

## **Autorités administratives indépendantes, cours constitutionnelles : quelle place dans la démocratie ?**

« De telles autorités administratives indépendantes (...) ont souvent des fonctions régulatrices ou exercent des missions qui doivent être soustraites à l'influence politique, tout en restant soumises au respect de la loi, sous le contrôle des juridictions compétentes. » C'est en ces termes que la Cour de justice de l'Union européenne a récemment répondu à l'Etat allemand qui tentait de justifier, au regard des exigences démocratiques, la tutelle dont faisaient l'objet les autorités de protection des données mises en place dans les Länder<sup>1</sup>. Cet exemple jurisprudentiel témoigne des tensions qui peuvent exister entre d'une part les autorités publiques indépendantes des pouvoirs politique et économique permettant un mode d'exercice du pouvoir exécutif<sup>2</sup> - que l'on désigne généralement par l'expression autorités administratives indépendantes - et d'autre part la démocratie. De telles tensions se rencontrent également s'agissant des cours constitutionnelles qui, en tant qu'organes juridictionnels, sont chargées de contrôler la conformité des lois à la constitution nationale<sup>3</sup>, ce qui justifie l'étude conjointe des autorités administratives indépendantes et des cours constitutionnelles dans une réflexion menée sur la démocratie.

**Certes, les deux entités ici considérées ont *a priori* peu à voir.** Tandis que les premières se caractérisent par leur unicité dans chaque Etat, les secondes sont marquées par la multiplicité<sup>4</sup> voire la multitude<sup>5</sup>. A cette différence tenant au nombre d'entités présentes dans les Etats, s'ajoute celle relative aux fonctions exercées. Si les cours constitutionnelles sont toutes chargées de contrôler la conformité de textes normatifs à la Constitution, les missions remplies par les autorités administratives indépendantes sont quant à elles caractérisées par leur diversité, tant au sein de chacun des Etats qu'entre eux. Et en aucun cas, il ne leur incombe de contrôler la conformité d'une norme à une autre<sup>6</sup>. Compte tenu de ces singularités, il n'est pas surprenant que les statuts respectifs de ces institutions se distinguent entre un organe de type juridictionnel et un organe administratif.

**Pourtant, au-delà de ces différences essentielles, des rapprochements apparaissent possibles entre cours constitutionnelles et autorités administratives indépendantes.** Force est de reconnaître tout d'abord que leur émergence dépasse les frontières hexagonales. Nées aux Etats-Unis au XVIII<sup>e</sup> siècle, les cours constitutionnelles ont été introduites en Europe avec la Cour autrichienne mise en place en 1920, puis étendues à l'ensemble des Etats à mesure que la démocratie progressait sur le continent (en particulier

---

<sup>1</sup> CJUE, 9 mars 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-518/07.

<sup>2</sup> G. Maître, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *Regards sur l'actualité*, La documentation française, 2007, n° 330, p. 18.

<sup>3</sup> J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », in *Constitutions et pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Montchrestien, 2008, p. 145.

<sup>4</sup> On en dénombre, en 2010, 43 en France ([http://www.legifrance.gouv.fr/html/sites/sites\\_autorites.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/sites/sites_autorites.htm)). Le Conseil d'Etat en recensait 34 dans son rapport de 2001, considérant trois types de rattachement à cette catégorie selon le degré de certitude (Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, EDCE n°52, La documentation française, Paris, 2001). Et le rapport parlementaire en dénombrait 39 en 2006 (P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des législations, n° 404, 15 juin 2006).

<sup>5</sup> 200 ont par exemple été répertoriées aux Pays-Bas (J.-M. Pontier (Dir.), « Etude de droit comparé sur les autorités administratives indépendantes », in P. Gélard, *op. cit.*).

<sup>6</sup> On les trouve majoritairement dans les secteurs de l'énergie, des transports, de la finance, des télécommunications, mais aussi dans le domaine de la protection des données personnelles.

dans les années 1970 pour les Pays d'Europe du Sud sortant de dictatures et dans les années 1990 pour les anciens Etats communistes). Les autorités administratives indépendantes, elles aussi issues du monde anglo-saxon, se sont diffusées sur le vieux continent, au niveau des Etats mais également de l'Union européenne<sup>7</sup>. Surtout, par-delà l'illustration que ces institutions offrent de la mondialisation des catégories juridiques, les autorités administratives indépendantes comme les cours constitutionnelles révèlent plus fondamentalement des liens étroits avec l'idée de démocratie.

Ces rapports sont marqués par l'ambivalence et donc par une certaine complexité. En effet, les autorités administratives indépendantes et les cours constitutionnelles peuvent à la fois apparaître comme des formes de contre-pouvoirs, indispensables dans les Etats démocratiques (I) et comme des entités de nature à interroger les ressorts traditionnels de la démocratie (II).

## **I- DES INSTANCES DE CONTRE-POUVOIR...**

L'idée de contre-pouvoir est contenue dans la théorie de Montesquieu selon laquelle « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »<sup>8</sup>. La démocratie repose avant tout sur un ensemble d'institutions élues mais elle peut aussi s'envisager comme un système global de contre-pouvoirs, « dotés de prérogatives plus ou moins formelles de surveillance, de jugement ou encore d'empêchement »<sup>9</sup>. Les autorités administratives indépendantes et les cours constitutionnelles concourent donc au fonctionnement démocratique qui suppose l'expression et l'institutionnalisation de la réserve, voire de la défiance, que les citoyens sont susceptibles d'éprouver à l'égard de leurs représentants<sup>10</sup>. Si elles y participent chacune dans leurs domaines de compétences respectifs (A), elles se retrouvent dans une commune défense de l'Etat de droit par la garantie qu'elles accordent aux droits fondamentaux (B).

### **A- Des institutions conçues comme des contre-pouvoirs**

Les deux institutions ne contrebalancent pas le même pouvoir et ne le font pas selon les mêmes modalités. Alors que les cours constitutionnelles permettent de contrôler le pouvoir législatif, les autorités administratives indépendantes constituent un contre-pouvoir à l'exécutif en offrant une alternative, voire en permettant un contournement de celui-ci.

1. Si c'est en Europe que la théorie d'un gardien de la Constitution est apparue à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est aux Etats-Unis, au début du siècle suivant, qu'il est d'abord devenu réalité<sup>11</sup>. Dans la célèbre décision *Marbury c. Madison* de 1803, la Cour suprême américaine a effectivement affirmé qu'« une loi contraire à la Constitution est nulle », donnant ainsi toute son effectivité à la hiérarchie des normes.

---

<sup>7</sup> Voir le Médiateur de l'Union européenne institué par le Traité de Maastricht de 1992.

<sup>8</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre IV, Folio, Essais, 1995, p. 326.

<sup>9</sup> M. Collet, « La création des autorités administratives indépendantes, symptôme ou remède d'un Etat en crise ? », *Regards sur l'actualité*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>10</sup> P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

<sup>11</sup> Dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, Siéyès défend l'établissement d'un « jury constitutionnaire » dont la mission spéciale serait de « juger les réclamations spéciales contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution », afin, en particulier, de veiller « avec fidélité à la garde du dépôt constitutionnel » (Opinion de Siéyès sur plusieurs articles du projet de Constitution de l'an III, Discours du 2 thermidor an III, in P. Bastid, *Les discours de Siéyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, Paris, Hachette, 1939).

L'établissement des cours constitutionnelles en tant que contre-pouvoir au législateur a supposé le dépassement du dogme de la loi tel qu'hérité des Lumières. La mise en place de cours constitutionnelles dans les régimes démocratiques implique en effet une rupture par rapport au schéma démocratique traditionnel en instituant le contrôle de l'œuvre des représentants du peuple, la loi, jusqu'alors réputée infaillible. Elles possèdent une faculté d'empêcher, soit la formation de la loi soit sa production d'effets juridiques, selon que les juges exercent un contrôle *a priori* ou *a posteriori*. Ces cours participent ainsi au contrôle du pouvoir législatif et s'apparentent donc à un contre-pouvoir<sup>12</sup>.

A l'idée que les instances décisionnelles démocratiques doivent être contrôlées s'ajoute celle de l'utilité de leur évitement pour assurer l'efficacité de l'action publique.

2. L'exigence d'une régulation non par des élus mais par des experts indépendants du politique a trouvé une assise théorique dans l'analyse économique menée par l'Ecole du *Public choice* de Virginie dont les principaux auteurs, Tullock et Buchanan, ont montré dès les années 1960 que l'inefficacité était au cœur du processus électoral démocratique<sup>13</sup>. Le développement d'un sentiment de méfiance à l'égard de l'Etat et donc de ses gouvernants, s'est traduit pas l'instauration, à côté des institutions démocratiques traditionnelles que sont les gouvernements, d'autorités concurrentes. C'est dans cette perspective que les autorités administratives indépendantes peuvent être conçues comme un contre-pouvoir au pouvoir exécutif<sup>14</sup>. Leur introduction dans les systèmes démocratiques constitue une rupture, cette fois par rapport à la vision traditionnelle d'une administration hiérarchisée.

Si les cours constitutionnelles et les autorités administratives indépendantes répondent à des objectifs distincts, elles constituent toutes deux des formes de contre-pouvoirs, respectivement à l'égard du législatif et de l'exécutif. Leur statut teinté d'indépendance par rapport aux élus vise à renforcer ce rôle de contre-pouvoir.

3. Comme la dénomination française le montre pour les autorités administratives indépendantes, l'indépendance est une caractéristique fondamentale de ces organes. Cette propriété se retrouve, à des degrés variables, pour les cours constitutionnelles. Sans prétendre à l'exhaustivité, y concourent principalement les règles statutaires que sont la durée – longue – du mandat<sup>15</sup>, le non renouvellement de celui-ci<sup>16</sup> et l'irrévocabilité des membres<sup>17</sup>. Ces principes, auxquels s'ajoutent généralement la collégialité et de nombreuses incompatibilités, sont des règles que l'on rencontre tant pour les autorités administratives indépendantes que

---

<sup>12</sup> Et la « chaîne démocratique » se poursuit puisque à ce contre-pouvoir s'oppose un autre contre-pouvoir, le pouvoir constituant dérivé, qui dispose de la faculté de réviser la Constitution pour passer outre l'opposition du juge constitutionnel.

<sup>13</sup> M. Lombard, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *AJDA*, 2005 p. 530.

<sup>14</sup> Le Conseil d'Etat dans son rapport de 2001 évoque expressément le rôle de contre-pouvoir susceptible d'être joué par les autorités administratives indépendantes en France : « La création d'une autorité administrative indépendante aboutit à soustraire certaines fonctions dans certains secteurs à l'emprise des gouvernants, à les "dépolitiser" (...) pour les confier à des instances dites neutres et impartiales », *op cit.*, p. 286.

<sup>15</sup> Cette durée du mandat est partagée par la plupart des cours constitutionnelles (les juges constitutionnels sont nommés à vie aux Etats-Unis, pour 12 ans à la Cour de Karlsruhe et 9 ans pour le Conseil constitutionnel français comme pour nombre de ses homologues européens. S'agissant des autorités administratives indépendantes, les mandats sont souvent longs (6 ans pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel français, 5 ans pour la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité). A l'étranger les autorités administratives indépendantes se caractérisent aussi par un mandat relativement long.

<sup>16</sup> Exception faite du Tribunal constitutionnel espagnol au sein duquel, si les renouvellements immédiats sont exclus, il en va différemment des nominations faisant suite à une période d'interruption.

<sup>17</sup> Le juge administratif a d'ailleurs donné toute sa portée au principe d'irrévocabilité. Voir CE Ass., 7 juillet 1989, *Ordonneau*, arrêt dans lequel le juge a considéré que le Gouvernement ne pouvait mettre fin avant le terme de son mandat aux fonctions du président d'une autorité administrative indépendante parce qu'il avait atteint la limite d'âge dans son corps d'origine.

pour les cours constitutionnelles et qui sont destinées à préserver ces organes d'influences extérieures.

Dotées de l'indépendance exigée par la fonction de contre-pouvoir, les deux institutions présentement étudiées participent aussi à la démocratie par la protection qu'elles offrent aux droits fondamentaux.

## **B- Des institutions devenues des contre-pouvoirs par la garantie offerte aux droits fondamentaux**

De façon substantielle, la démocratie peut être envisagée comme un régime qui respecte certaines valeurs et, en particulier, les droits fondamentaux, ce qui rapproche démocratie et Etat de droit<sup>18</sup>. Fait écho à cette acception l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Les autorités administratives indépendantes et les cours constitutionnelles, de façon très différente, apparaissent alors comme des moyens de garantir la démocratie ainsi considérée.

1. Les autorités administratives indépendantes forment une catégorie très hétéroclite, à tel point, que l'on a pu douter de l'existence de la catégorie. Est néanmoins généralement admise l'existence d'une *summa divisio* entre les autorités exerçant une mission de régulation économique et celles ayant en charge la protection des droits des et libertés fondamentaux. Parmi ces dernières une sous classification a paru envisageable, comme dans le cas français, entre les autorités garantissant les libertés publiques (le pluralisme dans l'audiovisuel par le Conseil supérieur de l'audiovisuel) et celles protégeant plus directement les personnes (la vie privée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ou la non discrimination par la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité)<sup>19</sup>.

Les moyens de remplir cette mission de protection des droits sont eux aussi hétérogènes, pouvant aller de la simple observation et expertise au pouvoir de sanction en passant par les autorités ayant un rôle de médiation et, éventuellement, la possibilité de transmission au procureur de la République<sup>20</sup>.

2. La participation des cours constitutionnelles à la protection des droits fondamentaux est parfois envisagée par le texte constitutionnel, comme en Espagne où est mis en place un recours spécifique devant la Tribunal constitutionnel, le recours d'*amparo*, ouvert à toute personne estimant que les droits qu'elle tient du texte fondamental sont méconnus. Elle peut également être le fruit d'une volonté jurisprudentielle, à l'instar du Conseil constitutionnel français qui a pris ce tournant en 1971<sup>21</sup>, reconnaissant, après le Conseil d'Etat, la pleine valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution de 1958, particulièrement fécond en matière de droits de l'homme. En garantissant les droits fondamentaux des atteintes législatives et en promouvant par leurs expertise et médiation ces mêmes droits, les juges constitutionnels et certaines autorités administratives indépendantes assurent une mission consubstantielle à tout régime démocratique. Conçues comme des contre-pouvoirs, elles

---

<sup>18</sup> Il convient, toutefois, de ne pas réduire la démocratie aux droits de l'homme (J.-M. Denquin, « Démocratie », in J. Andriantsimbazovina et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 207.

<sup>19</sup> Y. Gaudemet, « Autorités administratives indépendantes », *Dictionnaire des droits de l'homme*, op. cit., p. 75.

<sup>20</sup> Pour prendre l'exemple français, on peut citer respectivement le CCNE pour les avis, le CSA pour son pouvoir de sanction, le Défenseur des enfants pour la médiation et la HALDE concernant les liens avec le Procureur de la République. Voir G. Maître, « Autorités administratives indépendantes : l'état des lieux », *Regards sur l'actualité*, op. cit., p. 19.

<sup>21</sup> Cons. const. 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n° 71-44DC.

concourent à la protection des droits fondamentaux, valeurs d'une démocratie. Leur lien avec la démocratie n'est pourtant pas univoque. Ces deux institutions ne sont pas dénuées de toute ambiguïté par rapport aux exigences démocratiques.

## II- ... QUI INTERROGENT LES PRINCIPES DEMOCRATIQUES

Les points de rupture que constituent les mises en place des cours constitutionnelles et des autorités administratives indépendantes dans les systèmes juridiques contemporains sont aussi des sources de questionnement et de renouvellement du fonctionnement démocratique des Etats. Ces entités impliquent en effet une redéfinition des rapports entre élection et contrôle, deux impératifs classiques de la démocratie. D'abord parce que la démocratie commande que le contrôle existe, c'est-à-dire que la responsabilité soit la contrepartie nécessaire de tout pouvoir, ce qui paraît à première vue faire défaut aux autorités publiques indépendantes (A). Ensuite parce que la fonction de contrôle doit présenter la légitimité que suppose la démocratie (B).

### A- La nécessité du contrôle

L'exigence démocratique de contrôle pose par définition difficulté face à une autorité dont la raison d'être est l'indépendance.

1. A la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le modèle démocratique se construit autour de la démocratie représentative. Le peuple doit gouverner par l'intermédiaire de ses élus. Pour autant, le mécanisme électif n'épuise par l'idéal démocratique. Ainsi, l'origine des pouvoirs n'est pas le critère unique de la démocratie ; s'y ajoute le contrôle de ces pouvoirs<sup>22</sup>. L'obligation de rendre compte de ses actes est d'ailleurs inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en ces termes : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (article 15).

Le sujet du contrôle est une problématique intrinsèque aux autorités administratives indépendantes dans la mesure où un de leurs traits constitutifs est le fait qu'elles se situent hors hiérarchie. Elles entraînent donc une entorse, par exemple en France, à la logique du régime parlementaire, telle que définie à l'article 20 de la Constitution de 1958<sup>23</sup>. En effet elles dérogent à la règle selon laquelle l'administration est placée sous l'autorité du Gouvernement qui lui, est responsable devant le Parlement. Sur elles ne s'exerce ni pouvoir hiérarchique ni pouvoir de tutelle. Dès lors, comment faire pour que l'indépendance qui constitue l'essence même de ces autorités ne se mue pas en irresponsabilité ? Le Conseil d'Etat a pu souligner dans son rapport de 2001 le défi que constituait la question des mécanismes par lesquels les autorités administratives indépendantes rendent compte de leur action<sup>24</sup>.

2. Quelques solutions que deux exemples, américain et français, permettent d'apprécier, ont pu se dessiner. Comme le montre Elizabeth Zoller, les Américains, très pragmatiques, ont forcé les agences fédérales de régulation à un fonctionnement démocratique en leur imposant des procédures<sup>25</sup> et en les soumettant à un contrôle démocratique qui consiste dans la participation du Sénat au processus de nomination, dans une surveillance financière et dans

---

<sup>22</sup> D. Rousseau, « Justice constitutionnelle », in J. Andriantsimbazovina et *alii*, *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 461.

<sup>23</sup> « Le Gouvernement (...) dispose de l'administration (...). Il est responsable devant le Parlement (...) ».

<sup>24</sup> CE, *op. cit.*, p. 364.

<sup>25</sup> *Administrative Procedure Act* adopté par le Congrès en 1946.

l'examen des rapports d'activité des autorités avec possibilité de demande de comparution de leurs dirigeants. Dans la même logique, les autorités administratives indépendantes françaises se sont vu imposer des exigences procédurales résultant des règles européennes relatives au procès équitable (art. 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) lorsqu'elles sont compétentes pour adopter des sanctions et leur action est, de façon générale, soumise à divers contrôles. En effet, si elles échappent, en raison de leur nature, au contrôle du pouvoir exécutif, elles demeurent soumises à des contrôles de la part des juges mais aussi des gouvernants. Les juges administratif, judiciaire<sup>26</sup> comme financier<sup>27</sup> ont à connaître de leurs actes. L'exigence démocratique impose néanmoins de compléter un tel contrôle par un autre, exercé plus ou moins directement par les gouvernés. En amont, ce contrôle pourrait consister dans le rôle accru joué par les représentants du peuple dans la désignation des membres des autorités. C'est à cette aspiration démocratique que répond la récente révision de la Constitution française qui, par l'intermédiaire des commissions parlementaires compétentes, permettra aux représentants du peuple de formuler un avis sur la nomination des responsables des principales autorités administratives indépendantes et disposera d'un droit de *veto* sur cette nomination<sup>28</sup>. L'équilibre est toutefois difficile à trouver puisque demeure la volonté de ne pas politiser ces institutions. Concernant le contrôle effectué en aval, il est pour l'heure embryonnaire et mériterait, selon les observateurs, d'être renforcé. Certes, c'est le législateur qui, d'ores et déjà, crée les autorités administratives indépendantes et qui donc, théoriquement, peut, sauf à considérer un « effet cliquet »<sup>29</sup> les supprimer<sup>30</sup>. Le Parlement a, en outre, la maîtrise, par le vote du budget, des moyens qui leur sont alloués. Il apparaît néanmoins nécessaire de faire un usage plus conséquent des instruments de contrôle existants. C'est la conclusion à laquelle parvenait déjà le Conseil d'Etat français en 2001<sup>31</sup>. A l'instar de ce qui se pratique aux Etats-Unis, un soin particulier devrait être apporté aux rapports établis par ces organismes de façon à ce que ceux-là deviennent de véritables sources d'information sur le fonctionnement de ceux-ci et une base utile au contrôle qui pourrait ensuite s'exercer grâce à l'audition des présidents des autorités par les parlementaires. L'extension des missions du Parlement à l'évaluation des politiques publiques<sup>32</sup> constitue un nouveau cadre au contrôle des autorités administratives indépendantes. C'est ce que les élus avaient d'ailleurs anticipé en consacrant à ces organismes le troisième rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des législations<sup>33</sup>.

---

<sup>26</sup> Cons. const. 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, n° 86-224DC.

<sup>27</sup> Le contrôle *a posteriori* par la Cour des comptes existe (Voir par exemple Cour des comptes, *Les autorités de contrôle et de régulation du secteur financier*, 4 février 2009); en revanche, de nombreuses autorités administratives indépendantes échappent au contrôle *a priori* des dépenses engagées, à la différence de ce qui existe aux Etats-Unis qui ne considèrent pas qu'un tel contrôle, dès lors qu'il ne porte pas sur l'opportunité des dépenses, constitue une atteinte à leur indépendance.

<sup>28</sup> L'article 13, alinéa 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 vise « les emplois ou fonctions (...) [d'] importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation », fonctions dans lesquelles la loi organique devrait inclure nombre de présidences d'autorités administratives indépendantes.

<sup>29</sup> M. Lombard, *op. cit.*

<sup>30</sup> Il est loisible au législateur de les remplacer en cas de dysfonctionnements constatés. Voir l'exemple, en France, du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui fait suite à la Commission nationale de la communication et des libertés, créée en 1986, elle-même en remplacement de la Haute autorité de la communication audiovisuelle créée en 1982.

<sup>31</sup> CE, *op. cit.*, p. 372.

<sup>32</sup> Evolution que traduit la récente réécriture de l'article 24 de la Constitution française qui évoque désormais les trois fonctions du Parlement français : le vote de la loi, le contrôle du Gouvernement et l'évaluation des politiques publiques.

<sup>33</sup> P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*

Ce contrôle des autorités administratives indépendantes, en particulier par des instances démocratiques, est d'autant plus impératif que leur légitimité provient pour l'essentiel de leur seule capacité d'expertise, autrement dit de leur compétence pour remplir la mission qui leur est dévolue, et non de l'élection<sup>34</sup>. La difficulté soulevée par les cours constitutionnelles à la problématique du contrôle en démocratie est quelque peu différente. Organes de contrôle, ces cours posent la question de leur légitimité à superviser l'action des représentants du peuple.

## **B- La légitimité du contrôle**

La question de la légitimité du contrôle réalisé par les cours constitutionnelles se pose à un double titre : d'un point de vue organique et d'un point de vue fonctionnel.

1. *Primo*, les juges disposent-ils de la légitimité pour exercer leur mission ? Traditionnellement la légitimité en démocratie provient de l'élection. Entendue formellement, la démocratie implique en effet un ensemble de procédures destinées à permettre au peuple d'exercer sa souveraineté soit directement, soit par ses représentants alors placés sous son contrôle par le biais de l'élection. Comment alors des juges, en principe non élus, peuvent-ils remettre en cause ce que les représentants du peuple ont décidé ? L'opposition entre modalité de désignation et principe démocratique est pourtant plus apparente que réelle. Les membres des cours constitutionnelles, mis à part le cas de la Grèce qui renoue avec la tradition antique du tirage au sort, sont nommés par des autorités qui elles-mêmes représentent le peuple plus ou moins directement selon que c'est au Parlement comme en Allemagne ou à l'exécutif comme aux Etats-Unis que revient cette fonction.

Outre le débat concernant leur désignation, les juges constitutionnels interrogent, par la fonction de contrôle qu'ils exercent sur les représentants du peuple, le concept même de représentation.

2. *Secundo*, de façon plus fondamentale, le contrôle pratiqué par les cours constitutionnelles est-il légitime ? *A priori*, le contrôle des élus du peuple, qui plus est par des juges nommés, heurte les principes démocratiques. Plusieurs objections peuvent pourtant être opposées à une telle critique. En premier lieu, l'établissement de la représentation comme un critère de la démocratie a pu être critiqué, notamment par Carré de Malberg, du fait qu'existe fatalement un écart entre la volonté du peuple et celle exprimée par ses représentants. En deuxième lieu, les cours statuant au nom de la Constitution qui est l'expression du peuple souverain font en réalité primer par leur contrôle la souveraineté populaire sur la volonté représentée<sup>35</sup>. Il est dès lors possible d'affirmer que « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »<sup>36</sup>. En dernier lieu, si, malgré ses imperfections, la représentation reste un élément consubstantiel à la démocratie, encore faut-il convenir de ce que ce concept recouvre. Or, il existe une autre approche de la représentation que celle fondée sur l'élection, la représentation-fonction. Dans cette théorie, le représentant ne se définit pas par l'élection mais par la fonction qu'il remplit, à savoir sa participation à l'œuvre législative<sup>37</sup>. Dans une telle perspective, compte tenu du pouvoir négatif dont disposent les cours dans le cadre d'un contrôle *a priori*, voire du pouvoir positif grâce au mécanisme, si

---

<sup>34</sup> A Saban, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *Petites affiches*, 2002, n° 10, p. 63.

<sup>35</sup> D. Rousseau, *op. cit.*

<sup>36</sup> Cons. const. 23 août 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, n° 85-197, cons. 27.

<sup>37</sup> Cette théorie est incarnée par Barnave qui, lors des débats constitutionnels de 1791, faisant sienne une telle acception, s'opposait à Roederer défendant la vision traditionnelle. Par son *veto*, le roi dispose de la faculté d'empêcher la formation de la loi et participe ainsi, selon Barnave, à la fonction législative, ce qui fait de lui un représentant (Séance de l'Assemblée nationale du 10 août 1791, Archives parlementaires, tome 29, p. 322-326).

cher au Conseil constitutionnel français, des réserves d'interprétation, elles participent au pouvoir législatif et peuvent ainsi être considérées comme des représentants, réduisant conséquemment la portée de la critique en légitimité qui leur est adressée.

Le développement des autorités administratives indépendantes et des cours constitutionnelles témoigne donc de l'émergence de nouvelles sources de légitimité dans les démocraties contemporaines. La légitimité du contrôle exercé par les cours ne procède pas de l'élection mais réside dans un faisceau d'éléments - dont aucun d'eux pris isolément ne s'avèrerait suffisant - tenant principalement à leur mission : un rôle de contrôle assurant l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. Dépassant les principes traditionnels de la démocratie, ce qui justifie l'existence et le rôle joué par les cours constitutionnelles et les autorités administratives indépendantes, c'est *in fine* leur efficacité. L'efficacité apparaît ainsi comme une source de légitimité concurrente de l'élection, dans la lignée de la théorie de l'*output legitimacy*<sup>38</sup>, particulièrement en vogue dans l'Union européenne qui précisément ne se caractérise pas par un fonctionnement sur le modèle démocratique classique. La diffusion des autorités administratives indépendantes et des cours constitutionnelles participe ainsi du renouvellement des formes de contrôle et de participation démocratiques.

Tatiana Gründler  
Maître de conférences en droit public  
Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense  
Centre de recherches et d'études sur les droits  
fondamentaux (CREDOF)

---

<sup>38</sup> Théorie très utilisée dans le discours pour asseoir la légitimité de l'Union européenne. Voir par exemple « L'efficacité de l'action des institutions européennes est sa source principale de légitimité » (R. Prodi, « 2000-2005 : Donner forme à la Nouvelle Europe », Parlement européen, Strasbourg, 15 février 2000).