

Bruno Daugeron

Le Conseil constitutionnel a-t-il une théorie de la représentation ?

Accusés d'être portés sur les abstractions et d'avoir un penchant pour la métaphysique, les Français ont la réputation de théoriser au détriment de l'action efficace. Aussi étonnant cela puisse-t-il paraître à des observateurs extérieurs au monde du droit, l'une des caractéristiques principales de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français est pourtant de peu se préoccuper des concepts constitutionnels, en particulier de ceux qui touchent aux institutions politiques, et de n'être d'ailleurs guère célébrée pour cela. Nul n'ignore plus que c'est pour les conséquences de sa céléberrime décision du 16 juillet 1971 que l'organe que l'on qualifie parfois de « politique¹ » a bâti sa réputation en ouvrant la porte à l'avènement, certes abstrait lui, de ce que l'on a appelé un droit constitutionnel « matériel » ou « substantiel », essentiellement tiré de ses interprétations du Préambule de la Constitution de 1958. C'est cette nouvelle matière qui a illustré ce que l'on a parfois qualifié de « retour de la figure du juge au premier plan de la pratique politique² ». Ce sont « les droits et libertés que la Constitution garantit », dont il est parfois rendu compte sous le concept à éclipses de « droits fondamentaux », qui sont consacrés par l'article 61-1 de la Constitution, étudiés et célébrés, non la question des rapports entre les pouvoirs publics même si elle est certes présente dans la jurisprudence du Conseil. Dans son ouvrage sur les *Principes directeurs de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, B. Genevois, ancien secrétaire général de l'institution, en rendait compte sous l'angle des « rapports entre les pouvoirs publics³ ». Il existe donc bien sûr une jurisprudence sur l'organisation des pouvoirs publics, en particulier la répartition des compétences entre les organes. Mais l'angle de leurs rapports politiques, lui, est inexistant : le Conseil constitutionnel n'a jamais voulu se faire l'interprète du droit politique constitutionnel en prescrivant, par exemple, ce que devait être une « bonne lecture » des rapports entre Premier ministre et Président de la République, sans doute inspiré en cela de

¹ Par exemple à raison du mode de nomination de ses membres. Voir P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5 [<http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>]. Sur les ambiguïtés de la notion, voir également D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. IV, 2012, p. 13-50.

² O. CAYLA, « Les deux figures du juge », *Le Débat*, vol. 74, n° 2, 1993, p. 149.

³ Voir B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Éditions STH, 1988, p. 125 sqq.

la théorie des actes de gouvernement fondée sur le refus de l'immixtion du juge dans l'activité politique des pouvoirs publics constitutionnels. La question du droit « politique », si on lui donne la signification, parmi plusieurs possibles, de droit des « acteurs politiques », est étrangère, en France, à l'élaboration par le juge constitutionnel d'une « science du droit constitutionnel »⁴. Mais le plus frappant est que ce n'est pas seulement le droit politique qui est absent de la jurisprudence du Conseil, c'est aussi le droit des concepts constitutionnels, ceux qui sont pourtant censés structurer la matière. Et quand ils sont « traités » en tant que tels, la solution est souvent discutable : on sait le résultat pour le moins approximatif auquel est parvenu le Conseil constitutionnel quand il s'est emparé du principe de « séparation des pouvoirs », traitement que l'on a qualifié « d'hérésie constitutionnelle⁵ ».

Mais pour les mal traiter, encore convient-il que le Conseil s'en saisisse, ce qu'il est loin de toujours faire. Si l'on suit les rubriques retenues par les coauteurs du manuel *Droit constitutionnel. Les grandes décisions*⁶, tentative ambitieuse et remarquable, de relecture, voire de reconstitution du droit constitutionnel à l'aune de la jurisprudence – et pas seulement celle du Conseil constitutionnel –, on y trouve bien les notions de Constitution, d'exercice de la souveraineté, d'État, de séparation des pouvoirs ou d'organisation des pouvoirs publics, elles-mêmes divisées entre les « fondements du droit constitutionnel » et le « droit constitutionnel institutionnel ». Mais la notion de représentation, elle, n'est pas présente, ni pour évoquer le statut représentatif ou non du Conseil constitutionnel qui pose une question très spécifique et n'y a, il est vrai, guère sa place⁷, ni davantage pour rendre compte du

⁴ Pour reprendre le titre d'un article d'O. CAYLA : « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in J. ROBERT (dir.), *Le Conseil constitutionnel à quarante ans*, LGDJ, 1999, p. 106-141.

⁵ O. BEAUD, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, 2013 [<http://juspoliticum.com/uploads/pdf/JP-Beaud-2.pdf>]. Il avait auparavant consacré une « conception française de la séparation des pouvoirs » dans sa décision 86-224 DC du 23 janvier 1987. On parla alors de la « constitutionnalisation d'un mythe » (voir S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 767-783). Dans la décision 2009-577 DC du 3 mars 2009, il fait aussi « découler » la simple répartition des compétences entre les organes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme.

⁶ M. VERPEAUX *e. a.*, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 2011, 2^e éd., 2016. Même constat pour l'index alphabétique des matières de l'ouvrage de L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par ex. la 15^e éd., Paris, Dalloz, 2009 ou dans celui, certes plus restreint, mais non moins précis, de C. MAUGÛE et J.-H. STAHL, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2017, même si, au vu de la jurisprudence du Conseil, ils mentionnent comme « droits et libertés que la Constitution garantit » les « droits liés à la représentation politique », par exemple le droit d'éligibilité des citoyens ou l'exercice de droits civiques, p. 192-193.

⁷ Et que l'on ne traitera pas davantage ici en renvoyant notamment à M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31-48 ; D. TURPIN, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, vol. 15, n° 58, été 1992, p. 381-390 ; D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle "nécessité démocratique" ? », in G. DRAGO *e. a.* (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999 p. 363-376 et le commentaire de M. TROPER, p. 377-382 ; P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in C. GREWE *e. a.* (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 115-135, et

concept dans sa jurisprudence. Cette absence ne saurait à l'évidence être imputée aux auteurs qui ont au contraire tenté de mettre de l'ordre dans une profusion de décisions. C'est la jurisprudence du Conseil qui est en cause.

Il existe des raisons objectives à cela. D'une part, le Conseil constitutionnel est contraint par sa compétence : il ne peut se prononcer que sur la constitutionnalité d'une loi (ou d'un traité). Plus exactement, selon les termes aujourd'hui presque oubliés de l'article 61 de la Constitution tant ils paraissent réducteurs au regard du développement de son rôle, du discours sur son rôle et de sa jurisprudence, le Conseil est chargé de « se prononcer sur la conformité des lois à la Constitution ». Aussi importantes que soient les conséquences de sa jurisprudence, son office est donc limité⁸.

D'autre part, dans ce cadre, peu nombreuses sont les lois qui traitent explicitement ou qui ont pour objet ce concept central du droit constitutionnel. Il n'en est pourtant pas moins présent dans la jurisprudence, mais non dans les domaines où l'on aurait pu s'y attendre, comme dans les décisions relatives à l'article 3 de la Constitution et à l'exercice de la souveraineté. Il est ailleurs et en creux. Si les *Tables analytiques* de l'institution mentionnent de très nombreuses occurrences d'une « représentation » semblant avoir une dimension politique, ce n'est pas en tant que notion constitutionnelle mais en tant que « principe du droit électoral⁹ », au point que l'on est bien en peine de rendre compte sinon d'une théorie, du moins d'une jurisprudence du Conseil en matière de représentation politique distincte de son lien avec l'élection. On ne peut guère découvrir de développements relatifs à la représentation politique que si l'on accepte d'aller les rechercher ailleurs, dans la jurisprudence relative au droit de suffrage en particulier. Cette dernière ne se confond certes pas entièrement avec la notion de représentation, mais elle établit toutefois un premier rapport. Suivent – ou se confondent avec elle – les décisions sur le contrôle des lois électorales sur l'élection des députés, des sénateurs ou des représentants français au Parlement européen, celles relatives aux lois sur le financement de la vie politique, à la décentralisation ou l'organisation institutionnelle des collectivités territoriales ou les lois relatives à l'Outre-mer. Là et là seulement semble être abordé le concept de représentation politique considéré comme intrinsèquement lié à la technique élective. Semble, car il ne l'est toujours qu'implicitement et de manière accessoire.

Enfin, on sait que le Conseil est réputé pour peu motiver ses décisions, ce qui n'aide guère à découvrir des théories dans sa jurisprudence coulée dans le moule ultra formaliste du syllogisme, qui n'est pas le meilleur moyen d'envisager les différentes significations possibles des termes de la Constitution alors même qu'il revendique pour lui-même le statut de juridiction constitutionnelle agissant avec tout l'arsenal argumentatif d'un « vrai » juge.

À lire et à mûrir les différentes décisions qu'il a pu rendre dans ces domaines, on n'en est pas moins frappé par une chose : le Conseil constitutionnel donne le

dernièrement, dans une perspective plus vaste, O. JOUANJAN, « Constitutionalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », in S. MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2016, p. 33-51.

⁸ Question sur laquelle on peut renvoyer à C.-E. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ, 2015, p. 17-36 pour le cadre théorique.

⁹ Voir les *Tables d'analyses du 4 octobre 1958 au 30 septembre 2017*, p. 1879-1944 [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Tables/tables_analytiques.pdf].

sentiment de mal maîtriser le sens qu'il donne au concept quand d'aventure il est contraint de l'aborder. D'abord parce qu'il n'a jamais été conduit à dire explicitement ce que représenter voulait dire dans ses décisions : il se contente de demeurer dans l'implicite d'une allusion censée tenir lieu de référence tout aussi implicitement liée à l'élection. Ensuite et plus gravement, il semble ne pas savoir ou ne pas connaître le sens de la représentation politique ni le rôle joué par ce concept dans notre droit constitutionnel depuis la Révolution française. Tout s'éclaire même pour le lecteur de ses décisions une fois qu'il a compris que le Conseil n'avait pas compris sa signification. Cette lacune aussi surprenante qu'elle est insolemment voire brutalement dénoncée se fonde sur plusieurs constats établis à partir de la jurisprudence du Conseil : l'absence, non seulement d'une théorie, mais même de la conscience d'une signification particulière de la notion de représentation politique qui trouve sa source dans une importante lacune théorique (I), laquelle entraîne l'institution dans nombre de confusions pratiques qui débouchent toutes sur un même résultat : l'électoratisation de la représentation (II).

I. L'ABSENCE D'UNE CONCEPTION THÉORIQUE DE LA REPRÉSENTATION

Si l'on entend par « théorie de la représentation » le fait de s'inscrire dans une certaine conception de la représentation politique (qui constitue elle-même une certaine vision de cet objet) ou même éventuellement de la créer, il n'est pas possible de soutenir que le Conseil constitutionnel refuse toute théorie de la représentation, puisqu'il semble justement avoir cherché à s'inscrire, à travers les mots qu'il emploie, dans l'une d'entre elles. Mais cette démarche cohabite étrangement avec une absence de conceptualisation de la notion, dans la mesure où il reste muet sur la signification qu'il lui donne et sur le rôle qu'il lui assigne dans la mécanique constitutionnelle à laquelle il se réfère pourtant. Pour une raison aussi décisive que radicale : il donne le curieux sentiment d'ignorer ce que représenter veut dire dans la théorie constitutionnelle héritée de la Révolution française. Bien que très lointaine désormais, même si l'on doit à R. Carré de Malberg de l'avoir redécouverte et actualisée au début du XX^e siècle¹⁰, elle n'en demeure pas moins marquante puisqu'elle n'est jamais que le prolongement des théories modernes du pouvoir, en particulier de la conception hobbesienne de la représentation où le droit permet la réduction d'une pluralité de volontés éparses à une seule volonté, celle du nouveau souverain populaire, afin de créer, à travers lui, l'unité de l'État¹¹. Comment soutenir une hypothèse aussi impie ? En lisant les décisions qu'il a pu rendre et dans lesquelles il a été contraint d'évoquer la représentation (du peuple ou de la nation), non en en donnant directement la signification, mais en déduisant des normes, voire en prescrivant des mesures qu'il considérait implicitement être liées à sa signification, voire encore en réduisant cette signification à ces mesures. Le Conseil

¹⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. II, Paris, Sirey, 1922, p. 199-410.

¹¹ On en fait encore récemment le constat à la lecture de la synthèse de P. BRUNET, « Représentation et *Staatslehre* : entre incarnation et fiction », in M. ALBERTONE et D. CASTIGLIONE, *Les métamorphoses de la représentation. Langages et pratiques politiques à l'époque moderne*, Paris, Classiques Garnier, à paraître, et, du même, le chapitre « La représentation », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. 608-641. Sur cette question voir aussi l'ouvrage classique de L. JAUME, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, 1986, p. 112-117.

fait ainsi émerger une bien étrange « représentation de la nation » (A) qui trouve son origine dans la confusion aussi étonnante que dommageable entre les *bases* et le *contenu* de la représentation (B).

A. Une insaisissable « représentation de la nation »

Le Conseil constitutionnel a eu à plusieurs reprises l'occasion d'évoquer la question de la représentation de la nation, en particulier dans la jurisprudence relative aux lois électorales. Mais il l'a fait en quelque sorte par la bande, à partir d'un développement *a priori* anecdotique dans une décision pourtant réputée emblématique de sa jurisprudence en matière de représentation : « Considérant que, si députés et sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, *chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection*¹² ». Ce considérant de principe, fréquemment repris et qui est auto-suffisant puisqu'il n'est précédé d'aucune référence à un quelconque article de la Constitution (sauf dans la décision 2014-407 QPC du 18 juillet 2014 où le considérant précédent fait pour la première fois référence à l'article 1^{er} et aux deux premières phrases de l'article 3 de la Constitution)¹³, sert à saisir et sanctionner diverses situations à travers les normes qu'il crée¹⁴. Il se veut l'alpha et l'oméga de la théorisation du Conseil en ce domaine, à ses propres yeux, mais aussi d'après les observateurs de sa jurisprudence¹⁵. Et pour cause, tant

¹² Décision 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *Rec.*, p. 51. Voir aussi les décisions n° 2004-490 DC du 12 février 2004, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, cons. n° 14, *Rec.*, p. 44 ; n° 2007-547 DC du 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles pour l'*Outre-mer* (cons. n° 10), *Rec.*, p. 60. Il sera décliné à propos des députés représentant les Français établis hors de France dans sa décision 2008-573 DC, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés : « comme tous les autres députés et les sénateurs, les députés représentant les Français établis hors de France représenteront au Parlement la nation tout entière et non la population de leur circonscription d'élection », avec la note de B. MALIGNER, « Le contrôle du Conseil constitutionnel sur le redécoupage électoral », *AJDA*, 2009, p. 645-652 [648-650]. Une petite variation sémantique est présente dans la rédaction de la décision 2014-407 QPC du 18 juillet 2014, MM. Jean-Louis M. et Jacques B. [seconde fraction de l'aide aux partis et groupements politiques] où le Conseil ne parle pas de la « circonscription d'élection » du parlementaire mais de celle « où il a été élu » (cons. n° 19).

¹³ Cons. n° 18. « Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution, "la France est une République indivisible" ; qu'aux termes des deux premières phrases de l'article 3 de la Constitution, "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice" ».

¹⁴ Par exemple censurer la disposition de la loi organique selon laquelle « la Nouvelle-Calédonie est représentée au Parlement et au Conseil économique et social de la République dans les conditions fixées par les lois organiques » dans la décision 99-410 DC. Mais aussi pour valider, sous réserve d'interprétation, celle qui dispose que « La Polynésie française est représentée au Parlement et au Conseil économique et social dans les conditions définies par les lois organiques » dans la décision 2004-490 DC.

¹⁵ C'est en effet comme cela qu'il est interprété par la doctrine, voir par exemple A.-M. LE POURHIEU qui écrit : « En droit strict, chaque élu est censé représenter la nation tout entière et non pas les électeurs de sa circonscription, ce que rappelle régulièrement, en France, le Conseil constitutionnel, en précisant qu'un parlementaire n'est pas élu "de" mais élu "dans" la localité » (*Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 5^e éd., 2013, p. 102-103), et aussi, de la même, « Le Parlement, Représentant de la nation ? », in A. BOCKEL, D. ROUSSEAU et H. ROUSSILLON, *Le*

la mise au point semble classique et susciter l'adhésion d'un esprit attaché aux vieux principes. Le rappel n'est-il pas évident, digne d'un cours de première année de droit constitutionnel ? On est tenté de le croire. Pourtant, même si la formule semble familière – on la retrouve dans l'article 7, section III, chapitre 1^{er}, titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 : « *Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat* » –, le Conseil constitutionnel ne semble pas donner ni même saisir toute la portée de sa signification. Si elle révèle la manière dont il aborde le concept de représentation et le principe représentatif, elle ne l'épuise pas pour autant.

D'une part, parce qu'il se borne à rattacher la représentation nationale à la fonction du représentant, sans évoquer ou mettre en lien avec ce en quoi consiste le processus : la réduction d'une pluralité de volontés à une unité susceptible de donner une volonté à un souverain, être juridique ultime et fictif, que ce dernier s'appelle peuple ou nation, réduisant d'autant la distinction théorique qui est censée les séparer traditionnellement en droit constitutionnel. C'est ce que les révolutionnaires français avaient appelé, à travers la formule plaidoyer pour le veto du roi employée par Barnave à la Constituante, « Vouloir pour la nation¹⁶ ». Et comment vouloir pour la nation ? En votant la loi, expression de la volonté générale, volonté qui va être imputée au souverain et regardée comme la sienne. La représentation de la nation est avant tout la création d'une volonté, celle du souverain, qui ne peut exister ou plus exactement s'actualiser en droit qu'à travers elle, au point que représenter et légiférer ne sont qu'une seule et même chose. Comme l'a montré R. Carré de Malberg que le Conseil aurait gagné à lire, elle est le processus par lequel va être donnée une volonté au souverain par l'intermédiaire de ses représentants¹⁷. La représentation sert donc à créer la volonté nationale et, partant, à hiérarchiser les fonctions de l'État au regard du rapport qu'elles entretiennent avec elle¹⁸. *Fictio juris* ? À l'évidence. Mais comme toutes les fictions du droit au point qu'il n'est pas possible de le penser sans la comprendre.

Parlement, aujourd'hui ?, Istanbul/Toulouse, Galatasaray Üniversitesi Yayınları/Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 125-133 ; « Représenter la nation », in *AFDC, Représentation et représentativité*, Dalloz, p. 7-17, et « La représentation de la nation a-t-elle toujours un sens ? », in *Légitimité du pouvoir et représentation*, Colloque de l'ICES, 27-28 mars 2008. Des variantes sont possibles, voir par exemple M. Verpeaux : « Une des conséquences de l'indivisibilité de la République affirmée à l'article 1^{er} de la Constitution est donc que tous les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple français dans son entier et non d'une partie déterminée du territoire national (décisions 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986 et décision 91-290 DC du 9 mai 1991, cons. 53 : le représentant est l'élu *dans* une circonscription et non *d'une* circonscription). Le Conseil constitutionnel ne rate jamais une occasion de rappeler cette règle de la représentation » (*Manuel de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2010, p. 207).

¹⁶ *Archives Parlementaires*, tome XXIX, 1888, p. 33, (ci-après noté *A.P.*).

¹⁷ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 264 *sqq.*

¹⁸ Comme l'a montré P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Rouen/Paris/Bruxelles, Publications de l'université de Rouen/Bruylant/LGDJ, 2004, *passim*, démonstration synthétisée dans « La notion de représentation sous la Révolution française », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, avril-juin 2002, p. 27-45 et qui vient à l'appui des nombreuses pages consacrées à ce thème par M. Troper parmi lesquelles on peut citer « La souveraineté nationale appartient au peuple ». L'article 3 de la Constitution de 1958 », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 299-313 ; « La constitution de l'an III ou la continuité », in R. DUPUY et M. MORABITO (dir.), *1795. Pour une République sans Révolution*,

D'autre part, parce que la manière d'aborder le principe représentatif par le Conseil constitutionnel est révélatrice d'un certain processus de pensée. Si la conséquence du principe représentatif selon lequel le député « représente la nation tout entière » et non seulement le département ou même la circonscription du département dans le cadre duquel il a été élu, est rappelée et présentée comme un héritage direct de la Constitution de 1791 qui serait demeuré inchangé, c'est, semble-t-il, pour lui donner un sens sensiblement différent de sa signification originelle. Pour ce que l'on peut en comprendre, elle traduit un glissement de sens qui montre que, malgré la référence implicite à la Constitution de 1791, non seulement ce n'est plus de la même conception de la représentation qu'il s'agit, mais même plus du même mécanisme, lequel est tout simplement occulté. Car, que veut dire, pour le Conseil constitutionnel, « représentant de la nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection » ? À quoi, d'abord, renvoie la « Nation tout entière » ? À une acception géographique comme le semble le suggérer le recours à la formule « et non la population de sa circonscription d'élection », qui laisse entendre quelque chose comme le refus que la représentation soit celle d'une population particulière liée à un lieu. À quoi, ensuite et surtout, renvoie, dans l'esprit de ses membres (puisque le Conseil n'a de volonté que par eux), le fait de *représenter la nation* ? À lire l'intégralité du considérant pensé par lui, et considéré par les autres, comme « de principe », le Conseil semble vouloir dire que les conditions d'élection au suffrage universel ne sauraient déterminer le *sujet* de la représentation : le représentant n'est pas représentant de ceux qui l'ont élu ou auraient pu l'élire ou vivent là où il a été élu. On ne peut qu'être d'accord avec lui. La difficulté est qu'il est muet sur son *objet*, qu'il ne lie jamais à la production de la volonté nationale par le vote de la loi et dont on ne peut que deviner la signification à l'aune des indices donnés par les présupposés du vocabulaire consacré au sujet. Car pour que la prohibition sur le *sujet* prenne toute sa force et surtout tout son sens, encore faut-il savoir en quoi *représenter* le sujet, c'est-à-dire *la nation*, consiste, ce que cela veut dire juridiquement et qui n'apparaît nullement à la lecture de son considérant, même implicitement, au point qu'il se retrouve grevé de lourds soupçons. Comment saisir les prohibitions liées au *sujet* si l'on ignore l'*objet* de la représentation ? La chose est en principe impossible. C'est pourtant ce que semble faire le Conseil constitutionnel qui, peu sujet aux angoisses théoriques, ne voit pas la nécessité de préciser ce qu'il entend par là ou même de laisser entendre qu'il le sait, soit parce qu'il considère que cette formule se suffit à elle-même parce qu'elle contient la théorie sans y faire allusion et donc épuise le sujet ; soit parce qu'il n'en comprend pas l'enjeu ou le réduit à celui qu'il croit comprendre et restreint donc le sens du concept à ce qu'il pense en saisir.

Prescrire une telle mise en garde sans se situer par rapport à la question essentielle de ce que représenter veut dire et en quoi cela consiste en droit ne permet pas, en effet, de parler de « théorie de la représentation » dont le lecteur ignore toujours le sens : consiste-t-elle à *créer* une volonté ou à la *retranscrire* ? L'allusion géographique semble traduire – trahir ? – une certaine compréhension du concept : le mot « représentant » n'y est pas pris dans son sens originel de créateur de la volonté souveraine – une représentation qui ne *traduit* pas, mais qui *institue* selon

Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1996, p. 179-192 ; « Souveraineté nationale ou souveraineté populaire ? », in *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 109-127.

la distinction suggestive de L. Jaume¹⁹ –, mais dans celui de « délégué », les députés ne devant pas simplement être pris pour les « délégués » de *leur circonscription*, c'est-à-dire tant de la volonté de *leurs électeurs* que de la défense des intérêts de l'endroit qui les a élu, mais de l'ensemble de ceux de la nation, prise ici comme une entité géographique et non plus comme abstraction juridique. La représentation du Conseil semble retranscrire, mais elle ne crée pas. Une telle conception jette le voile du doute sur la question du sujet de la représentation, qui devient elle-même suspecte : si, pour le Conseil, le sujet ne saurait être déterminé par les conditions de son élection, va-t-il jusqu'à considérer à travers sa formule sibylline que la nation se composerait de l'ensemble de la *population* et que c'est la volonté de cet ensemble qu'il s'agirait de retranscrire ou de défendre et non seulement celle de la *population de la circonscription d'élection* dont on ne comprend guère si elle se borne aux électeurs ou si elle est plus large ? On en vient à le croire.

S'ajoute à cela l'ambiguïté fâcheuse due au fait qu'il arrive aussi au Conseil de parler des parlementaires comme des « représentants du peuple ». D'abord dans sa décision 91-290 DC du 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, par laquelle il a refusé avec fracas la reconnaissance constitutionnelle d'un « peuple Corse » en visant expressément les articles 3, 24 et 27 de la Constitution²⁰, en prétendant, dans la même décision, ériger le « peuple français » en « concept juridique à valeur constitutionnelle », dont on peine toutefois à saisir la teneur²¹. Ensuite, dans (depuis ?) la décision 2014-407 QPC, où il utilise le considérant de principe de la décision de 1999 sur la représentation de la nation, mais où il semble procéder cette fois en deux temps, en précisant d'abord sur le fondement des articles 1^{er} et 3 de la Constitution qu'il mobilise pour la première fois ensemble que « les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple » avant d'enchaîner, par la grâce d'un « en outre », avec la formule selon laquelle « chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de la circonscription où il a été élu²² ». Le problème est qu'il n'a pas jugé utile de justifier

¹⁹ Voir l'entrée « Représentation », in Ph. RAYNAUD et St. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2^e éd., 1998, p. 559. Il dit aussi qu'elle ne reflète pas mais « opère » (*Hobbes et l'État représentatif moderne, op. cit.*, p. 185 ; voir aussi p. 201-203, et l'entrée « Représentation », in D. ALLAND et St. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 1335-1339.

²⁰ Pour sanctionner une information législative particulière des parlementaires élus dans les départements de Corse : « 53. *Considérant qu'il ressort de ces dispositions [articles 3, 24, 27 et 34 de la Constitution] que les membres du Parlement ont la qualité de représentants du peuple ; qu'à ce titre ils sont appelés à voter la loi dans les conditions fixées par la Constitution et les dispositions ayant valeur de loi organique prises pour son application ; qu'en conséquence, il n'appartient pas au législateur de faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre de la procédure d'élaboration de la loi ; 54. Considérant que ces exigences constitutionnelles sont méconnues par les dispositions des alinéas 2 et 6 de l'article 26 de la loi en ce qu'elles organisent au profit des parlementaires élus dans les départements de Corse une information particulière concernant les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que les propositions de modification de la législation émanant de cette Assemblée ».*

²¹ Voir le cons. n° 12. Voir aussi la critique éclairante formulée par P. BRUNET dans « Le concept de république dans le droit public français », in B. KRULIC (dir.), *La République : valeurs et représentations*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 99-132.

²² Décision 2014-407 QPC du 18 juillet 2014, MM. Jean-Louis M. et Jacques B. [*seconde fraction de l'aide aux partis et groupements politiques*], (cons. n° 19).

le passage d'une représentation du *peuple* – le seul souverain représenté aux termes de l'article 3 de la Constitution, puisque c'est lui qui exerce la souveraineté – à une représentation de la *nation*, non seulement du point de vue du *sujet* mais aussi de l'*objet* de la représentation. Qu'est-ce qui distingue un représentant du peuple d'un représentant de la « nation tout entière » ? Est-ce la même chose ? Si non quelle est la différence ? Le Conseil veut-il dire que, d'un côté, il y aurait des représentants du *peuple* sur le fondement de l'article 3 de la Constitution et, de l'autre, des représentants de la *nation* qui seraient liés, eux, à la population globale du pays, accréditant l'idée qu'il la perçoit comme un être réel autant que comme un lieu ? S'agit-il de deux représentations différentes ? En quoi consistent-elles ? Et comment se concilient-elles si elles se superposent ? Ne sont-elles censées être la même chose ? On ne le sait guère à la lecture des « *Commentaires aux Cahiers* » qui accompagnent la décision sur le site internet de l'institution et qui brouillent encore l'approche par l'utilisation d'une nouvelle notion, pensée comme un inoffensif synonyme de représentant, mais qui est loin d'en avoir la force malgré sa présence massive dans le vocabulaire du monde politique et qui ne veut guère dire grand-chose : celle d'« élu de la nation tout entière²³ ». Plus vague et bien moins rigoureuse, elle révèle la considérable banalisation et l'affadissement de la fonction représentative et achève surtout de trahir le processus de pensée du Conseil qui semble considérer qu'un « élu de la nation » est élu *par la nation* et qu'il suffit d'être élu « par elle » pour être son représentant.

En croyant donc se fonder sur la conception originelle de la représentation telle que fixée dans la Constitution de 1791, réputée avoir introduit la « souveraineté nationale » opposée à la souveraineté dite « populaire », théorie dont il est à peine besoin de souligner désormais l'artificialité²⁴, cette sentence au mieux bancale au pire naïve introduit en réalité une autre conception de la représentation. À en supposer le sens fixé dans l'esprit de ses auteurs, et pour ce que l'on peut en déduire à l'aune des conséquences qu'en tire le Conseil constitutionnel, il laisse potentiellement entendre de multiples choses entre lesquelles le juriste a du mal à trancher, tant il peine à reconnaître ses principes : que les députés sont les représentants d'un « territoire » donc, en droit, d'une volonté plus vaste que de celui duquel ils proviennent et qu'ils ne doivent pas dépendre de ses volontés subjectives localisées pour exprimer la volonté nationale ; que leur volonté ne saurait être imputée seulement à ceux qui les ont désignés, c'est-à-dire leurs électeurs ou à la population de leur circonscription d'élection ou encore qu'ils représentent la volonté de l'universalité des citoyens français et non de leurs seuls mandants ou même qu'ils ne doivent pas se conduire en porte-parole de volontés ou d'intérêts qui ne seraient pas ceux de la nation dans son ensemble et que ce sont ces intérêts qu'il s'agit de défendre. Mais toutes ses significations possibles ont un point commun : faire de la représentation une retranscription de volonté dont il convient de déterminer les bornes. Dans tous les cas, en effet, le Conseil laisse suggérer qu'il voit dans les représentants des délégués qui sont chargés de *restituer* la volonté nationale à partir d'une volonté préexistante dans le corps de la population *via* les électeurs et

²³ « Le Conseil constitutionnel juge de façon constante que tout député ou tout sénateur est l'élu de la Nation tout entière et non pas de la population de sa circonscription », lit-on p. 10 du document [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014407QPCccc_407qpc.pdf].

²⁴ Comme l'a montré M. TROPER, notamment dans « Souveraineté nationale ou souveraineté populaire », in *Terminer la Révolution...*, *op. cit.*, p. 109-127.

non de la *créer*, volonté qui n'est d'ailleurs plus l'objet d'une représentation dont le sens paraît perdu de vue. *Exit* le sens principal de la représentation constitutionnelle et son idée centrale de création initiale de la volonté du souverain lequel ne peut parler que par les organes qui sont habilités à vouloir pour lui. *Exit* aussi et surtout le principal objet de la représentation issue de la théorie représentative révolutionnaire qui rendait précisément impossible l'existence d'une volonté du peuple antérieure et extérieure à sa représentation, la « population » ou les électeurs en tant que corps constitué, n'ayant pas de *volonté représentable* de même nature que celle du peuple avec lesquels ils ne se confondent pas²⁵. Considérer que le député ne « représente » pas la population de sa circonscription d'élection mais l'ensemble de la nation, elle-même semble-t-il assimilée, du moins peut-on le comprendre, à l'ensemble de la population vu comme le peuple « réel » en quelque sorte, n'a aucun sens en droit : avant même d'avoir à identifier ce que représenter veut dire dans cette occurrence, sa volonté n'a pas à être constitutionnellement représentée, car, pas davantage que celle des électeurs, elle n'est celle du souverain. Le député n'a pas à « vouloir pour » des électeurs en tant que tels. Seule la volonté du peuple ou de la nation, êtres abstraits et immatériels désignés par le Constitution, points d'imputation d'une volonté tout aussi souveraine qui les fait exister en droit, peut être qualifiée de volonté souveraine.

La démarche du Conseil visant à rappeler que le député est représentant « de la nation entière », comme le disait Sieyès dans son discours du 7 septembre 1789²⁶, ou « représente la nation tout entière », et non pas seulement « la population de sa circonscription d'élection » entendue ou non comme ses électeurs, le lieu dans lequel il a été élu, ou encore ses habitants, est dès lors vouée à une forte ambiguïté : faute de savoir dans quel sens est entendu le concept de représentation puisqu'il ne tente nullement de distinguer entre ses différents sens possibles, par exemple « tenir lieu de », « être le porte-parole de » et « ressembler à » selon la trilogie désormais célèbre dégagée par J.-M. Denquin²⁷, la théorie représentative s'y trouve réduite à la généralité d'une formule qui ne rend plus compte de sa complexité ni de sa signification profonde en droit qu'il n'a jamais même tenté de donner. Elle semble se borner à l'interdiction, pour le député, de ne parler qu'au nom de ses électeurs ou de défendre les seuls intérêts de sa circonscription au lieu de rendre compte voire de restituer ceux de toute la nation²⁸. Le rappel, fait avec les mêmes mots, ne semble plus désigner la même chose. Il est désormais détaché de toute allusion à la principale fonction de la représentation : la création d'une volonté qui

²⁵ Sur cette question, nous nous permettons de renvoyer à notre étude : « Les électeurs sont-ils le peuple ? Peuple, citoyens, électeurs en droit constitutionnel. Essai de distinction théorique », in *La Constitution, l'Europe et le droit en mouvement. Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Claude Masclet*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 155-184.

²⁶ *A.P.*, t. VIII, p. 594.

²⁷ Comme les a dégagés J.-M. DENQUIN, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 95-98.

²⁸ Comme l'accueille d'ailleurs une partie de la doctrine : « Les conséquences du mandat représentatif sont bien connues, écrivait D.-G. Lavroff, le député représente la nation tout entière, il n'est pas le porte-parole de la circonscription qui l'a élu » (« À propos de la représentation politique dans la France contemporaine », in AFHIP, *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Actes du colloque d'Aix-en-Provence (mai 2002), XV, PUAM, 2003, p. 461). Pour illustrer cette tendance, voir aussi G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004, p. 52-54.

sera imputée au souverain pour lui donner la parole qu'il ne peut avoir sans organe pour le faire parler.

Comment a-t-on pu arriver à pareille abdication théorique ? Pour risquer une hypothèse, on n'est pas loin de penser que le Conseil s'est borné à reprendre la vulgate doctrinale sur le sujet sans enquêter sur la notion, sans en maîtriser les tenants et aboutissants, pour finir par prendre rétrospectivement sa propre jurisprudence comme fondatrice des principes auxquels il se réfère. Incompréhensibles sont donc pour lui les mises en garde de R. Carré de Malberg qui, dans la lignée de celles de G. Jellinek, expliquait, de manière plus percutante encore que le juriste allemand, les contraintes de la détermination du sujet de la représentation à l'aune de son objet :

La règle « Les députés représentent la nation » n'est susceptible que d'une interprétation unique : elle signifie qu'ils représentent non pas la totalité des citoyens pris individuellement, mais leur collectivité indivisible et extra-individuelle. En effet, cette règle ne peut vouloir dire que chaque député représente, outre ses propres électeurs, ceux de tous les autres collèges électoraux du pays. Une telle interprétation de la règle serait un non-sens juridique. [...] Donc, la règle en question ne peut certainement pas avoir pour sens que chaque député représente la totalité des citoyens composant la totalité des collèges électoraux. Dès lors, il ne reste qu'une interprétation possible. La règle signifie que le député ne représente, ni des collèges électoraux, ni des citoyens comme tels, ni en un mot aucune somme d'individus *ut singuli*, mais bien qu'il représente la nation, en tant que corps unifié, envisagé dans son universalité globale et distingué, par conséquent des unités individuelles et des groupes partiels que ce corps national comprend en soi. [...] *Plus exactement, la règle « le député représente la nation » se fonde sur le fait qu'il est membre d'une assemblée collégiale, qui a le pouvoir de vouloir pour la nation : par conséquent le député représente la nation en tant qu'il concourt individuellement, par son activité et son suffrage, à la formation de la volonté nationale*²⁹.

Comme il a constitutionnalisé le mythe de la conception française de la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel constitutionnalise ici, en la réinterprétant rétrospectivement, une disposition révolutionnaire pour en faire un antidote à une dérive de la pratique électorale en lui donnant une signification qui n'avait proprement aucun sens dans la théorie de la représentation de la Révolution française à laquelle il prétend se conformer et qui rejetait précisément toute idée de mandat et refusait *aux départements* le statut d'organe d'expression de la volonté de la nation. Ainsi, quand aujourd'hui est instruit le procès du « localisme » et dénoncés ses méfaits dans la conception de la fonction parlementaire, transparaît l'idée, sur le fondement de la jurisprudence du Conseil, que représenter la nation n'est pas lié à la production d'une volonté, fût-elle guidée par le souci du bien commun, mais à une signification indéterminée où se mêlent une addition d'occurrences du terme « représenter » sans distinguer entre ses différents sens possibles

²⁹ *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 223-224 (nous soulignons). Jellinek écrivait, lui, ceci : « C'est de ce point de vue qu'on comprend bien le sens juridique du principe que le membre d'une Chambre représente le peuple entier. Juridiquement, cela ne veut pas dire autre chose que ceci : qu'il est membre d'un collège dont la volonté est la volonté du peuple, que sa volonté doit donc être considérée exclusivement comme concourant à former la volonté du peuple, et non pas comme la volonté d'un groupe du peuple » (*L'État moderne et son droit*, Paris, Giard et Brière, 1910, II, p. 280). On retrouve cette idée dès les écrits de P. Laband dans ses développements sur le sens du système confédéral de l'Empire allemand, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900, tome I, p. 437-446, en part. p. 442-444.

ni surtout ses différents objets mais à une simple prohibition de la défense des intérêts locaux ou catégoriels dans un cadre géographique déterminé pourtant socle de l'activité politique et parlementaire réelle.

Certes, en tant qu'interprète, qui plus est de son propre *obiter dictum*, le Conseil est maître de la signification normative qu'il entend donner aux énoncés qu'il produit et peut donc s'éloigner du sens originel de la représentation pour lui en donner de multiples autres. Sauf que. Sauf que si sa volonté d'interprète est souveraine et mouvante, le concept de représentation continue de jouer un rôle au regard de sa fonction originelle en droit constitutionnel qui, elle, n'a pas varié quand bien même le statut de la loi aurait changé : la production d'une volonté unique du souverain à partir de celles, multiples, des membres du corps politique, volonté unique qui sert à construire l'unité de l'État. Et ce sens-là ne se trouve pas dans sa jurisprudence. C'est peut-être ce qui explique qu'il se soit cru obligé d'avoir recours au curieux concept « d'unicité du peuple français » qu'il a érigé en « principe à valeur constitutionnelle » dans sa décision du 15 juin 1999 sur la « Charte européenne des langues régionales »³⁰ et qui prolongeait celle sur le statut de la Corse dans laquelle le Conseil avait sanctionné la tentative du législateur de reconnaître l'existence d'un « peuple corse, composante du peuple français » et donc sanctionner une disposition mettant en réalité en cause l'unité de l'État à travers l'indivisibilité de la République.

On comprend aussi mieux pourquoi sa lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la Constitution sur la prohibition du mandat dit « impératif » peut sembler manquer de cohérence, voire paraître baroque : le considérant de la décision de 1999 remplace parfois la référence à la prohibition du mandat impératif de l'article 27 pour sanctionner la même disposition législative³¹. Certes encore, l'objet de cette prohibition n'étant pas explicité par le texte de l'article, le Conseil constitutionnel est à nouveau, et plus que jamais, libre d'en donner la signification de son choix en faisant produire à cet énoncé les normes qu'il entend créer, ce qu'il fait d'ailleurs dans des sens variés³². Mais peut-il, sans faire peser des doutes sur sa compréhension de la notion de représentation et de la fonction qu'on lui assigne, aller jusqu'à reconnaître le bénéfice de son application aux membres des assemblées locales, qui ne sont pourtant nullement *représentatives* de la volonté du peuple, mais seulement

³⁰ Décision 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 ». Voir aussi les décisions 2000-428 DC et 2003-468 DC.

³¹ Disposition consistant à faire bénéficier certains parlementaires, en raison de leur élection dans une circonscription déterminée, de prérogatives particulières dans le cadre du contrôle de l'action du Gouvernement et de l'évaluation des politiques publiques, sanctionné sur la base de la référence à l'article 27 dans la décision 91-290 DC et par la référence à la « représentation de la nation » dans la décision 2014-407 QPC.

³² Le texte de l'article 27 a ainsi été utilisé pour sanctionner une information particulière organisée au profit des parlementaires élus dans les départements de Corse concernant les projets de loi soumis pour avis à l'Assemblée de Corse ainsi que les propositions de modification de la législation émanant de cette Assemblée (décision 91-290 DC), mais aussi pour valider la disposition du règlement de l'Assemblée nationale qui interdisait la constitution et la réunion de groupes de défense d'intérêts particuliers locaux ou professionnels dès lors qu'elles entraînent pour les membres de ces groupes l'acceptation d'un mandat impératif (décision 94-338 DC) sans que ne soit précisé ce qu'il fallait entendre par « mandat impératif ».

délibératives d'une administration locale, afin de protéger leur liberté de vote, alors que l'article 27 fait partie du titre IV de la Constitution consacré au Parlement dans le cadre de sa fonction de représentation de la nation³³ ? Son absence de théorisation des comportements proscrits et de cohérence entre les normes produites rendent sa jurisprudence bien peu lisible. Et s'il fallait encore une preuve du bien-fondé des doutes que l'on peut avoir sur sa compréhension de la représentation politique, son incapacité à penser une distinction théorique essentielle entre les *bases* et le *contenu* de la représentation achève de la donner et permet même d'identifier une des raisons majeures des flottements.

B. Une contestable réduction du contenu de la représentation à ses bases

Le fait que, pour évoquer la théorie de la représentation, le Conseil constitutionnel passe uniquement par la fonction parlementaire sans décrire en quoi elle consiste, surtout sans la lier à sa fonction d'expression de la volonté nationale, explique sans doute sa focalisation sur le droit de suffrage et le principe d'égalité dans la mise en œuvre de ce dernier. En effet, c'est essentiellement sous cet aspect que le Conseil va la traiter. Délestée de tout contenu normatif, la question de la représentation est essentiellement abordée par le Conseil constitutionnel à travers ses *bases*, c'est-à-dire les conditions matérielles d'émergence de la volonté nationale à travers l'élection (nombre des représentants, conditions du découpage électoral, répartition démographique – les bases essentiellement démographiques, géographiques et mode de désignation), et non sur son *contenu*³⁴, notion beaucoup plus complexe qui consiste à savoir *qui est représenté*, ainsi que ce *en quoi consiste représenter et être représenté*. L'approche de la représentation est en effet restreinte à l'étude de ces paramètres qui, évoqués en tant que tels dans les constitutions révolutionnaires de 1791 et 1793, étaient alors soigneusement distingués du contenu³⁵. Importants dans l'opération représentative en ce qu'ils permettent d'associer les citoyens à la prise de décision afin de la légitimer et donc de la faire accepter, ils sont toutefois

³³ Voir la décision 98-397 DC du 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux, *Rec.*, p. 186, cons. n° 3 à 9) qui est, de fait, une des principales décisions relative à la prohibition du mandat impératif dans sa jurisprudence. Elle est citée à trois reprises dans les *Tables analytiques* aux rubriques « Parlement »/« Principe de nullité du mandat impératif » (p. 153), « Prohibition du mandat impératif »/« Principes du droit électoral » (p. 1937) et « Démocratie locale »/« Statut et mandat des élus locaux » (p. 3508). Le résumé évoque, sans plus de précision, un « principe dont s'inspire l'article 27 de la Constitution ». On doit donc en déduire que ce n'est plus l'article 27 qui « inspire » le principe mais le principe qui est « inspiré » à l'article 27, « principe » qu'il est au demeurant fort difficile de cerner avec ce type de précision.

³⁴ Distinction essentielle que nous empruntons à L. JAUME, « Représentation », *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1338. Pour une démonstration complète, qu'il nous soit permis de renvoyer à B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris, Dalloz, 2011, XVI, p. 537-577.

³⁵ Ainsi, dans la Constitution de 1791, la Section première du Chapitre premier du Titre III s'intitule « Nombre des représentants. Bases de la représentation », le contenu, lui, étant traité dans les cinq premiers articles du Titre III sur les Pouvoirs publics au sein desquels on trouve l'article 2 : « La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi ». De même, la Constitution de 1793 précise dans son article 21 que « La population est la seule base de la représentation nationale ».

dépourvus de toute dimension volitive en eux-mêmes : ce sont en quelque sorte les opérations préparatoires à la représentation de la volonté du peuple.

Simple dérive pragmatique d'un juge technicien ? Peut-être. Mais ce faisant, le Conseil n'est pas seulement garant du cadre des élections, il renverse les hiérarchies : les bases en viennent à absorber purement et simplement le contenu et plus seulement à organiser la correction de son expression³⁶. En rupture avec la fonction qui est la sienne dans l'édition des choix collectifs, la représentation vue par le Conseil ne met plus en jeu que des personnes ou des facteurs techniques et non un processus d'édition de volonté. Indépendamment même du rapport entre élus et électeurs, lui-même largement produit de la dissymétrie causée par la confusion des deux aspects de la représentation, l'étude juridique du concept se résume désormais exclusivement au droit des individus à être « représentés », c'est-à-dire comptabilisés dans le calcul du nombre d'électeurs par circonscription. Les modalités techniques de l'élection *sont* la représentation, dogme que le Conseil constitutionnel fait découler depuis le début de sa jurisprudence, c'est-à-dire depuis sa décision 86-208 DC, de l'article 3 de la Constitution pourtant autrement plus riche, d'abord parce que c'est lui qui pose le recours à la représentation pour l'exercice de la souveraineté et désigne les représentants du peuple³⁷. De là l'étude de la circonscription électorale *et de ses bases essentiellement démographiques* regardée comme l'objet essentiel de la représentation.

C'est à partir de ces préoccupations, au demeurant fort louables sur le fond puisqu'elles se veulent un frein à l'arbitraire toujours possible du législateur, que s'est construite la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de droit de suffrage et de découpage électoral des circonscriptions, mais qui constituera aussi sa seule jurisprudence en matière de représentation politique. La représentation doit consacrer l'égalité des citoyens devant le suffrage universel, sentence érigée en « principe » dit « d'égalité du suffrage³⁸ ». C'est dans cette perspective que l'élection sera réputée avoir lieu sur des « bases essentiellement démographiques » et le découpage électoral devoir respecter cette condition³⁹. Rien que de très normal

³⁶ Pour un exemple illustrant à merveille cette approche, voir T. DEBARD et F. ROBBE (dir.), *Le caractère équitable de la représentation politique*, Paris, L'Harmattan, 2004, *passim* et not. F. ROBBE, « Qu'est-ce qu'une représentation équitable ? », p. 5-9.

³⁷ Voir M. TROPER, « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in L. JAUME et M. TROPER, *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1993, p. 249-261 et « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 299-313.

³⁸ Voir à nouveau les *Tables analytiques* précitées, *op. cit.*, p. 1879.

³⁹ Décision n° 85-196 DC du 8 août 1985, « Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie », *Rec.*, p. 70, cons. 16, et *GDCC*, n° 38, p. 636 ; *AJDA*, 1985, p. 604-614, note L. HAMON ; *RA*, n° 228, 1985, p. 572-577, note R. ETIEN ; *AIJC*, 1985, chronique B. GENEVOIS, « De l'égalité de suffrage à l'égalité de représentation », p. 423-425 ; décisions n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, « Loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales », *Rec.*, p. 78, cons 20 et 21 et 86-218 DC, du 18 novembre 1986, « Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés », *Rec.*, p. 167 cons. 6 et 7, et *GDCC*, *op. cit.*, n° 40, p. 689-690 et 692-693, *AJDA*, 1986, p. 263-270, note J. Boulouis. Bases chiffrées, le Conseil constitutionnel ayant fixé à 20% l'écart maximum entre la population d'une circonscription et celle de la population moyenne des circonscriptions départementales (décision 208 DC, cons. 23), et souhaité que le découpage résulte d'un « recensement récent » (décision 87-227 DC du 7 juillet 1987). Et plus récemment décision 2010-602 DC du 18 février 2010,

à cela dira-t-on, le Conseil pouvant, après tout, ne faire que tirer les conséquences des principes censés guidés ce que l'on nomme parfois la « démocratie représentative » dans laquelle, depuis sa théorisation par Kelsen⁴⁰, le principe majoritaire est constitutif de la démocratie et fait de la question de l'égalité devant le suffrage le point central de cette forme de gouvernement⁴¹. À ceci près que le respect de la règle va, pour le Conseil, épuiser le concept de représentation lui-même. *Exit* la dimension d'expression de la volonté nationale de la représentation qui constitue son cœur, c'est-à-dire son contenu, non seulement pour se concentrer sur les bases, mais pour croire et donner à croire que le concept de représentation ne doit être conçu qu'à travers ses bases et qu'il s'épuise en elles.

Le rôle du Conseil ne consiste plus, dès lors, qu'à opérer un « contrôle des écarts de représentation⁴² », lesquels ne sont plus que des écarts « démographiques⁴³ », censés contribuer à rendre une assemblée « vraiment représentative⁴⁴ ». Tout organe doit, dit-on, pour être « représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution », « être élu sur des bases essentiellement démographiques⁴⁵ ». C'est dès lors ce point qui mobilise l'attention lors des saisines du Conseil constitutionnel à l'occasion de toute réforme du mode de scrutin de n'importe quelle élection appelant détermination d'une circonscription qui ne serait pas nationale⁴⁶. C'est ce qui est censé constituer une « bonne » représentation,

Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés, cons. n° 13 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges de députés et une délimitation des circonscriptions législatives respectant au mieux l'égalité devant le suffrage ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée ».

⁴⁰ *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Economica, 1988, p. 57-67. Sur cette question, voir O. LEPSIUS, « Kelsen, théoricien de la démocratie », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 135-170.

⁴¹ Comme le remarque O. Jouanjan : « Autrement dit, écrit-il, si le principe majoritaire est constitutif de la démocratie, l'égalité des chances électorales doit assurer la condition de possibilité de formation d'une majorité nouvelle et donc la fluidité ou la dynamique inhérente elle aussi au système démocratique afin de protéger les minorités d'aujourd'hui et leur capacité à devenir majorité de demain. C'est seulement ainsi que le principe majoritaire peut ne pas devenir la loi statique du "plus fort". Et c'est la fonction essentielle qui doit revenir à la cour constitutionnelle telle que l'imagine Kelsen, en tant qu'organe régulateur de la démocratie (représentative) » (« Constitutionalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », art. cité, p. 47).

⁴² Selon l'expression de B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 249-251.

⁴³ Voir la décision 2000-438 DC du 10 janvier 2001, Loi organique destinée à améliorer l'équité des élections à l'Assemblée de la Polynésie française, *J.O.*, 7 janvier 2001, p. 784.

⁴⁴ Comme l'écrivait F. Luchaire, qui – mais ce n'est sans doute qu'un hasard – fut membre du Conseil constitutionnel, in « Débats » issu de la communication de S. RIALS, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation. La représentation continuité ou nécessité », in *La continuité constitutionnelle en France depuis 1789*, Aix-Marseille/Paris, PUAM/Economica, 1989, p. 73.

⁴⁵ Comme ce fut affirmé pour le Congrès de Nouvelle-Calédonie par le Conseil constitutionnel, voir décision 85-197 DC du 23 août 1985, *Rec.*, p. 70, cons. 35, et *GDCC*, *op. cit.*, n° 38, p. 641, *AJDA*, 1985, p. 604-614, note L. Hamon, *op. cit.*

⁴⁶ Voir par exemple la « Saisine du Conseil constitutionnel en date du 14 mars 2003 présentée par plus de soixante députés, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée

alors même que, du point de vue du contenu, il ne saurait y avoir de « bonne » ou « mauvaise » représentation, ni d'organe « vraiment » ou « pas vraiment » représentatif, puisque représenter, en droit constitutionnel, consiste en un processus invariable : donner, par imputation, une volonté à l'être fictif souverain qui ne peut qu'être toujours identique à elle-même du point de vue juridique, puisque le souverain n'existe qu'à travers cette volonté et que, première, elle précède et ne suit pas. La *représentation*, au sens de création de la volonté, ne peut donc manquer de *représentativité*, au sens de conformité à une réalité préexistante (et ce d'autant moins que les deux termes étaient parfaitement synonymes à l'origine), puisque précisément la volonté est *initiale*.

De proche en proche, pourtant, la notion de représentation, pas seulement certes mais notamment à cause de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a fini par être déclinée sur cet unique thème : « Égalité devant le suffrage » et « contrôle de la représentation égale du suffrage » constituent l'essentiel de la « définition des principes de la représentation politique⁴⁷ » devant lui. C'est encore sur la seule équité du découpage électoral, accusé d'être tantôt obsolète, tantôt douteux car partisan, que portent désormais les observations régulières du Conseil constitutionnel en la matière⁴⁸, héritage de la volonté d'obtenir une « représentation politique aussi sincère que possible », conséquence directe du remplacement du contenu par les bases : la « représentation effective » est la prise en compte des territoires et des circonscriptions à partir des « bases essentiellement démographiques⁴⁹ ».

Finit par se dessiner une sorte de droit constitutionnel revu et corrigé par le Conseil constitutionnel, pure émanation de sa jurisprudence, dépourvu de toute dimension théorique, dans lequel on peine à reconnaître un quelconque sens juridique de la représentation politique à laquelle sa jurisprudence est pourtant censée

dans la décision n° 2003-468 DC » à propos de la loi 2003-327 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, *J.O.*, 12 avril 2003, p. 6497-6506.

⁴⁷ Voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 6^e éd., 2001, p. 335-352. Dans le même sens, voir B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 249-252.

⁴⁸ Ainsi qu'il l'avait fait savoir dans ses observations des 15 mai 2003 et 7 juillet 2005 dans lesquelles il met en cause, du fait du découpages de circonscriptions, des « disparités de représentation peu compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution », voir les « Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002 », *J.O.*, 21 mai 2003, p. 8694, *Rec.*, p. 370, ainsi que celles sur les échéances électorales de 2007, *J.O.*, 8 juillet 2005, p. 11259, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 19, 2005, p. 58-59, rappelées par le biais d'une conformité sous réserve lors de l'examen de la loi organique portant dispositions statutaires relatives à l'outre-mer (décision 2007-547 DC du 15 février 2007, cons. n° 7) comme de l'examen d'un recours contre le décret portant convocation des collèges électoraux pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale (décision 2007-589 du 24 avril 2007), et enfin de la Décision du 3 mai 2007 sur une requête présentée par M. Pascal Jan, cons. 3 (dont un commentaire est proposé dans *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, p. 37-40) ou de ceux des protestations électorales introduites à l'occasion des élections législatives de 2007, voir *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 35-37. Voir aussi la décision 2013-ELEC du 11 juillet 2013, Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012 [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-26-elec/decision-n-2013-26-elec-du-11-juillet-2013.137642.html>].

⁴⁹ Voir notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 2000-438 du 10 janvier 2001, préc.

rendre hommage. Le résultat ? Un couteau sans manche ni lame : une « représentation du peuple » sans représentation ni peuple, sans volonté souveraine et sans être à qui l'imputer, reposant uniquement sur les conditions techniques de son édicton. Les conséquences de cette absorption du contenu par les bases seront grandes pour le reste de sa jurisprudence qui, même si elle est antérieure à la formulation de la représentation de la nation ou de la réduction de la représentation aux bases, a pour point commun d'avoir électoralisé la représentation et donc de l'avoir vidé d'une partie de sa substance pourtant essentielle : son objet.

II. UNE REPRÉSENTATION RÉDUITE À LA SEULE ÉLECTION

On se bornera ici à prendre deux exemples particulièrement parlants de ce glissement : la jurisprudence du Conseil sur la représentation des collectivités territoriales par le Sénat (A) et celle sur l'élection des représentants français au Parlement européen (B).

A. La douteuse jurisprudence sur la « représentation des collectivités territoriales » par le Sénat

La confusion entre bases et contenu éclaire en effet d'un jour nouveau le sens de la représentation pour le Conseil constitutionnel : alors que l'objet de la représentation délestée de son caractère volitif n'est jamais précisément déterminé en ce qui concerne l'Assemblée nationale, puisque l'article 24 de la Constitution n'en dit rien, il est en revanche exposé pour le Sénat dans des termes qui se veulent dépourvus d'ambiguïté : assurer « la représentation des collectivités territoriales de la République » selon le même article 24 alinéa 3, fonction regardée comme « la raison d'être du bicamérisme républicain⁵⁰ ». Derrière une formule dont l'ambiguïté n'est plus même perçue, la substitution des bases au contenu atteint son sommet. Institutionnalisée par une disposition constitutionnelle, elle consacre l'existence d'une « représentation » qui n'a plus rien de législative. Elle laisse aussi dans l'ombre la seule question qui vaille du point de vue de la théorie de l'État : qu'est-ce que « représenter les collectivités territoriales » veut dire ? Or, en tant que législateur, le Sénat ne peut que *représenter* au sens juridique du terme, c'est-à-dire exprimer la volonté nationale, puisqu'il est, fût-ce dans les conditions inégales que l'on sait, législateur. Et si représenter est légiférer, comment le Sénat pourrait-il représenter autre chose que la volonté du peuple de la même manière – ensemble à dire vrai – que le fait l'Assemblée nationale ? Ne lui est en, en effet, pas seulement imputée la volonté, à leur en supposer une en tant que telle, des collectivités territoriales mais celle du peuple dont il exprime la volonté par la loi. La position du Conseil constitutionnel est pourtant sur ce point à nouveau très ambiguë : d'un côté, il souligne qu'« en sa qualité d'assemblée parlementaire le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale » (92-308 DC) que l'article 3 réserve pourtant aux seuls représentants du peuple ; de l'autre, il renonce à toute conceptualisation pour consacrer la représentation sénatoriale comme étant uniquement constituée à travers ses bases électorales en rattachant d'emblée cette fonction à sa seule

⁵⁰ P. JAN, *Les assemblées parlementaires françaises*, Paris, La documentation française, 2005, p. 21-26.

élection « par les collectivités territoriales ». La décision du Conseil constitutionnel 2000-431 DC du 6 juillet 2000 pose en effet de manière prétorienne que « le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités » et que « par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales⁵¹ ». Tout en laissant entendre que les collectivités territoriales se réduisent à leur organe délibérant, et en ne sachant guère si c'est *parce qu'il est élu par un corps électoral qui en est l'émanation* qu'il les représente ou si c'est parce qu'il les représente *qu'il est élu par un corps électoral qui en est l'émanation*, le Conseil constitutionnel entérine l'idée que la représentation des collectivités territoriales par le Sénat ne peut se faire qu'« à travers les mode de désignation du Sénat⁵² », et son élection étudiée comme une modalité de représentation.

Faute de mise au point par le Conseil qui couperait court à tout débat – la fonction de représentation est indépendante de l'élection – et faute d'introduire la distinction entre les bases et le contenu, la fonction « représentative » sénatoriale posée sous le seul angle électoral ne peut que se faire insaisissable : en quoi consiste-t-elle ? À être élu par les collectivités territoriales ? À en exprimer la volonté ? À en représenter (pris au sens de défendre) les intérêts ? Mais comment alors l'articuler avec le sens juridique de la représentation ou l'idée, défendue par le Conseil, « d'unicité » du peuple et donc de l'expression de sa volonté ? La dissymétrie théorique des notions abordées est telle qu'elles deviennent proprement incompréhensibles. Elles ne seront guère éclaircies par les mises au point du Conseil constitutionnel qui se borne à consacrer les nouveaux dogmes.

Ainsi, à rebours de toute préoccupation touchant au contenu de la notion de représentation, seule la double dimension électoral et territoriale/démographique de la représentation, censée être un des aspects de la souveraineté du corps électoral, semblera digne d'intérêt et logiquement explicable pour le Conseil. C'est d'ailleurs elle qui, selon lui, doit guider les réformes électorales touchant le Sénat sur le même modèle que celles concernant l'Assemblée nationale, c'est-à-dire des bases

⁵¹ Considérant lui-même en partie issue du considérant 26 de la décision 92-308 DC et repris depuis, voir la décision 2005-529 DC du 15 décembre 2005, Loi organique modifiant les dates des renouvellements du Sénat. C'est essentiellement sur cette question que se font les saisines de Conseil constitutionnel par les parlementaires dans des termes extrêmement révélateurs consacrant le glissement de sens du concept, voir la saisine des sénateurs du 26 juin 2000, ainsi que le contradictoire avec le gouvernement visés dans la décision 2000-431 DC (*J.O.*, 11 juillet 2000, p. 13487-13490) et les saisines des 8 juillet et 9 juillet 2003 des députés et sénateurs visées dans la décision 2003-475 DC (*J.O.*, 31 juillet 2003, p. 13040 et 13044 ainsi que le contradictoire avec le gouvernement, p. 13048-13052).

⁵² Voir F. ROBBE, *La représentation des collectivités territoriales par le Sénat. Étude sur l'article 24 alinéa 3 de la Constitution du 24 octobre 1958*, Paris, LGDJ, 2001, p. 253-453. Et lorsque l'idée est contestée, c'est moins pour mettre au clair le concept constitutionnel de « représentation des collectivités territoriales par le Sénat » que pour considérer qu'une Chambre élue à 97% par les délégués des communes ne peut revendiquer le titre de représentant des collectivités territoriales dans leur ensemble (voir P.-E. SPITZ, « Loi relative à l'élection des sénateurs. Commentaire de la loi décision du 6 juillet 2000 », *RDP*, 2000, p. 1239-1256).

dites « essentiellement démographiques⁵³ ». Une réforme touchant la « représentation » ne peut qu'être une réforme visant à en « réduire les disparités⁵⁴ », entendue dans l'unique optique du déséquilibre démographique : en lui se résument les « règles fondamentales de la représentation politique⁵⁵ ». La question de la représentation est ramenée à une application du principe « d'égalité devant le suffrage ». Les inégalités ne peuvent être que de « représentation » entendue de nouveau au sens « démo-géographique » ou « démo-territorial » du terme (« représentation » dite démographique et territoriale)⁵⁶. Dans cette perspective, la représentation parlementaire d'un département est réputée assurée, aux yeux du même juge, du seul fait de « l'affectation » des sièges de sénateurs en fonction des seuils démographiques fixés par le législateur, nécessitant une mise en œuvre passablement complexe. La question de la représentation se délite dans celle de ses bases qu'elle est réputée résumer. Les caractéristiques géographiques et sociologiques épuisent la question uniquement envisagée sur le plan des modalités de recrutement. Les électeurs sont censés choisir ceux qui *les* représenteront et non ceux qui représenteront *la volonté du peuple*, formule désormais dépourvue de tout sens. Toutes les questions de détermination des bases équitables de la représentation vont se substituer à celle du contenu pour finir par l'évacuer presque complètement.

Les sénateurs ne sont plus représentants du fait que « leur volonté crée la loi », mais du fait du lien établi entre eux et les collectivités territoriales qu'ils sont dits « représenter ». Et si le Conseil constitutionnel a toujours considéré que les collectivités territoriales ne devaient pas être représentées en tant que catégorie globale, et non chacune « en tant que telle⁵⁷ », chaque collectivité ne pouvant avoir une

⁵³ Comme l'ont confirmé les décisions sur les réformes successives de l'élection des sénateurs en 2000 et 2003, n° 2000-431 DC du 6 juillet 2000, Loi relative à l'élection des sénateurs, *Rec.* p. 98, dans laquelle est évoquée la répartition démographique des sièges par département : « Considérant que les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution imposent au législateur de modifier la répartition par département des sièges de sénateurs pour tenir compte des évolutions de la population des collectivités territoriales dont le Sénat assure la représentation » (cons. n° 11), ainsi que la décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, *Rec.*, p. 400, qui reprend la même formule (cons. n° 5). Voir aussi les compléments d'information autorisés de J.-C. COLLIARD, « Le Conseil constitutionnel conseiller en matière électorale », in *Le processus électoral. Permanences et innovations*, Paris, Studyrama, 2006, p. 53-54, et du même, après le vote de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, « Le découpage électoral et la commission prévue à l'article 25 de la Constitution », *LPA*, n° spécial : *Actualité législative*, 19 décembre 2009, p. 42-46 ; J.-P. DUPRAT, « Le Parlement entre modernisation et attentisme (L'article 24 de la Constitution) », art. cité, p. 35-38.

⁵⁴ Voir CC, déc. n° 2003-476 DC du 24 juillet 2003, Loi organique portant réforme de la durée du mandat et de l'âge des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat, *J.O.*, 31 juillet 2003, p. 13038.

⁵⁵ F. ROBBE, « Le Sénat à l'heure des demi-réformes », *RFDC*, 2003, p. 751.

⁵⁶ C'est ainsi que l'on souhaite pour lui une « représentation plus équitable des collectivités territoriales », comme l'appelle par exemple de ses vœux dans une approche caractéristique F. ROBBE, « Le Sénat à l'heure des demi-réformes », art. cité, p. 750 *sqq.*, et « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *Les petites affiches*, 19 octobre 2000, p. 10 (commentaire de la décision 2000-431 du 6 juillet 2000) ainsi que la même Chronique, *ibid.*, 5 juillet 2004, n° 133, p. 17 (commentaire de la décision 2003-475 DC du 24 juillet 2003).

⁵⁷ Voir CC, décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 précitée cons. n° 28, *GDCC*, *op. cit.*, n° 44.

représentation spécifique comme « sujet » de la représentation de même que l'individu l'est au sens des bases pour la première Chambre, il n'en considère pas moins que l'élection est seule considérée comme permettant de lui fournir sa qualité représentative : le collège électoral est regardé à la fois comme le sujet et comme l'objet de la représentation des collectivités locales.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, loin, donc, d'être parvenue à saisir le concept, n'a fait qu'institutionnaliser la vulgate et les glissements de sens sur la représentation politique. Un phénomène similaire se constate pour la jurisprudence relative à l'élection au suffrage universel des membres du Parlement européen.

B. La position ambigüe sur l'élection des membres du Parlement européen et ses interprétations

La jurisprudence sur l'élection des députés européens est une nouvelle illustration de la dévitalisation du concept de représentation dans la jurisprudence du Conseil. Bien qu'antérieure aux autres décisions précitées, la décision 76-71 DC du 30 décembre 1976 *relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct* jette un nouveau trouble sur elle⁵⁸. Moins certes, cette fois, pour ce qu'elle dit, que pour la manière dont elle a été reçue et interprétée, même si cette interprétation n'est que la conséquence logique d'un déficit de conceptualisation originel. On sait en effet que le Conseil affirme que « la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République⁵⁹ » ; que donc l'élection des membres d'une assemblée qui n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française et qui ne participe pas à l'exercice de la souveraineté nationale n'est, en substance, pas contraire à la Constitution. On ne peut, de prime abord, là encore, qu'être d'accord avec lui s'il entend par là que seuls sont des représentants du peuple ceux qui participent à l'exercice de la souveraineté. Le problème est que comme il n'a jamais précisé en quoi représenter consistait et donc désigné ceux qu'il regardait comme des représentants du peuple, il laisse entendre non seulement qu'il *faut* mais qu'il *suffit* d'être élu dans le cadre des institutions de la République pour être représentant, en laissant la porte ouverte à toutes les interprétations, notamment celle qui voit dans l'élection, dès lors qu'elle désigne une instance « nationale », un moyen d'expression de la souveraineté.

⁵⁸ Décision 71 DC des 29 et 30 décembre 1976, *Rec.*, p. 15, et *GDCC*, 6^e éd., n° 25, p. 334, commentaire en partie repris de *Élection au suffrage universel direct des membres de l'assemblée européenne* (décision des 19 et 30 décembre 1976), *RDP*, 1977, en part., p. 149 *sqq.* « Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice *ne peut qu'être nationale* et que seuls peuvent être regardés comme participant à l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République ».

⁵⁹ Décision n° 71 DC des 29 et 30 décembre 1976, dite « Assemblée européenne », *Rec.* p. 15 et *GDCC*, *op. cit.*, 6^e éd., p. 331 *sqq.*, avec références des notes et commentaires p. 331-332. Voir aussi la note de L. Hamon, *Dalloz*, 1977, p. 201 *sqq.* et le commentaire de J.-C. MASCLÉ, *Droit électoral*, Paris, PUF, 1989, p. 14. Sur le fondement de cette idée, voir G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 23-36.

C'est d'ailleurs sur ce fondement que ce considérant a été regardé comme « d'une importance doctrinale majeure⁶⁰ ». Si des commentaires qui en ont été faits ont conduit à la conclusion « que la qualité de représentant ne trouve pas un fondement suffisant dans le suffrage universel » et que, sur le plan du droit constitutionnel, la décision du Conseil confirme le fait qu'elle « se fonde essentiellement dans la rapport à la Nation : est représentant, celui que la Nation, seul titulaire de la souveraineté, désigne et investit du pouvoir de vouloir pour la Nation⁶¹ », ils ont aussi insisté sur la valeur d'expression souveraine que n'en conservait pas moins le suffrage universel aux yeux du Conseil et, surtout, sur le rôle de l'élection dans ce processus, dès lors qu'il se fait dans un *cadre géographique déterminé : celui de la nation* : « Ce n'est pas dire que le suffrage universel est sans importance, écrit en particulier D. Rousseau ; il marque le caractère plus ou moins démocratique de la représentation nationale, et le *Conseil fait d'ailleurs de l'élection, le moyen privilégié de l'expression contemporaine de la souveraineté nationale*⁶² ». Pour devenir une expression de la souveraineté nationale, l'acte électif supposé être une expression de souveraineté ne doit donc remplir qu'une condition : « s'inscrire dans le cadre des institutions de la République, c'est-à-dire pouvoir être imputé aux institutions reconnues par la Nation pour exprimer sa volonté⁶³ ». Mais l'ambiguïté demeure : qu'est-ce qui fait la reconnaissance de la capacité à vouloir pour la nation et donne donc la qualité de représentant ? Le lien avec l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire le vote de la loi, ou bien le fait d'être élu « par la nation », en son sein, laquelle, par l'élection, exprime sa volonté ? Bref la loi ou l'élection ?

En l'espèce, c'est d'abord parce qu'elle n'aurait pas été considérée comme « nationale » au sens géographique du terme que l'élection des membres du Parlement européen ne saurait être regardée comme mettant en cause l'exercice de la souveraineté tout aussi « nationale », non parce qu'une élection ne pourrait, en elle-même, en constituer une expression. Remarquable renversement du problème, car cela revient à considérer qu'à l'exception de la réserve en cause, le vote est intrinsèquement une manifestation de souveraineté, que donc n'importe quelle élection, pourvue qu'elle soit *nationale* – au double sens « d'échelon territorial » et de « nationalité » – doit être regardée, de ce seul fait, comme une expression de souveraineté. Une telle conception inclut non seulement les élections législatives, mais encore toute autre élection. On songe bien sûr à l'élection du président de la République au suffrage universel – même si le Conseil ne l'a encore jamais qualifié de « représentant du peuple » –, mais même aux élections locales. C'est d'ailleurs dans ces termes qu'a parfois été interprétée la décision 146-DC du 18 novembre 1982 dite *Quotas par sexe I* posant le principe que les élections locales étaient des élections « politiques⁶⁴ » : elles désigneraient, selon certains auteurs,

⁶⁰ Selon l'expression de D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 322.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Voir les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e éd., n° 33 bis, considérants n° 6 et 7 : « 7. Considérant que du rapprochement de ces textes [article 3 de la Constitution et article 6 de la Déclaration des droits de l'homme] il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute

d'identiques représentants du peuple, puisque toutes réalisées au suffrage universel⁶⁵, tirant littéralement un trait sur leur capacité à « vouloir pour la nation ». Même si ces interprétations ont pu dépasser ce que le Conseil voulait dire et qui n'était jamais, nous semble-t-il, pour la décision de 1982, que la volonté de faire bénéficier le suffrage local des mêmes protections que celles prévues au 3^e alinéa de l'article 3 de la Constitution – l'universalité, l'égalité et le secret du suffrage –, il n'en demeure pas moins que c'est le manque d'assise théorique de la jurisprudence du Conseil qui a permis pareils flottements qui produisent tous le même résultat : la méconnaissance du sens constitutif de la représentation.

*
**

Que conclure de cette mise en perspective critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le concept de représentation politique ? Que pour lui, la représentation politique n'est pas une fiction constitutive du droit permettant de faire naître la volonté du souverain, mais forme un simple cadre à l'activité électorale au prix d'une considérable restriction de sens qui aplatit la notion. Peut-on d'ailleurs seulement considérer comme « théorie » la jurisprudence qui ne dit rien des conditions d'identification du sujet représenté et se borne à évoquer les modalités techniques du choix des représentants sans rien dire de l'objet de la représentation ni du processus de son élection ? La réponse est dans la question. Aussi sidérant que cela puisse paraître, et pour irrévérencieux que l'on soit perçu, il est possible d'affirmer que le Conseil ne dispose pas d'une théorie de la représentation ou plus exactement qu'il n'a pas conscience de ne pas en avoir ou de n'en traiter qu'un aspect, important mais secondaire au regard de la place centrale que tient la représentation politique dans la théorie juridique de l'État. Au point que l'on en vient à se poser une question : le Conseil constitutionnel qui, selon l'expression de L. Favoreu, est réputé avoir constitutionnalisé l'ensemble des branches du droit n'aurait-il pas aussi, dans le même temps, contribué à déconstitutionnaliser le droit constitutionnel ?

Bruno Daugeron

Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes

division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux ».

⁶⁵ Comme le soutient par exemple G. CHAVRIER, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, Paris, LGDJ, 2011, p. 47 : « Le Conseil constitutionnel devrait donc être regardé comme ayant reconnu la qualité de représentants aux conseils des collectivités en appliquant cet article, et en jugeant que l'élection des conseils municipaux constitue une "élection politique". Mieux encore, on devrait être convaincu de la qualité des élus locaux à la lecture de la décision 98-397 DC du 6 mars 1998, Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux. Celle-ci ne peut être lue que comme leur ayant nécessairement reconnu la qualité de représentants ».