que pourrait laisser entendre l'adjectif « positive », en un appel à une stricte séparation du spirituel et du temporel. En réalité, il sert surtout à justifier la nécessité de rapprocher les deux sphères. Or, ce faisant, on en vient à reconnaître implicitement mais nécessairement que le temporel échoue à « donner du sens » : il n'est qu'un moyen mais non une fin ; il ne doit donc fournir que les moyens de satisfaire les fins que dictent ou indiquent le spirituel. Le paradoxe est que ce discours est en lui-même une nouvelle formulation de la doctrine chrétienne la plus ancienne qui, comme ont su le montrer les meilleurs historiens, n'a jamais cherché à séparer César et Dieu mais a toujours tenté de peser sur César³⁵. Dès lors, dire que la France, ou l'Europe, aurait des « racines

³³ Selon ce statut, l'État rémunère les prêtres et laïcs en mission, les pasteurs et les rabbins ; le chef de l'État nomme les évêques de Strasbourg et Metz. En réalité, il se conforme au souhait du Saint-Siège. C'est encore l'État qui nomme le président de l'Église protestante de la Confession d'Augsbourg d'Alsace et de Lorraine (EPCAAL), dont le nom est proposé par un vote du consistoire supérieur de cette Église. Enfin, les membres laïcs élus des consistoires israélites des trois départements doivent avoir l'agrément du Premier ministre.

³⁴ V. le discours de Nicolas Sarkozy à Saint-Jean de Latran du 20 décembre 2007 ((disponible en ligne http://www.elysee.fr/documents/index.php?mode=cview&cat_id=7&press_id=819).

³⁵ On nous pardonnera cette longue citation mais elle dit mieux que quiconque ce que l'on peut honnêtement penser de ce lieu commun selon lequel « l'Europe devrait au christianisme d'avoir séparé politique et religion, le Christ ayant dit qu'il fallait rendre à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » : « Le christianisme (...) était la religion la plus éloignée qui fût d'une distinction entre Dieu et César, contrairement à ce qu'on entend répéter : tout le monde devait être

chrétiennes », ce n'est, si on peut se permettre, rien d'autre que la cerise sur un gâteau déjà peu digeste...

Enfin, l'ambivalence des situations vient également de ce que le choix de la neutralité de l'État doit être concilié avec d'autres valeurs. L'affaire du foulard en a apporté la preuve éclatante. Rappelons brièvement les faits : des jeunes filles se présentent au collège la tête couverte d'un foulard et refusent de le retirer y compris lors de certaines activités sportives (et ajoutons également que certaines jeunes filles demandent à bénéficier de dérogation afin de se soustraire à certaines activités au motif qu'elles seraient incompatibles avec leur culte). Deux thèses s'opposent. L'une selon laquelle la neutralité impose que l'école publique, donc l'État, excluent les jeunes filles puisque leur foulard constitue un instrument de propagande religieuse et, qui plus est, au service d'une conception de la religion intolérante et oppressive pour les femmes ; de plus, admettre le port de ce foulard reviendrait à favoriser une expression religieuse sur d'autres ; enfin, la liberté d'expression de ses croyances religieuses ne saurait s'exercer au sein de l'école publique selon les mêmes modalités qu'ailleurs : l'école républicaine a vocation à former les élèves à devenir des citoyens eux-mêmes républicains et donc neutres à l'égard des religions. Selon l'autre thèse, au contraire, quand bien même ce foulard dénoterait une conception intolérante et oppressive de la religion, il reste que le principe de neutralité interdit à l'État de discriminer une religion plutôt qu'une autre. Or, interdire le foulard reviendrait à établir des différences entre les religions. En outre, le principe de laïcité s'impose à la République et non aux citoyens eux-mêmes, lesquels doivent pouvoir jouir de la liberté d'exprimer leurs croyances religieuses où ils veulent et quand ils veulent. Les deux thèses sont pour le moins difficilement conciliables.

On se souvient que, dans un premier temps, le ministre de l'Éducation crut bon de porter l'affaire devant le Conseil d'État, se servant de lui pour ce qu'il est censé être, à savoir un conseiller de l'État. Ce dernier aurait certes pu s'ériger en un

chrétien, César en tête, lequel avait des devoirs envers cette religion qui formait un tout. Elle avait des dogmes, une orthodoxie pour laquelle on a pu se battre, tandis que le paganisme, dépourvu de dogme et d'orthodoxie, était émietté en une foule confuse de divinités et de cultes qui méritaient à peine le nom de religion (...), qui ne pouvait manœuvrer ni être manœuvrée comme un tout et qui n'offrait aucune doctrine dont on pût faire une idéologie politique. (...) Le chrétien Constantin n'a pas eu à séparer Dieu et César : ils étaient nés séparément dès la naissance. Constantin était un César et non un chef spirituel et temporel à la fois, un Mahomet, un calife, et l'Église était déjà une organisation achevée, puissante et indépendante lorsqu'un des Césars est entré en relation avec elle. Et elle a traité avec les successeurs de ce César Constantin comme de puissance à puissance. (...) On n'a pas attendu le Christ pour savoir que Dieu et César font deux. N'ayons pas une idée trop simple des époques primitives, ne croyons pas que pouvoir et religion s'y confondaient et qu'une mentalité aussi ancienne était encore confuse. Les païens n'ont pas eu à apprendre à séparer leurs dieux et César : ils ne les confondaient pas. (...) Au contraire, c'est avec le triomphe du christianisme qu'entre religion et pouvoir les relations ont cessé d'être du saupoudrage et se sont théorisées, systématisées. Dieu et César ont cessé d'agir chacun de leur côté, Dieu s'est mis à peser sur César, il fallait que César rendit à Dieu ce qui était dû à Dieu. Le christianisme demandera aux rois ce que le paganisme n'avait jamais demandé au pouvoir : "Étendre le plus possible le culte de Dieu et se mettre au service de la majesté divine" (Saint Augustin, *Cité de Dieu*, V, 24) », P. Veyne, *Quand notre monde est devenu chrétien (312-394)*, Albin Michel, 2007, p. 246-248.

organe politique et faire prévaloir l'une des conceptions de la neutralité sur l'autre. C'est cependant mal connaître les membres du Conseil d'État que d'imaginer qu'ils acceptent volontiers de jouer un tel rôle. Au contraire : comme la plupart des juges, ils préfèrent dissimuler leur pouvoir politique derrière des arguments juridiques qui permettent de concilier les contraires ou d'en donner l'illusion. Pour correspondre à l'idéologie selon laquelle la justice doit réaliser un équilibre, les juges se doivent ou pensent devoir trancher les conflits de valeurs en tendant vers un équilibre parfait. Et le Conseil d'État se sortit assez bien de cette périlleuse affaire en conciliant d'un côté, le principe de laïcité et de neutralité des enseignements – qui s'impose donc aux pouvoirs publics et donc aux membres du corps enseignant relevant de la fonction publique – avec le principe de la libre expression de ses croyances religieuses et la liberté de conscience reconnue par la loi aux élèves. En sorte que, pour le Conseil d'État :

« le port par les élèves de signes par lesquels il entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité, dans la mesure où il constitue l'exercice de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses, mais que cette liberté ne saurait permettre aux élèves d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public »³⁶.

On aurait pu en rester là. Mais, d'un côté comme de l'autre, les tensions ont persisté. Et il fallut en passer par la loi afin d'interdire aux élèves de manifester « ostensiblement » leur appartenance religieuse en usant de certains signes³⁷. Cette loi n'a pas elle-même mis fin à certaines revendications mais elle a permis aux directeurs d'établissement de recouvrer quelque autorité. Encore a-t-il fallu s'entendre sur ce que « manifester ostensiblement » son appartenance religieuse veut dire. En effet, à trop s'attacher à l'idée que des signes seraient religieux par nature, on s'empêcherait de comprendre que le désir de manifester son appartenance religieuse peut parfaitement s'exprimer à l'aide d'autres signes que ceux auxquels les cultes dominants nous ont accoutumés. Or il n'existe en réalité aucun signe religieux « par nature » : ceux que l'on qualifie ainsi sont tout simplement ceux auxquels nous sommes le plus habitués et à l'égard desquels nous n'avons plus l'étonnement qui saisisait l'homme « naturel ». Et puisque, comme l'a si bien dit David Hume, nous avons une « tendance universelle à transférer à tous les objets les qualités auxquelles nous sommes habitués et

³⁶ CE, Assemblée générale, Section de l'intérieur, avis n°346.893 du 27 novembre 1989 suivi quelques années plus tard, au contentieux, de Conseil d'État, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Rec., p. 389. V. aussi Conseil d'État, *Un siècle de laïcité*, La Documentation française, 2004.

³⁷ Cf. loi du 15 mars 2004, devenue L. 141-5-1 du code de l'éducation : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. / Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ».

familiarisés »³⁸, il n'y a aucune raison de limiter l'interdiction aux signes les plus conventionnellement admis comme « religieux ». Bref, l'imagination étant fille de la jeunesse, si l'on souhaite empêcher un élève de manifester ostensiblement son appartenance religieuse, il faut partir de l'usage qu'il peut faire d'un signe et non de la signification que les cultes connus confèrent à certains objets. C'est là que réside l'intérêt majeur tant de la circulaire d'application qui a suivi la loi³⁹ que de la jurisprudence qu'elle a pu inspirer⁴⁰. Les membres de la juridiction administrative ne manquent cependant pas de souligner la part de subjectivité⁴¹ qu'une telle entreprise suppose. Or, cette subjectivité manifeste sinon aveuglante est sans doute une garantie de prudence : il seront très vraisemblablement d'autant plus conduits – sinon contraints – à en faire un usage modéré qu'elle leur est aisément opposable.

À ce principe s'ajoute bien évidemment celui d'égalité.

2.1.3. Égalité

Et en effet, comment ne pas parler de ce principe d'égalité qui semble à lui seul contenir l'essence même de la République ? Or ce principe fait partie de ceux dont le juriste ne peut que se méfier car il est purement formel et peut ainsi servir à justifier des situations fort différentes.

Il faut en effet comprendre que, d'un point de vue juridique, le principe d'égalité impose deux obligations au pouvoir normatif. La première est de soumettre au même traitement juridique des situations identiques. La seconde est de ne pas fonder des différences de traitements sur certains critères. Ainsi, dans la mesure où, comme le veut l'article 1^{er} de la Constitution, « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » et qu'elle « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » et « respecte toutes les croyances », le législateur ne peut sans doute pas, sans méconnaître ce texte, se fonder sur ces trois éléments pour établir des discriminations. Hormis ces deux obligations, le législateur comme le pouvoir

³⁸ D. Hume, *L'histoire naturelle de la religion, et autres essais sur la religion*, introduction et trad. M. Malherbe, Paris, Vrin, 1989, p. 48.

³⁹ V. O. Dord, « Laïcité à l'école : l'obscur clarté de la circulaire "Fillon" du 18 mai 2004 », AJDA 2004 p. 1523 qui rend compte de la distinction

⁴⁰ Le Conseil d'État a donc posé la règle que : « si les élèves des écoles, collèges et lycées publics peuvent porter des signes religieux discrets, sont en revanche interdits, d'une part, les signes ou tenues, tels notamment un voile ou un foulard islamique, une kippa ou une grande croix, dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, d'autre part, ceux dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'élève ». Sur le fondement de cette règle il a ainsi interdit le port du « keshi sikh » (sous-turban sikh) lequel, bien que d'une dimension plus modeste que le turban traditionnel et de couleur sombre, « ne pouvait être qualifié de signe discret et que l'intéressé, par le seul port de ce signe, a manifesté ostensiblement son appartenance à la religion sikhe », CE, 5 décembre 2007, *Ghazal et Singh* (2 esp. req. 295671 et req. 285394), AJDA 2007 p. 2343 qui confirme l'arrêt CAA de Paris, 19 juillet 2005, AJDA 2005, *Singh*, p. 2009, concl. B. Bachini.

⁴¹ V. les conclusions de B. Bachini, précitées.

réglementaire sont libres d'établir des règles différentes pour régler des situations différentes, à la condition toutefois que les critères choisis soient « objectifs ». Par ce terme, les juges exigent que les critères susceptibles de fonder la différence de situation soient en rapport avec l'objet de la norme qui établit cette différence⁴².

Ce principe ne date ni de la Constitution de 1958 ni de l'intervention du Conseil constitutionnel⁴³. Il a pu produire ses effets sans que les juges n'éprouvent le besoin de faire référence à un texte. Le Conseil d'État n'eut, par exemple, aucun mal à affirmer l'existence d'un « *principe d'égalité [régissant] le fonctionnement des services publics* » et de s'en prévaloir pour annuler une décision de l'administration⁴⁴. De même, quelques années plus tard, il ne trouva pas utile de mentionner expressément la Déclaration de 1789 dont on trouvait cependant un écho lointain dans sa décision d'annuler l'acte par lequel un secrétaire d'État zélé qui, au moment d'arrêter la liste des candidats admis à concourir à l'entrée de l'ENA, cru bon d'écartier ceux qu'il soupçonnait de sympathie pour le parti communiste. Le Conseil d'État jugea qu'il avait, ce faisant, méconnu « *le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics* »⁴⁵.

On pourrait encore ajouter que, si elle autorise les personnes publiques à pratiquer des discriminations fondées sur des critères que les juges considèrent comme adaptés aux finalités poursuivies, cette égalité formelle interdit voire préserve de toute forme de « discrimination positive » puisque les juges eux-mêmes ont très clairement affirmé que ce même principe d'égalité n'imposait nullement que des situations différentes soient traitées différemment⁴⁶.

⁴² Par ex : CE, Sect., 18 décembre 2002, *M^{me} Duvernès*, RFDA 2003, p. 274 concl. Fombeur : « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier* » ; Conseil constitutionnel, Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985* : « *Considérant que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation à la création et au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général, notamment, comme cela est prévu par l'article 79, des fondations et associations d'intérêt général à caractère culturel* ».

⁴³ Ainsi, l'article 1^{er} du Préambule de la Constitution de 1946 proclamait : « *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* ».

⁴⁴ CE, Sect., 9 Mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, Rec., p. 151.

⁴⁵ CE, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec., p. 308.

⁴⁶ CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter et autres*, RFDA 1997, p. 450, concl. Bonichot et CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, RFDA 2002 p. 723 concl. Boissard.

On pourrait donc multiplier les exemples afin de montrer que ce principe d'égalité se rattache à une « tradition républicaine »⁴⁷ profondément enracinée : tel qu'il est conçu, il tend à l'émancipation de l'individu, seul détenteur de droits, lesquels lui sont reconnus indépendamment de ses origines, de sa race ou de sa religion, indépendamment donc de la « communauté » à laquelle il pourrait prétendre appartenir.

Il n'empêche que la République n'est ici nullement originale ni parfaitement rigoureuse quand elle ne cède pas à une forme d'intégrisme.

D'une part, on s'accorde à reconnaître que cette conception de l'égalité est très largement répandue dans les juridictions européennes, supranationales et internationales qui toutes tendent à subordonner une différence de traitement juridique à une exigence tenant au but poursuivi par l'autorité à l'origine de ce traitement différent. Et s'il se refuse à exercer un contrôle de proportionnalité au terme duquel il évaluerait l'adéquation de la différence de traitement au regard du but poursuivi, il s'autorise à sanctionner une « erreur manifeste d'appréciation » lorsqu'il lui apparaît « à l'évidence que les effets mis en avant pour justifier la différence de traitement ne se produiront pas »⁴⁸.

D'autre part, la République ne préserve pas d'une certaine incohérence. Si la France n'a certes pas (ou pas encore) adopté une politique en faveur de ce que l'on appelle la « discrimination positive », certaines pratiques s'en rapprochent (et, si l'on en croit leurs critiques, cette proximité mettrait en cause les fondements de la République). On pense à la question de la parité. En bon républicain, le Conseil constitutionnel avait interdit au législateur d'établir des « quotas de femmes » sur les listes municipales⁴⁹. Ils furent donc introduit à la faveur d'une révision de la Constitution⁵⁰. Doit-on considérer que, puisqu'elle procède du pouvoir constituant, cette discrimination est parfaitement conforme à la République, au risque de réduire celle-ci à un dispositif juridique, ou bien doit-on considérer qu'en dépit de l'intervention du pouvoir constituant, l'adoption d'une telle disposition a introduit le ver de la discrimination positive dans le fruit républicain ? La même question peut se poser à propos de la loi qui a autorisé l'adoption, par un prestigieux institut de formation, de « procédures d'admission comportant notamment des modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second

⁴⁷ Cf. B. Stirn, « La tradition républicaine dans la jurisprudence du Conseil d'État », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La république en droit français*, Economica, Paris, 1996, p. 213 s.

⁴⁸ V. la présentation que le Conseil constitutionnel fait lui-même de sa jurisprudence : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/princeg2.htm>

⁴⁹ Décision n°82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, *Recueil*, p. 66 ; *RJC*, p. I-134 ; *Journal officiel* du 19 novembre 1982, p. 3475 rectificatif *Journal officiel* du 20 novembre 1982.

⁵⁰ Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999, article 1^{er} : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».

degré » sans que le Conseil constitutionnel ne juge cette disposition contraire au principe d'égalité⁵¹.

Inversement, certaines pratiques typiquement françaises qui violent ouvertement le principe d'égalité ne font l'objet d'aucune « réforme » et, pire, ne sont guère susceptibles de disparaître. En effet, quand bien même le principe d'égalité serait intimement lié à l'idéal républicain d'une émancipation de l'individu supposé libre de se mouvoir dans la société sans devoir justifier de ses origines sociales, culturelles, religieuses ou autres, il n'empêche que le pouvoir de nomination dont dispose le Président de la République est exercé dans la plus absolue discrétion et permet au Président de nommer certaines personnes en récompense de leur fidélité politique. Or, ce pouvoir n'est ni méritocratique ni démocratique et, de plus, quasiment impossible à changer car ceux qui en profitent s'opposent systématiquement à sa disparition. En effet, ceux qui en bénéficient justifient leur nomination par leur propre compétence, sans s'apercevoir que leurs critères d'excellence correspondent à ce qu'ils ont en commun sans jamais faire l'objet d'aucune discussion publique. Comme l'a très bien analysé Ezra Suleiman : « les mêmes personnes, privilégiées par ce système, dénoncent sans cesse les inégalités de la société tout en étant les premières à s'opposer à toute tentative de réforme. Elles proclament que ces réformes violeraient le modèle républicain. C'est une autre manière de dire que l'égalité est une magnifique idée... si elle ne met pas fin à mes privilèges. »⁵²

Enfin, la République n'est pas sans verser dans une forme d'absolutisme. Le cas le plus flagrant ici est évidemment le rapport que la France entretient avec sa langue nationale. Ce n'est pas ici le lieu de faire une présentation exhaustive du problème. Que la langue ait servi de facteur d'unification de l'État français, nul ne peut le nier. Mais on peut aussitôt faire remarquer que rares sont les États qui n'ont pas cherché à fonder leur unité sur la langue (ce qui explique sans doute les difficultés de la construction européenne). En 1992, au moment de la ratification du Traité de Maastricht qui donna lieu à un débat national passionné, la peur de voir cette unité disparaître, sous l'influence de l'anglais en passe de devenir la langue majoritairement pratiquée au sein des organes de l'Union européenne, a conduit le pouvoir constituant à introduire, à l'article 2 de la Constitution, une disposition pour le moins singulière : « La langue de la République est le

⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision n°2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* : « s'il est loisible au législateur de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3 du code de l'éducation en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris, c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous le contrôle du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ; que, sous cette réserve, l'article 14 est conforme à la Constitution ».

⁵² E. Suleiman, *Le Point*, 24 juillet 2008, p. 1871 ; v. aussi Ezra N. Suleiman, « Self-Image, Legitimacy and the Stability of Elites : The Case of France », *British Journal of Political Science*, 1977, Vol. 7, No. 2, pp. 191-215 et *Elites in French Society : The Politics of Survival*, Princeton U.P., 1978.

français »⁵³. Les partisans de cette disposition se réclamèrent de la tradition républicaine, de la Déclaration des droits de 1789, de cette philosophie révolutionnaire qui n'aspire qu'à libérer l'individu de toute appartenance identitaire. Ce sont les mêmes arguments que l'on mobilise aujourd'hui contre la Charte européenne des langue régionales et minoritaires⁵⁴ afin de prévenir sinon de conjurer une « ethnicisation » de la fonction publique⁵⁵.

Une telle disposition constitutionnelle ne laisse toutefois pas d'étonner. Elle a d'abord un caractère pléonastique incontestable : dès lors que la Constitution est l'expression de la république et qu'elle est rédigée dans la seule langue française, « la langue utilisée est, par définition, la langue de la République et l'alinéa en question énonce donc indirectement, entre autres : "le texte que vous lisez est écrit en français", énoncé de valeur informative rigoureusement nulle – que le lecteur comprenne le français ou ne le comprenne pas »⁵⁶. Cette disposition n'a ensuite que peu de rapport avec la Révolution : que ce soit en 1789 ou mieux encore en 1793, le français n'a jamais été désigné comme la langue « de la république » mais comme « la langue de la liberté »⁵⁷. Enfin, cette disposition renoue moins avec la république et son idéal d'émancipation de l'homme qu'avec son idéologie de l'unicité comme prix à payer pour l'unité de l'État à défaut d'unicité religieuse ou monarchique. Or, cette idéologie ne s'est pas forgée sous Révolution ou la République mais sous la Terreur et dont le rapport de l'abbé Grégoire du 16 prairial an II (6 juin 1794) au titre pour le moins explicite : « Sur la nécessité et les moyens d'anéantir les patois et d'universaliser la langue française »⁵⁸. Car, il faut bien comprendre que si l'idée d'unifier l'État par la langue est un projet ancien et

⁵³ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, article 1er.

⁵⁴ Adoptée par le comité des ministre du Conseil de l'Europe le 25 juin 1992, le jour même de la promulgation de la loi constitutionnelle française.

⁵⁵ A.-M. Le Pourhiet, « Les symboles identitaires dans la Constitution de 1958 », in *50^e anniversaire de la Constitution de 1958*, Dalloz, à paraître, pour qui : « Les prolongements inévitables de certaines stipulations de la charte sont aussi clairement prévisibles même si ses promoteurs feignent de les ignorer en tentant d'en minimiser la portée. La pratique d'un idiome local dans la vie administrative ou judiciaire d'une région suppose des fonctionnaires et des magistrats qu'ils maîtrisent parfaitement cet idiome et donc que soit établie à terme une préférence locale dans les recrutements susceptible de remettre en cause les concours et statuts nationaux de la fonction publique. Ces revendications d'« ethnicisation » de la fonction publique s'expriment déjà clairement en Corse et outre-mer et ont même été satisfaites dans la Constitution pour certaines collectivités ultramarines ».

⁵⁶ P. Encrevé, « La langue de la République », *Pouvoirs*, n°100, 2002, p. 123 s., ici p. 126.

⁵⁷ P. Encrevé, *eod. loc.*

⁵⁸ Qui expliquait « le peuple français [...] doit être jaloux de consacrer au plu tôt, dans une république une et indivisible, l'usage unique et invariable de la langue de la liberté ». Dix jours plus tard, le Comité de Salut Public affirmait « Dans une république une et indivisible, la langue doit être une. C'est un fédéralisme que la variété des dialectes [...], il faut le briser entièrement ». Le 2 thermidor, la Convention adoptait un décret qui interdisait l'emploi d'idiomes ou langues autres que la française ». Le 2 septembre la Convention suspendait l'exécution du décret qui ne fut jamais appliqué mais sur lequel ne manquèrent pourtant pas de s'appuyer les parlementaires favorables à l'amendement sur la langue de la République en 1992. Sur tout cela, v. P. Encrevé, *ibid.*, p. 129-130.

dont la république peut se réclamer elle aussi – au même titre que la monarchie d'ailleurs –, le projet de détruire les langues dites « régionales » ou « minoritaires » au profit exclusif de la langue du pouvoir central est propre à la Terreur jacobine qui n'eut de cesse de confondre unité et unicité. On pourrait encore ironiser sur les présupposés que cette disposition semble nourrir à l'égard du droit, comme s'il suffisait d'une disposition constitutionnelle pour modifier la réalité. Or elle est dérisoire face à la diffusion de l'anglais – ou de ce qui en tient lieu – tant dans les milieux politiques que scientifiques ou culturels. Et s'il s'agit d'empêcher que d'autres langues que le français ne soient utilisées dans les administrations publiques, cette disposition est inutile car, pour imposer un certain usage, la loi suffit amplement, il n'est donc nul besoin de la Constitution ; elle est également superfétatoire sinon redondante puisque l'on peut arriver aux mêmes fins sur le fondement de l'unité et/ou de l'indivisibilité de la République. Dans ces conditions, on ne peut se défaire de l'idée que cette disposition n'est guère imputable à une doctrine républicaine clairement établie mais qu'elle répond plutôt à des préoccupations conjoncturelles mal définies.

Par ailleurs, en dehors du texte formel de la Constitution, il faut tenir compte des principes tirés, par le juge constitutionnel, des lois de la République.

2.2. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : des principes identifiés par les juges

C'est une catégorie imprévue, improbable et indéterminable. Imprévue : parce qu'elle est d'abord utilisée lors du débat constituant de la IV^e République, pour défendre le statut de la liberté d'enseignement⁵⁹. Elle finit par être intégrée au Préambule de la Constitution de 1946 (2^e projet). Improbable : elle sera réutilisée, contre toute attente, en 1971 par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur la liberté d'association et donnera ensuite lieu à une jurisprudence nourrie. On compte aujourd'hui une douzaine de principes fondamentaux reconnus par des lois de la République⁶⁰. Indéterminable : on ne sait ni de quels principes ils s'agit, ni de quelles lois, ni de quelle République ; on ne sait pas non plus ce que « fondamental » veut dire ni quelle forme prend leur reconnaissance... Bref, c'est une catégorie fort utile parce que, nul n'étant en mesure de dire avec certitude ce qu'elle contient, l'autorité qui souhaite s'en servir jouit d'une liberté totale.

C'est d'ailleurs pour tenter de déjouer cette « objection » que les membres du Conseil constitutionnel ont fait connaître, par divers canaux, qu'ils adoptaient une politique d'autolimitation en matière de « reconnaissance » de ces principes eux-

⁵⁹ V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica-PUAM, 2001, p. 62.

⁶⁰ Et qui vont de la liberté d'association à l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur (qui implique leur représentation distincte dans les instances universitaires) ou à la compétence exclusive du juge administratif pour connaître des actes administratifs unilatéraux mettant en oeuvre une prérogative de puissance publique... On mesure combien les lois de la République sont généreuses !

mêmes reconnus par les lois de la République⁶¹. Bien sûr, aussi louable soit cette politique au regard de l'idée républicaine selon laquelle la loi – et seule la loi – est l'expression de la volonté générale, nul n'est dupe de ce qu'elle signifie : celui qui déclare s'autolimiter avoue, dans le même temps, disposer d'un pouvoir et mieux encore, d'un pouvoir qu'il juge lui-même considérable au point de devoir s'autolimiter... Dès lors, on peut se demander si le dogme républicain de la loi a encore une quelconque portée ! Enfin, ajoutons que si cette catégorie de « principes » a d'abord été utilisée par le Conseil constitutionnel, il n'est plus seul à s'en servir. Le Conseil d'État lui-même y a eu recours, pour l'instant une seule fois, dans une affaire mettant en cause un traité d'extradition⁶².

Quoi qu'il en soit, l'usage qui est fait de cette catégorie de principes nous enseigne que, loin d'être un ensemble de vérités évidentes et incontestables que la tradition républicaine aurait léguées à ses petits-enfants, ils ne sont rien d'autre que des arguments *ad hoc* dont se servent les juges quand ils sont dépourvus de textes suffisamment péremptoires en apparence pour s'imposer d'eux-mêmes en vertu d'un quelconque sens « littéral » ou *prima facie*.

3. Le « discours » républicain comme discours de justification

On est ainsi en mesure de conclure qu'il est bien difficile d'identifier un concept descriptif de république par lequel on parviendrait à décrire un système de normes bien définies. En revanche, on perçoit à l'analyse un « discours » républicain qui, lui-même, ne contient guère de normes univoques et dont le contenu demeure difficile à saisir : il ne consiste nullement en la description des éléments essentiels d'une authentique république par nature ni ne fournit les moyens susceptibles de transformer un régime politique en une république parfaite. En réalité, ce discours a d'abord et avant tout pour fonction de justifier un ensemble de normes qui peuvent être fort différentes selon les époques et les auteurs.

En définitive, le concept de république est cet idéal que l'on construit et sur le fondement duquel on croit pouvoir à la fois décrire ce qui est et prescrire ce qui doit être. Il est, pour reprendre une distinction que Norberto Bobbio a su exploiter, non une morale mais une théorie de la morale⁶³ : s'il ne permet pas à lui seul de

⁶¹ v. M. Ameller, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel » (OCDE, Istanbul, mai 1998 disponible à l'adresse Internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/princint.htm>).

⁶² CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, Rec., p. 255. Le but recherché était de hisser au-dessus d'un traité une norme tirée d'une disposition législative restreignant les cas d'exécution des conventions d'extradition. Puisque, en vertu de l'article 55 de la Constitution, tel que l'interprète le juge administratif depuis l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989, les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, et donc s'imposent à elle (fût-elle postérieure), le Conseil d'État n'avait d'autre choix que de prétendre que la loi contenait elle-même un principe fondamental qu'elle « reconnaissait ». Et dès lors, réglant par prétériorité le rapport hiérarchique entre les PFRLR et les traités, le Conseil d'État a pu envisager, dans l'abstrait, la possibilité d'écarter l'application d'une convention d'extradition au profit d'un PFRLR. Mais en l'espèce il ne le fit pas, estimant que le requérant ne relevait pas du cas prévu.

⁶³ À propos des doctrines du droit naturel, v. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, 1972, p. 179 s.

dire ce que doit contenir le droit, il permet en revanche de justifier que le droit soit soumis à des valeurs. Sans doute est-ce cela qu'entendent exprimer ceux qui présentent la République comme un « ensemble de valeurs »⁶⁴, parmi lesquelles figureraient la nation comme condition de l'indépendance ; la religion civile de la laïcité ; l'école ; le service militaire et la promotion sociale ; le *jus soli* ; la soumission de la justice à la loi issue de la volonté générale ; la reconnaissance des droits aux individus et non aux communautés ; la préférence à la sanction ; la redistribution, etc.

Il demeure que, d'une part, sauf à s'engager dans un cognitivisme éthique et admettre une existence objective de ces valeurs, on doit reconnaître que ces valeurs échappent à la connaissance. Au mieux peut-on espérer décrire les comportements ou raisonnements auxquels la poursuite de ces valeurs peut conduire. Mais on ne décrira pas les valeurs en elles-mêmes. De plus, toutes ces valeurs sont elles-mêmes susceptibles d'entrer en conflit les unes avec les autres, en sorte qu'on ne peut en tirer une morale déterminée. Or, précisément, parce que la notion de République demeure très générale et sémantiquement indéterminée, elle permet de « concilier l'accord sur des formules avec le désaccord sur leur interprétation »⁶⁵.

On comprend mieux pourquoi ceux qui l'invoquent ou s'en réclament parlent de la République soit comme d'un idéal disparu qu'il faudrait retrouver, soit comme d'une réalité en crise qu'il faudrait préserver. Bref, ou bien on l'a connue mais on ne sait plus ce qu'elle est, ou bien on la connaît mais on sait qu'elle disparaît, car elle est menacée par la crise identitaire. En sorte que la République est aussi insaisissable que le temps présent : au moment même où on l'identifie, elle a déjà changé.

⁶⁴ A.-G. Slama, « L'État sans citoyens », *Pouvoirs*, 84, 1998, p. 89-98.

⁶⁵ Ch. Perelman, « L'usage et l'abus des notions confuses », *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984, p. 156.