



Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie

Dominique Rousseau

DANS **REVUE DU DROIT PUBLIC** 2014/6 Novembre , PAGES 1517 À 1533

ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0035-2578

Date de mise en ligne : 26/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2014-6-page-1517?!lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie

Par **Dominique ROUSSEAU**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Il arrive au droit constitutionnel une drôle d'histoire : partout il est question de constitution et pourtant, ici et là, des voix s'élèvent pour dire le déclin du savoir constitutionnel, pour prédire même la disparition du droit constitutionnel. Depuis une dizaine d'années, en effet, et plus encore depuis l'introduction de la QPC en 2008, la Constitution est sortie de l'Université ; elle n'est plus seulement la propriété des professeurs discutant avec leurs doctorants des mérites respectifs des structures constitutionnelles parlementaires, présidentielles ou primo-ministérielles ; elle n'est plus l'entre-soi des universitaires. Elle est devenue un texte connu, discuté et utilisé par des acteurs qui, jusque-là, l'ignoraient ou ne s'en souciaient guère : les juges judiciaires qui, par le contrôle du caractère sérieux de la question de constitutionnalité soulevée devant eux, « font » du droit constitutionnel et sont désormais juges constitutionnels de droit commun ; les avocats qui, pour la défense de leur client, doivent maintenant intégrer la dimension constitutionnelle d'un dossier fiscal, social ou pénal ; les gouvernants qui, pour éviter le désagrément d'une censure, doivent « tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrits à l'ordre du jour même si l'hypothèse d'une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable », selon les termes de la circulaire Rocard-Carcassonne du 25 mai 1988 ; et même la rue, je veux dire les citoyens puisque la Constitution est devenue pour eux un moyen de se protéger contre les abus de pouvoirs, de réclamer contre leurs représentants. Juges judiciaires, avocats, gouvernants, citoyens ignoraient la Constitution ; aujourd'hui, ils se la sont appropriée ; mieux, ils font du droit constitutionnel.

Or, au moment où la Constitution se fait acte vivant, des voix s'élèvent pour faire comprendre que le glissement de la Constitution hors de

son espace « naturel » conduit le savoir constitutionnel à sa perte. Ces voix légèrement condescendantes articulent une thèse délicieusement aristocratique : le droit constitutionnel se distinguerait radicalement des autres branches du droit par la noblesse de son objet. Alors que les droits civil, commercial, social, pénal, familial auraient pour objet la société (avec un s minuscule) et saisiraient les « gens » dans leurs activités quotidiennes, le droit constitutionnel, lui, aurait pour objet le Politique (avec un P majuscule), l'État (avec naturellement un E majuscule) et saisirait les Représentants (avec toujours un R majuscule). Or, l'introduction et l'hyper développement du contrôle de constitutionnalité conduiraient le droit constitutionnel à devenir un droit « comme les autres » : les grandes constructions théoriques sur l'État, la souveraineté ou les partis politiques auraient laissé la place à de besogneux commentaires des décisions du Conseil constitutionnel et l'analyse de la vie politique, parlementaire et législative à l'étude des juges. Dans cette représentation, la question prioritaire de constitutionnalité, évidemment, viendrait achever la noblesse du droit constitutionnel en ouvrant à tout justiciable – tout justiciable ! – la possibilité d'utiliser la Constitution à l'occasion d'un procès ordinaire – ordinaire ! Avant qu'il ne soit trop tard, avant que la QPC ait fini par tuer le droit constitutionnel, il conviendrait de toute urgence de défendre et de réhabiliter le vrai droit constitutionnel, il conviendrait de plaider pour un renouveau du Droit constitutionnel comme Droit politique.

Il faudrait être Bourdieu pour décrypter les logiques sociales à l'œuvre dans ce discours, repérer les transformations morphologiques des constitutionnalistes qu'il exprime, la sociologie et les trajectoires, sociales et universitaires, de ceux qui le porte, les positions qu'ils occupent dans le champ et les ressources académiques et éditoriales dont ils disposent... Mais, à défaut d'être Bourdieu et donc au risque de faire une critique « de juriste », il est possible de discuter fortement la pertinence intellectuelle de ce discours. D'abord, réserver au seul droit constitutionnel la dénomination de « droit politique » est un *a priori* discutable dans la mesure où le droit civil, le droit social, le droit fiscal ou le droit pénal sont aussi des droits politiques par les valeurs qu'ils expriment et sanctionnent : le mariage pour tous, la suppression des cotisations familiales ou la pénalisation des clients des prostituées apprennent autant sur l'état politique d'une société que le mode d'élection du président de la République ou le nombre d'assemblées parlementaires. Durkheim considérait même le droit pénal comme le vrai droit politique par les interdits qu'il posait. Ensuite, faire des institutions politiques le cœur de la discipline constitutionnelle est une réduction de l'intelligibilité de la Constitution qui, selon les termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789, comprend sans doute « l'organisation des pouvoirs » mais aussi « la garantie des droits », c'est-à-dire, les droits et libertés dont les citoyens peuvent se prévaloir dans l'exercice de toutes leurs activités sociales. Enfin, proclamer la mort du droit

constitutionnel n'est pas vraiment une idée nouvelle ni originale. Sans remonter aux origines, Burdeau, déjà, en 1956, déplorait la « déchéance de la notion de constitution » qui n'était plus qu'un « temple allégorique habité par des ombres » (1) notamment parce que manquait l'instrument permettant de faire respecter les règles et principes qu'elle impose aux acteurs politiques. En d'autres termes, à la fin des années 1950, la « crise » du droit constitutionnel s'expliquerait par l'absence d'un juge constitutionnel capable de donner une portée effective aux prescriptions constitutionnelles et, aujourd'hui, la « crise » du droit constitutionnel s'expliquerait par la présence d'un juge constitutionnel stérilisant intellectuellement la réflexion constitutionnelle.

Si ces rappels invitent à prendre avec sagesse les pronostics actuels sur l'avenir impossible du droit constitutionnel, il est vrai que l'introduction et le développement rapide du contrôle de constitutionnalité a provoqué un « malaise dans la Constitution » qui se manifesterait par la stérilisation de la pensée constitutionnelle et la perversion du principe démocratique. Contre ces deux affirmations, il est permis de soutenir que, loin de stériliser la pensée constitutionnelle et de pervertir le principe démocratique le contentieux constitutionnel a heureusement et profondément renouvelé l'une (I) et l'autre (II).

I. — LE RENOUVELLEMENT DE LA PENSÉE CONSTITUTIONNELLE

Jusque dans les années 1980, la pensée constitutionnelle ronronnait bercée par les douces et répétitives querelles sur les mérites respectifs des systèmes parlementaires, présidentiels et semi-présidentiels (ou semi-parlementaires, pour d'autres), sur les avantages et inconvénients du bicaméralisme ou sur la nature « réelle » de la V^e République. Rien de nouveau dans ces échanges convenus – voir ou revoir, par exemple, les débats télévisés entre Léo Hamon et Maurice Duverger, ou lire ou relire les disputes entre François Luchaire, Maurice Duverger et Georges Vedel dans *Le Monde* – seulement la reprise d'arguments connus. Il suffit de se reporter aux – rares – thèses de droit constitutionnel, aux thèmes de colloques de constitutionnalistes et des articles à la RDP pour constater, à quelques brillantes exceptions près, la pauvreté d'une réflexion constitutionnelle tournée sur elle-même et toujours sur les mêmes sujets. L'introduction du contrôle de constitutionnalité et plus encore de la QPC va réveiller la pensée constitutionnelle en bousculant ses sujets habituels pour se saisir de deux objets nouveaux ou un peu délaissés : qu'est-ce qu'une Constitution (A) et qu'est-ce que la volonté générale (B).

(1) G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », in *Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53.

A. — *Le renouvellement de l'objet « constitution »*

1. Une norme ou un écrit ? Le contentieux constitutionnel révèle la constitution comme acte de langage. L'expression peut surprendre et ne pas faire l'unanimité ; elle désigne pourtant l'objet d'étude dans sa réalité matérielle. La Constitution est, en effet, un texte, c'est-à-dire, un ensemble de mots écrits ; des mots qui, sans doute, manifestent des valeurs – la liberté, l'égalité... –, des mots qui, sans doute aussi, ont l'ambition de porter des normes, mais avant tout des mots. Cette « découverte » a conduit logiquement les constitutionnalistes à s'ouvrir à d'autres disciplines et en particulier aux différentes philosophies du langage pour comprendre les modes de détermination de la signification des mots. Si, quels que soient les efforts de rédaction, les mots sont toujours porteurs de plusieurs sens, il faut, pour savoir quelle obligation de comportement prescrit tel ou tel énoncé, décider de la signification de cet énoncé ; il faut, par une opération intellectuelle, lui attribuer le sens qui permet d'ordonner ce comportement. En d'autres termes, c'est le sens qui fait la norme, non le mot. Ce que reconnaît le Conseil constitutionnel lorsqu'il affirme, dans sa décision du 6 octobre 2010 (2), que c'est l'interprétation jurisprudentielle qui donne à une disposition législative sa « portée effective ». Loin de l'appauvrir, le contentieux constitutionnel a ainsi enrichi la pensée constitutionnelle en faisant des questions relatives à l'interprétation la partie la plus vivante et la plus stimulante de la discipline comme en témoignent travaux de recherche et colloques.

De ces réflexions, et contrairement à une idée parfois entendue, la constitution ne « sort » pas affaiblie ; si elle n'est pas une norme « en direct », elle est une norme « en devenir » en ce qu'elle acquiert une force normative par le travail de construction de sens des énoncés constitutionnels. Et, par ricochet, la Constitution devient le point nodal de la société, le texte par où la société communique avec elle-même. L'indétermination des mots par lesquels la Constitution parle de la société oblige, en effet, les acteurs à communiquer, à échanger, à débattre pour s'accorder sur un sens ; et ces débats, signes de la liberté politique, ne sont jamais définitivement clos ; ils peuvent reprendre mettant la Constitution en situation d'être le lieu actif où se recrée sans cesse le lien social par les évolutions de sens des mots qu'elle porte.

2. Société ou État ? Le contentieux constitutionnel révèle la Constitution comme acte de la société. Ce glissement est également la conséquence logique du contrôle de constitutionnalité. Parce que le juge constitutionnel est saisi de lois relatives à la famille (le Pacs), au travailleur (les 35 heures), au consommateur (le conseil de la concurrence), au malade (Sécurité sociale), aux étudiants (Université), au téléspectateur (concentration des entreprises de presse), à l'administré, il est, en effet, nécessairement conduit à poser ce que le doyen

(2) Cons. const. 2010-39 QPC, 6 octobre 2010, R. p. 264.

Vedel appelait « les bases constitutionnelles » des activités sociales et privées des individus et non plus seulement les bases constitutionnelles de l'activité des hommes politiques. La Constitution n'est donc plus Constitution de l'État, mais Constitution de la société, puisque toutes les activités des individus saisies par le droit peuvent être rapportées à la Constitution ; ce qui, dans le langage juridique, se traduit par les expressions « constitutionnalisation » du droit civil, du droit du travail, du droit social, du droit commercial, du droit administratif, du droit pénal, etc., c'est-à-dire, par l'idée que toutes les branches du droit, et pas seulement le droit politique, trouvent leurs principes dans la Constitution.

Au demeurant, que la Constitution soit l'acte qui informe – au sens philosophique du terme – la société n'est une rupture qu'au regard de l'habitude prise de penser la Constitution comme acte organisant les pouvoirs publics, le Code civil, dont Jean Carbonnier disait qu'il était la véritable Constitution de la France, se réservant la société. Car, au regard de la Déclaration de 1789, cette conception « sociétale » de la Constitution est moins une rupture qu'une continuité. En effet, selon l'article 16 de cette Déclaration, l'objet de la Constitution n'est pas l'État mais la société : « toute société, énonce l'article 16, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». « Toute société », donc, et non pas « tout État » ! Quand Montesquieu imagine la Constitution idéale, il part d'une analyse de la société, d'une analyse des « puissances sociales » – noblesse, bourgeoisie, etc. – et recherche une structure de pouvoir exprimant la structure sociale ; quand Rousseau rédige son projet de Constitution pour la Corse, il prend explicitement pour base et objectif de son travail la structuration du corps social corse. Cette conception de la constitution-expression de la société s'est effacée lorsque s'est imposée, tout au long du XIX^e siècle, l'idée qu'elle était seulement le statut particulier des gouvernants ; elle réapparaît logiquement aujourd'hui avec l'émergence et le développement de la justice constitutionnelle qui contribue à déployer la Constitution sur l'ensemble des activités sociales.

Indirectement mais nécessairement, cette conception « sociétale » de la Constitution emporte aussi des effets sur le domaine d'application de la séparation des pouvoirs. Tant que l'objet de la Constitution est réduit à l'État, l'exigence de séparation posée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne porte que sur les pouvoirs d'État : les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Mais si la Constitution a pour champ la société, l'exigence de séparation s'applique à tous les pouvoirs à l'œuvre dans la société : les pouvoirs économique, médiatique, religieux... Et la Constitution doit donc se saisir de ces pouvoirs, de ces tiers-pouvoirs qui, pour faire écho à la célèbre brochure de Siéyès à la veille de la Révolution, sont tout dans le fonctionnement d'une société, rien jusqu'à présent dans l'ordre constitutionnel et doivent y devenir quelque chose. Que, par exemple, la Constitution prenne en charge le « quatrième pouvoir » et pose les principes de nature à garantir pour les citoyens son indépendance par

rapport aux pouvoirs politique et économique ; qu'elle donne, par exemple, à un Conseil économique et social transformé les moyens de faire participer la société civile organisée à la formation de la volonté générale.

B. — *Le renouvellement de l'objet « régime politique »*

1. **Renouveler le régime d'énonciation de la volonté générale.** Jusque-là, il était convenu qu'elle était fabriquée par la volonté du Parlement s'exprimant au moyen de la loi. Cette représentation du mode de production de la volonté générale a été bousculée par le juge constitutionnel qui a posé les règles nouvelles de fabrication de la loi. Dans sa décision du 23 août 1985 (3) en effet, le Conseil précise que « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Or, selon la définition donnée par l'article 6 de la Déclaration de 1789, « la loi est l'expression de la volonté générale ». Ce changement de définition de la loi – le passage de l'affirmatif au négatif et l'introduction de la condition de constitutionnalité – implique et légitime à la fois un changement du mode de fabrication de la volonté générale (4). Le mode impliqué par l'article 6 de la Déclaration de 1789 est celui d'une confection de la loi par le Parlement seul ; les représentants sont les seuls habilités à exprimer la volonté générale et les lois expriment la volonté générale du seul fait qu'elles sont produites par eux ; la qualité de loi et la validité normative ne dépendent d'aucune autre instance ; la sanction parlementaire suffit pour faire de la loi l'expression de la volonté générale. Au contraire, le mode impliqué par la nouvelle définition de la loi donnée par le Conseil dans sa décision du 23 août 1985 est celui d'une confection de la loi par une pluralité d'acteurs, l'acteur gouvernemental et parlementaire bien sûr, mais aussi l'acteur juridictionnel. Il résulte, en effet, de cette nouvelle définition que la « fabrication » parlementaire de la loi ne suffit plus à garantir sa validité normative ; la loi ne pourra prétendre exprimer la volonté générale que si et seulement si elle respecte la Constitution. Autrement dit, que si et seulement si le Conseil constitutionnel juge que le texte voté par le Parlement ne porte pas atteinte à tel ou tel droit ou principe constitutionnel ; car s'il en était ainsi, c'est-à-dire, si le texte était jugé contraire à la Constitution, il ne pourrait exprimer la volonté générale et, en conséquence, la qualité de loi ne pourrait lui être reconnue.

Ce mode concurrentiel de production de la volonté générale s'inscrit parfaitement dans une logique démocratique. D'abord, parce qu'il a pour principe de fonctionnement nécessaire la délibération. Dès lors, en effet, que la volonté générale n'est pas « située » dans une seule institution, dès lors que la volonté

(3) Cons. const. 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

(4) Voir par exemple Philippe Blacher, *Volonté générale et contrôle de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 1999

des représentants n'est pas, par elle-même, volonté générale, dès lors que la volonté générale se construit par la confrontation du texte voté par les représentants aux exigences constitutionnelles, la volonté générale ne peut être que le produit d'un processus délibératif, d'un échange argumentatif entre les différents acteurs du régime de fabrication de la loi. Quand le régime repose sur un seul acteur ou quand le régime pose l'identité de volonté entre le corps du peuple et le corps des représentants, il n'est nul besoin de délibération ou de débat pour construire la volonté générale : elle est dans le corps de la Nation et il suffit, puisqu'il y a identité, que le Roi ou les représentants s'expriment pour que leur volonté ait la qualité de loi. En revanche, quand les corps sont séparés et qu'aucun ne peut revendiquer détenir seul la volonté générale, la délibération s'impose comme principe constitutif du mode de production de la loi. La délibération s'impose ainsi comme le principe actif du régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale par le médium du droit et en particulier de ces droits fondamentaux de valeur constitutionnelle qui définissent le code de réalisation de l'activité délibérative.

Ensuite, parce que l'intervention du juge constitutionnel introduit une temporalité longue dans la construction de la loi. En rappelant les principes de fond que la Constitution énonce – la présomption d'innocence, le principe de non-rétroactivité des lois pénales, les droits de la défense, la liberté d'expression, le droit à la santé... – il oblige à une réflexion sur le sens, la valeur, la portée que peut représenter pour le « bien commun » l'adoption de telle ou telle loi ; il crée une distance avec l'immédiateté, avec la rapidité, avec l'émotion. Et il n'est pas contraire à l'idée démocratique que le temps de réflexion l'emporte sur le temps de l'émotion. Car la volonté générale ne se produit pas spontanément ni dans l'insouciance de l'instant ; elle se « fabrique » avec mesure, avec prudence et le Conseil constitutionnel est cette instance qui permet au temps court, léger et parfois étourdi d'une initiative législative de se confronter au temps long des principes que la Constitution énonce. Le législateur rédige la règle à la vitesse des événements ; les juges en reprennent l'écriture au rythme plus lent de la réflexion et au contact d'affaires chaque fois particulières

Au demeurant, ce mode complexe de fabrication de la volonté générale introduit par le contentieux constitutionnel réalise les projets des constituants de 1791 et plus encore de 1793 qui, avec Condorcet et Héroult de Séchelles notamment, proposaient d'institutionnaliser au profit des citoyens un « moyen de réclamer » qui leur aurait permis d'intervenir dans le processus législatif en réclamant la censure d'une loi. Un constituant, David Williams, propose même en 1793 la création d'un « Conseil constitutionnel » afin, dit-il, « de garantir le meilleur mode de production de la volonté générale » (5).

(5) David Williams, *Observations sur la dernière constitution de la France*, Paris, avril 1793, in AP, t.LXIII, p. 589.

2. Renouveler le régime de garantie de la liberté politique. La leçon de Montesquieu reste pertinente. Si la tendance naturelle d'un pouvoir est d'aller au bout de sa logique, c'est-à-dire, l'absolutisme, il importe pour la liberté des citoyens que, par la disposition des choses, chaque pouvoir soit limité par un autre pouvoir, que chaque pouvoir ait prise sur l'autre de sorte que s'équilibrant et se contrôlant l'un l'autre la législation soit mesurée. Et les constitutionnalistes ont traduit cette leçon en faisant du Parlement le contrepoids du Chef de l'Exécutif soit sous la forme d'une séparation souple dite parlementaire soit sous la forme d'une séparation rigide dite présidentielle. Dans la première figure, la possibilité pour chacun des deux pouvoirs de se détruire – par la dissolution pour l'Exécutif, par la motion de censure pour le Parlement – pousse au compromis donc à la mesure ; dans la seconde, l'indépendance réciproque des pouvoirs ouvre sur un « parlementarisme de couloirs » pour éviter les blocages et trouver une entente. En 2008 encore, les constituants présentaient la revalorisation du Parlement – maîtrise retrouvée d'une partie de l'ordre du jour, réécriture des projets de loi, limitation de l'article 49-3... – comme le moyen de rééquilibrer les institutions et notamment l'hyper-présidence.

Or, ce schéma institutionnel de la mesure est périmé. Et depuis longtemps. Depuis que le doyen Georges Vedel a fait la démonstration, dans un rapport au congrès de l'Association internationale de Science Politique à Rome en 1957, que, dans la pratique, la structure et les mécanismes des partis « soudaient étroitement législatif et Exécutif ». Quelle que soit, en effet, la qualité du texte constitutionnel, quelle que soit l'organisation constitutionnelle des pouvoirs choisie, l'unité des pouvoirs se reconstitue sur l'Exécutif par la grâce de la logique majoritaire attribuant au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. Et ce phénomène n'est pas spécifiquement français ou lié à la V^e République ; il se retrouve aussi bien en Allemagne qu'en Espagne, en Grande Bretagne qu'en Autriche alors que ces pays ont des constitutions différentes. Pour le dire brièvement, nulle part le Parlement n'est aujourd'hui un contrepoids au pouvoir présidentiel ou primo-ministériel.

À côté du droit constitutionnel des textes, s'est dégagé un droit constitutionnel de la pratique qui « fonctionne » sur trois lois simples exposées par le doyen Vedel : le pouvoir de déterminer la politique du pays et donc de faire les lois est donné à l'homme qui a gagné les élections ; le pouvoir de sanctionner l'équipe gouvernante ne relève plus du Parlement mais du peuple lors des élections générales qui se déroulent tous les quatre ou cinq ans ; entre les deux moments électoraux, « le caractère démocratique du système est assuré, écrit le doyen, par le contrôle juridictionnel, la garantie des libertés publiques et le statut de l'opposition » (6). De ces lois vedeliennes, il découle que le pouvoir

(6) Georges Vedel, « Le régime présidentiel ? La moutarde après dîner », *Le Monde*, 31 octobre 1997.

juridictionnel est, aujourd'hui, celui qui, entre deux moments électoraux, peut empêcher le pouvoir de statuer d'aller au bout de son pouvoir en lui imposant le respect du Droit

Dans le schéma constitutionnel classique, la mesure était attendue du risque de destruction réciproque des pouvoirs en régime parlementaire ou du risque de blocage des institutions en régimes présidentiel ; dans le schéma constitutionnel moderne, la mesure est attendue du risque de constitutionnalité. « Il convient de tout faire, écrit Michel Rocard à ses ministres lors de sa nomination à Matignon en mai 1988, pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrits à l'ordre du jour ; *cette préoccupation doit être la nôtre même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable* ; je vous demande à cette fin de faire étudier attentivement par vos services les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration » (7). L'existence d'un juge chargé de contrôler la constitutionnalité de la loi, et aujourd'hui la question prioritaire de constitutionnalité a fait juge constitutionnel tous les juges, met en scène une représentation politique qui institue un écart entre le corps des représentants et le corps des représentés. (Dans chaque décision du Conseil, en effet, se joue le même acte : les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la Constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs chacun de volontés normatives potentiellement contradictoires). Et le risque est précisément dans cet écart produit par le juge constitutionnel qui fait que la loi votée par les élus n'est pas automatiquement et nécessairement l'expression de la volonté générale, qu'elle ne l'est que si et seulement si elle respecte la Constitution (8).

II. — LE RENOUVELLEMENT DE LA THÉORIE CONSTITUTIONNELLE DE LA DÉMOCRATIE

Les juristes ont largement abandonné la réflexion sur la démocratie à d'autres disciplines, à l'histoire, à la science politique ou à la philosophie.

(7) Circulaire « Rocard », JO 25 mai 1988, p. 7381. Evidemment, d'autres ministres n'auront pas le même souci comme ce ministre de la Justice invitant, en 2005, les parlementaires et notamment ceux de l'opposition à prendre « le risque de l'inconstitutionnalité » en ne soumettant pas au contrôle du Conseil constitutionnel la loi imposant à certains délinquants le port d'un bracelet électronique. Il s'attirait alors une réplique immédiate du président du Conseil, Pierre Mazeaud : « le respect de la constitution n'est pas un risque mais un devoir ».

(8) Selon le considérant célèbre de la décision du Conseil constitutionnel du 23 août 1985 : « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution », Cons. const. 85-197 DC, 23 août 1985, R. p. 70.

Hans Kelsen a, sans doute, publié, en 1932, un livre intitulé « La démocratie, sa nature, sa valeur », mais il est attribué au Kelsen idéologue, au Kelsen social-démocrate, non au Kelsen juriste et théoricien du droit. Dans un bel article, Stéphane Pinon a cherché à comprendre les raisons de ce désintérêt de la pensée juridique française pour la question démocratique. Parmi ses explications, la longue domination, au cours du XX^e siècle, de la science politique sur le droit constitutionnel et la longue influence du positivisme qui imposait aux juristes de s'intéresser à la norme, à la forme juridique, à la procédure d'édiction des normes et de repousser toute discussion sur le contenu, la substance, les valeurs portées par ces normes. L'introduction de la justice constitutionnelle a réveillé les constitutionnalistes qui se disputent maintenant sur la nature politique d'un système constitutionnel où la loi votée par les représentants du peuple est contrôlée par un juge constitutionnel. L'hypothèse proposée est que cette configuration constitutionnelle nouvelle ne peut continuer à se dénommer « démocratie représentative » et pourrait être qualifiée de « démocratie continue » (A). Fortement contestée, cette proposition, exprimée en 1990 (9), sera ici réaffirmée et maintenue (B).

A. — *Le renouvellement de l'idée de démocratie :
l'hypothèse de la « démocratie continue »*

1. **L'écart ou la fusion.** L'hypothèse de la « démocratie continue » repose sur l'idée que le contentieux constitutionnel institue un écart entre le corps des représentants et le corps des représentés, écart qui est constitutif du principe démocratique. Cette différenciation est la conséquence logique du contrôle de constitutionnalité. Dans chaque décision du Conseil constitutionnel se joue, en effet, la même scène : les actes votés par le corps des représentants – les lois – sont jugés au regard des droits du corps des représentés – la Constitution. Ce qui implique de concevoir deux espaces distincts, celui des représentants et celui des représentés, porteurs de deux volontés normatives potentiellement contradictoires. Concrètement, la Constitution définit progressivement un espace assurant symboliquement et pratiquement – par la censure de la loi – l'autonomie des représentés par rapport aux représentants. Et cet espace s'agrandit et se renforce au fur et à mesure que le Conseil « découvre » des droits constitutionnels nouveaux. Le contrôle de constitutionnalité produit ainsi une figure nouvelle de mise en distance des gouvernés et des gouvernants, en constituant les droits des premiers en corps séparé des droits des seconds : la charte jurisprudentielle des droits et libertés constitutionnels symbolise l'espace des gouvernés, la loi l'espace des gouvernants.

(9) Qu'il soit permis de renvoyer à Dominique Rousseau, « Une résurrection, la notion de constitution », RDP, 1990.

Cette figure de l'écart est profondément différente de la figure de la fusion qui prévaut encore dans les mentalités. Dans sa formulation la plus banale, en effet, l'idéal démocratique exige l'implication toujours plus grande du peuple dans le pouvoir – par l'extension du suffrage universel, par exemple – et se réalise pleinement par la fusion du peuple dans le corps politique de la représentation nationale. Si les « démocraties populaires » ont, avec le parti unique, conduit à l'extrême cette logique de la fusion, les « démocraties bourgeoises » y ont également, avec plus de modération, adhéré. Raymond Carré de Malberg, notamment, a parfaitement décrit le fonctionnement de ces régimes parlementaires qui reposent sur l'identification des gouvernés aux gouvernants, sur la confusion entre le peuple et ses représentants, entre la volonté générale et la volonté parlementaire, faisant du Parlement l'égal du souverain, ou plutôt, comme l'écrit le maître de Strasbourg, l'érigant effectivement en souverain (10). Puisque le peuple est la Nation et que la Nation ne peut s'exprimer que par ses représentants, il ne peut y avoir d'autre expression de la volonté du peuple que celle exprimée par les représentants de la Nation. Ce que revendiquait clairement Siéyès lorsqu'il affirmait sans détour que « le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants ».

La constitution-garantie des droits, par le contrôle de constitutionnalité qu'elle appelle, casse cette fusion. Avant l'existence et le développement de la jurisprudence constitutionnelle, l'activité législative des représentants est directement imputée à la volonté du peuple sans que celui-ci puisse protester puisque, par définition constitutionnelle, il n'existe pas de manière séparée et indépendante, il ne peut avoir de volonté hors celle exprimée par les représentants. Avec le contrôle de constitutionnalité, les représentants sont toujours habilités à exprimer la volonté du peuple mais la fusion des deux volontés n'est plus possible : par la charte des droits fondamentaux qu'il construit et qui dessine l'espace de la représentation autonome de la souveraineté du peuple, le juge constitutionnel est toujours en position de montrer – « au vu de la Constitution » est-il écrit dans les visas des décisions – et, le cas échéant, de sanctionner l'écart entre les exigences constitutionnelles et leurs traductions législatives par les représentants. En « montrant » ainsi que les deux espaces peuvent ne pas coïncider et que, dans l'hypothèse d'un conflit, le premier l'emporte sur le second, le juge constitutionnel interdit aux représentants de prétendre qu'ils sont le souverain et dévoile leur situation de simples délégués pouvant toujours être rappelés au respect des droits du souverain. D'une certaine manière, le juge constitutionnel dévoile ce que la représentation voulait cacher : l'oubli du peuple. Tout en affirmant son existence, la représentation fait, en effet, disparaître le peuple en posant comme principe constitutionnel qu'il ne peut être présent, comme le disait Siéyès, que dans les personnes des

(10) Raymond Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984.

représentants. Le juge constitutionnel fait ré-exister le peuple comme figure autonome et souveraine en mettant en représentation la représentation : il montre que la représentation est une scène où deux acteurs jouent des rôles différents, les élus celui de délégués du souverain et le peuple celui de souverain.

Cette logique démocratique de l'écart pourrait être rapportée dans le champ philosophique au débat qui, en mars 1929 à Davos, a opposé Heidegger et Cassirer sur la notion de limite chez Kant. Au premier qui soutenait que la connaissance ne pouvait que tomber poétiquement de l'être sur l'homme car l'homme était limité dans son accès au savoir,

Cassirer répondait que la finitude de l'homme signifiait un écart entre lui et l'être, écart qui impliquait que la connaissance de l'être se construise par la médiation du langage, de la culture et d'une politique symbolique. De même ici, ou la volonté générale est dans l'être, l'être du Roi ou de la Nation peu importe, et, les hommes étant limités – « de lui-même le peuple veut le bien mais, de lui-même, il ne le voit pas toujours » écrit Jean-Jacques Rousseau – il revient aux représentants de la Nation de « révéler » aux hommes la volonté générale ; ou bien, l'écart entre la volonté générale et les hommes est tel qu'il condamne les hommes à ne pouvoir que s'en approcher par le langage. Dans le premier cas, la démocratie est d'acclamation, dans le second elle est de délibération.

2. La logique démocratique de l'écart. Pour démocratique qu'il se donne, le modèle politique de la fusion n'est, en réalité, que la reproduction transposée du principe monarchique selon lequel le corps de la nation et le corps du roi ne font qu'un : « les droits et les intérêts de la Nation, dont on ose faire un corps séparé du monarque, déclare Louis XV dans un discours au Parlement de Paris du 3 mars 1766, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains ; je ne souffrirai pas, poursuit-il, qu'il s'introduise un corps imaginaire qui ne pourrait qu'en troubler l'harmonie » (11). En 1789, les révolutionnaires ont certainement voulu et cru séparer ces deux corps ; ils pensaient même que l'acte révolutionnaire était, précisément, dans cette affirmation audacieuse de l'autonomie du corps de la Nation par rapport au corps du Roi. En réalité pourtant, les hommes de 1789 ont reconstitué l'unité des corps en donnant seulement à la Nation un nouveau corps dans lequel fusionner, le corps des représentants. Cette continuité constitutionnelle est sans doute moins dictée par une continuité doctrinale que par les contraintes du combat politique des légitimités en 1789 : à l'unité du corps du Roi, les révolutionnaires ne pouvaient pas, politiquement, opposer la diversité sociale du peuple ; ils devaient affirmer l'unité du corps peuple-nation sous peine de fragiliser la légitimité déjà incertaine de leur revendication de pouvoir. Mais,

(11) Cité par Jean-Yves Guïomar, *L'idéologie nationale*, Paris, Champ libre, 1974, p. 39.

ce faisant, ils engageaient la Révolution dans la voie non de la rupture avec l'Ancien Régime, mais dans celle d'une simple « modernisation » du système politique de représentation de la Nation.

Au demeurant, les constituants ont très vite conscience de la logique représentative dans laquelle ils engagent la révolution et ils cherchent à maintenir et institutionnaliser l'écart, l'autonomie entre les citoyens et leurs représentants. Dès 1791 mais surtout en 1793, les propositions se multiplient pour reconnaître au peuple, dans la Constitution, les moyens d'exercer sa censure contre ses députés et d'être garanti contre l'oppression du corps législatif par l'établissement d'une instance de contrôle de la représentation. Même s'il n'est pas le seul – voir par exemple, les propositions du montagnard Héroult de Séchelles – Condorcet est, évidemment, la figure emblématique de cette préoccupation politique d'inaugurer un nouveau rapport entre le peuple et ses représentants. Au centre, en effet, de ses propositions constitutionnelles, l'institutionnalisation au profit des citoyens de ce qu'il appelle « un moyen légal de réclamer », l'instauration d'une institution, à côté de l'institution de la représentation, chargée de représenter « la majesté du souverain », selon les mots de Héroult de Séchelles, et de contrôler le travail des représentants. Il s'agit de penser ensemble la représentation, inévitable, et le contrôle de la représentation, indispensable pour assurer la participation du peuple à la production législative. Cette institution de contrôle n'est donc pas d'inspiration « libérale » mais clairement d'inspiration démocratique : sans institution de contrôle de la représentation, la démocratie est représentative ; avec une institution de contrôle, elle est continue.

B. — *Le renouvellement de la controverse constitutionnelle :
l'hypothèse de la « démocratie continue » maintenue*

1. L'idée de « démocratie continue » critiquée. Depuis que s'est développée la justice constitutionnelle, fait problème la pertinence voire la légitimité de continuer à appeler « démocratie » un système accordant à la Constitution et au juge constitutionnel un rôle dans la fabrication de la volonté générale : « continue », peut-être, « par la Constitution », peut-être aussi, mais « démocratie » ? Et depuis, les réticences, les critiques, les polémiques ont continué et continuent à s'exprimer. Ainsi, Jean-Marie Denquin doute qu'il soit possible d'appeler « démocratie » un système dans lequel un juge non élu et irresponsable décide arbitrairement à la place des élus (12) ; Stéphane Rials dénonce un retour du théologico-politique avec le droit comme religion et les juges comme grands prêtres (13) ; Pierre

(12) Jean-Marie Denquin, « L'essence, la démocratie et le droit », *Juspoliticum*, 2009, n° 2

(13) Stéphane Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie », *Le Débat*, 1991, n° 64, p. 163

Brunet stigmatise une conception libérale et aristocratique du pouvoir mettant le peuple hors du jeu politique (14) ; Bastien François décèle dans cette République des juges une volonté de pouvoir des professeurs de droit au service d'un mécanisme sophistiqué de dépossession du pouvoir des citoyens au profit des juges (15). Et Éric Desmons pousse la critique jusqu'à considérer qu'en faisant du Conseil constitutionnel « le Dieu de la V^e République », le système politique français a tué la figure du citoyen et de l'État au profit de la figure du plaideur, de l'individu, de la société civile et a ainsi favorisé l'avènement de la « démocratie du marché et de l'opinion » (16).

La critique porte donc moins sur la description de la nouvelle configuration politique produite par l'introduction d'un juge constitutionnel que sur la qualité démocratique allouée à cette nouvelle configuration. Quels que soient les mots des uns et des autres, l'esprit général de leur argumentation tient en ces trois propositions : si le principe démocratique se définit par la souveraineté du peuple et si, pour des raisons de temps, d'instruction, de philosophie ou de géographie, le peuple ne peut échapper à sa représentation, la seule véritable nécessité démocratique est qu'il désigne, par son vote, ceux qui agiront en son nom ; l'idéal démocratique est donc atteint en son cœur quand les lois votées par des élus du peuple peuvent être défaites par une institution dépourvue de ce qui donne à un pouvoir sa légitimité, le suffrage universel ; en admettant même qu'une délégation de pouvoir soit à l'œuvre dans l'institution juridictionnelle comme elle l'est dans les institutions parlementaire et exécutive, en admettant que le juge constitutionnel soit un représentant – thèse de Michel Troper –, la différence reste que cette représentation-là ne peut jamais mériter le qualificatif « démocratique » car il lui manque ce qui la constituerait telle : l'élection. En elle-même, c'est-à-dire, sans prendre en considération sa jurisprudence, l'existence d'un juge constitutionnel est la manifestation d'une méfiance voire d'une hostilité à l'égard du suffrage universel et des élus du peuple. En effet, dans ce registre d'intelligibilité de la démocratie où le principe de légitimité est le suffrage universel, les droits et libertés sont des obstacles possibles à la libre expression du souverain et celui qui garde ces droits et peut les lui opposer est une anomalie.

Évidemment, l'idée de « démocratie continue » n'a pas subi que des critiques ! Elle a aussi rencontré un écho favorable et convergé avec les travaux d'historiens comme Pierre Rosanvallon. Le doyen Vedel lui-même, qui avait ouvertement manifesté son « scepticisme » à l'égard de cette notion au

(14) Pierre Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme un autre ? », in *La notion de juge constitutionnel*, Dalloz, 2005, p. 115

(15) Bastien François, « Critique du discours constitutionnaliste contemporain », in Jacques Chevallier, *Droit et Politique*, PUF, 1993

(16) Eric Desmons, « La planète des sages, le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie », in *Liber Amicorum Gilles Darcy*, Bruylant, 2012.

moment de sa naissance en 1992 (17), donnait quelques années plus tard une définition de la « démocratie contemporaine » fort proche de celle proposée de la « démocratie continue ». Trois « lois », écrivait-il en 1997, l'identifient : l'exercice du pouvoir par ceux qui sont désignés par le suffrage universel ; la responsabilité politique des gouvernants non devant le Parlement mais devant le peuple à l'expiration de leur mandat ; la garantie des libertés entre ces deux moments par le statut de l'opposition et le contrôle juridictionnel. Et, concluait le doyen, « c'est à cette troisième loi qu'on reconnaît le caractère démocratique du système politique » (18). Précisément l'élément qui fait aussi la démocratie continue !

Invoquer l'autorité du doyen Vedel ne saurait cependant dispenser de se saisir et de répondre à la lancinante question sur la légitimité de dénommer « démocratie » la démocratie continue par la Constitution.

2. L'idée de « démocratie continue » maintenue. Sans revenir sur l'inspiration démocratique et non pas libérale dans laquelle a été pensée au moment de la Révolution une institution de contrôle de la représentation, il convient de relever la critique sur deux points : la figure du plaideur et l'individu. La figure du citoyen est multiple, plurielle ; elle ne se réduit pas à électeur et droit de vote ; elle se réalise également en justiciable et droit d'accès au juge. Et la seconde figure n'est pas moins démocratique que la première ; elle l'est peut-être même plus car le citoyen électeur met en scène la figure abstraite de la Nation, du Peuple alors que le citoyen justiciable met en exercice la figure concrète du petit peuple, des gens, de « tout un chacun ». Ce n'est pas le même peuple qui est en jeu avec l'électeur et le justiciable. Quant aux individus, en s'adressant à la société, la Constitution s'adresse, en effet, à ceux qui la composent et participe ainsi, dans un moment particulier de l'histoire politique, à la construction de leur identité. Car la question politique aujourd'hui n'est pas la question de l'individu ni même celle d'une société qui serait faite d'individus fluides pour reprendre l'expression de Pascal Michon (19). Le capitalisme, avec sa mystique de l'intérêt individuel, ses mécanismes d'individualisation des contrats de travail et son droit de propriété, a sans doute façonné ce processus individualiste, mais le socialisme ne l'a pas contrarié puisque, selon Marx lui-même, la société concrète à venir serait celle « où le libre épanouissement de chacun est la condition du libre épanouissement de tous ». Si donc le processus social et historique est celui d'une société d'individus, la question politique est celle de l'organisation de cette fluidité sociale, de la mise en cohérence de cette fluidité pour qu'elle ne produise pas une

(17) Voir sa préface à l'ouvrage précité, *La démocratie continue*, Bruylant/LGDJ, 1995.

(18) Georges Vedel, « Le régime présidentiel ? la moutarde après dîner », *Le Monde* du 31 octobre 1997.

(19) Pascal Michon, *Les rythmes de la politique, Démocratie et capitalisme mondialisé*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2008.

société chaotique, de l'instrument permettant de construire du commun, de la généralité dans cette société fluide. Or, cette question est, aujourd'hui, sans réponse. Ou, plus exactement, les réponses d'autrefois ne « fonctionnent » plus : Dieu, la Nation, l'État, les classes sociales qui ont donné aux individus un sentiment d'appartenance commune – à la communauté chrétienne, à la communauté nationale, à la communauté socio-professionnelle – ne sont plus les opérateurs efficaces du sens commun des individus.

Dans cette configuration historique, la Constitution, telle qu'elle s'est renouvelée sous l'effet du contrôle de constitutionnalité, peut être cet instrument commun aux individus dans lequel ils puissent se reconnaître dans leur particularité, leur rythme propre mais aussi dans les valeurs partagées, ces valeurs constitutionnelles communes qu'Habermas appelle « patriotisme constitutionnel ». Si les individus sont devenus fluides, la Constitution est ce texte qui les empêche de flotter en leur donnant un point fixe où toutes leurs activités peuvent être articulées. Car c'est par elles que les expériences de vie trouvent leur forme et leur figure commune. L'homme est pluriel ; il est consommateur, parent d'élève, automobiliste, piéton, mari, père, musicien... Sans les valeurs constitutionnelles, chacune de ces expériences de vie se déroule de manière autonome, compartimentée et « primaire » ; avec les valeurs constitutionnelles, ces expériences sont reliées par la figure du citoyen. Ce qui se traduit dans les expressions « avoir un comportement citoyen » dans sa manière de consommer, de conduire, de travailler... Autrement dit, la figure du citoyen que construisent les valeurs constitutionnelles diffuse la souveraineté démocratique dans les toutes les activités sociales et pas seulement dans l'activité d'électeur.

L'homme n'est homme que par la conscience, conscience de lui-même et de lui-même parmi les autres. « Je est un autre » écrivait Rimbaud. Toutes les tragédies du XX^e siècle ont pour cause l'oubli ou l'ignorance ou la destruction de la conscience de soi quand les hommes abdiquent ou sont contraints d'abdiquer leur moi dans un grand tout : le parti, l'État, la religion, la race... Et ce qui fait la conscience humaine, c'est le sens critique, la tension permanente entre certitude et doute, c'est le fameux « Que sais-je ? » de Montaigne, l'interrogation continue sur les savoirs.

Les valeurs constitutionnelles expriment cette tension constitutive de la conscience humaine puisqu'elles sont des promesses que la misère de monde interroge sans cesse. L'égalité entre les hommes et les femmes, la liberté individuelle, la fraternité sont, entre autres, des valeurs constitutionnelles que l'exclusion, les injustices, l'arbitraire démentent quotidiennement. De cet écart entre les promesses constitutionnelles et la misère du monde naît la possibilité d'une critique de la positivité sociale, critique à l'autorité renforcée par le fait de pouvoir s'enraciner non dans un ailleurs idéologique mais directement dans les valeurs énoncées dans la Constitution. Ainsi, les valeurs constitutionnelles permettent aux hommes de prendre conscience de leur statut de citoyen, c'est-à-dire, de sujets de droit autonomes, capables de

s'autodéterminer, de maîtriser leur histoire, de la réfléchir, de la discuter et de la penser.

*
**

Le droit constitutionnel était le droit de l'État, il est devenu aussi le droit de la société ; le droit constitutionnel était replié sur lui, il s'est ouvert non seulement aux autres branches du droit mais à la philosophie, à l'histoire, à la linguistique ; le droit constitutionnel était silencieux ou indifférent à la question démocratique, il se place aujourd'hui au cœur de la réflexion sur la démocratie. L'introduction du contrôle de constitutionnalité a donc bien contribué à l'émergence d'un « nouveau » droit constitutionnel. Ou plus exactement, il a contribué à faire devenir le droit constitutionnel ce qu'il est, c'est-à-dire, un droit qui est et reste « fait » de trois composantes : l'institutionnel, la garantie des droits et l'utopie. Le premier terme rassemble les formes historiques d'organisation du Politique, le deuxième les modes d'affirmation, d'expression et de protection des droits fondamentaux, le troisième les imaginaires des sociétés humaines. Le droit constitutionnel se perd quand il est emporté tout entier dans le premier, le deuxième ou le troisième terme ; il se trouve, rayonne et devient une force vivante quand ses trois composantes s'équilibrent. Et l'équilibre est la manifestation du Droit, sa mesure.

Dominique ROUSSEAU

*Professeur à l'École de droit
de la Sorbonne, Université Paris I*