

**JUSTICE CONSTITUTIONNELLE  
ET "DEMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE"**  
*Critique du discours constitutionnaliste européen*

PAR

Bastien FRANÇOIS

*Centre de recherches politiques de la Sorbonne  
Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)*

La question des rapports entre constitutionnalisme et démocratie est sans doute l'une de celles qui vient le mieux souligner l'emprise conceptuelle des schèmes de pensée juristes sur l'analyse de la mise en forme juridique et des domaines de la pratique politique intéressés par cette mise en forme<sup>1</sup>. Les différents "effets de théorie" qui structurent notre vision ordinaire de la compétition politique constituent de ce fait un véritable obstacle épistémologique, ne serait-ce que dans la mesure où ils nous invitent, en l'espèce, à nous contenter - dans la quasi-évidence de ce point de vue hautement neutralisant qu'est le positivisme juridique -, de "préciser quelle conception de la démocratie s'avère compatible avec l'existence d'un juge constitutionnel"<sup>2</sup>. Il n'est alors possible d'éviter cet obstacle qu'à la condition de s'affranchir du langage naturel (comme la notion de "souveraineté") ou naturellement polémique (comme la question du "gouvernement des juges") par lequel nous croyons souvent décrire la réalité politique alors que nous participons à une lutte pour l'imposition d'une certaine vision du monde social conforme à nos croyances. Interroger les rapports entre constitutionnalisme et démocratie c'est dans ces conditions, et même si ces rapports ne sauraient sans doute s'y réduire,

---

1. Voir par exemple le dossier "Le droit contre la politique" publié dans *Le Débat*, n°64, 1991, avec des contributions de M. Guénaire, L. Favoreu, S. Rials, D. Rousseau et M. Troper.

2. Troper (M.), "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990.

inscrire le questionnement au cœur d'un enjeu dont on mesure aisément l'importance, celui de la bonne *forme* de la représentation politique que cherchent à promouvoir les différents acteurs intéressés à sa définition. Comme l'indiquent de nombreux travaux de sociologie politique, si l'on s'accorde à penser la question de la représentation comme un mécanisme de dépossession qui autorise certains à parler au nom des autres et, dans le même temps, le système des raisons qui vient justifier cette délégation<sup>3</sup>, on peut envisager la relation du constitutionnalisme et de la démocratie comme le rapport, d'une part, entre des techniques, des techniciens et des discours sur la technique de mise en forme (ou d'organisation) de la dévolution et de l'exercice du pouvoir au nom des autres, et d'autre part les mécanismes de légitimation de la délégation politique. Dès lors, traiter des relations entre constitutionnalisme et démocratie c'est, en toute rigueur, rendre compte - dans ses variantes et ses variations - de la division sociale, jamais achevée, du travail politique qui aboutit à faire admettre comme acceptable, parce que nécessaire, la dépossession qui est à son fondement, et analyser dans ce contexte la contribution qu'ont pu y apporter, et qu'y apportent aujourd'hui, ces techniciens de la bonne forme politique que sont les spécialistes de droit constitutionnel. C'est, autrement dit, s'attacher à mettre au jour certains éléments - ceux liés à la mise en forme constitutionnelle de l'ordre politique - de l'économie de la légitimation de la dépossession qui est au principe de toute représentation politique.

On conviendra cependant que, sauf à se condamner à n'énoncer que quelques banalités, une telle entreprise s'avère un peu vaine dans les limites d'un chapitre de cet ouvrage ; on se contentera donc dans ce texte de remarques très générales sur la justice constitutionnelle et le discours qui, aujourd'hui, tend à s'y articuler : la "démocratie constitutionnelle". La dimension "réduite" de notre propos n'est pas sans effets sur son intelligibilité : elle contribue à accentuer à la fois sa "brutalité" critique et son caractère de prise de position engageant un point de vue normatif. Aussi est-il sans doute nécessaire de préciser d'entrée que c'est très intentionnellement que le point de vue que l'on engage ici est *politique* dans le sens où il repose sur une critique, sociologiquement informée, de cette forme de dépossession redoutable que recouvre l'idée de "démocratie constitutionnelle" en ce qu'elle n'est de nos jours que le masque que cherche à prendre le magistère des savants sur la politique. Il ne s'agit pas cependant d'une critique des juristes ou du droit, c'est-à-dire d'une dénonciation des personnes qui peuvent se retrouver sous ce label ou de la discipline qui les rassemble, mais d'une critique de cette forme d'"hypocrisie collective" qu'est la "démocratie constitutionnelle", dont les juristes, en tant que corps, sont sans doute les meilleurs gardiens<sup>4</sup>.

3. Cf. notamment Bourdieu (P.), "La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°36-37, 1981, et Lacroix (B.), "Conclusion", in d'Arcy (F.), dir., *La représentation*, Paris, Economica, 1985.

4. Cf. Bourdieu (P.), "Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective", in Chazel (F.), Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.

### *Les transformations contemporaines du droit constitutionnel*

Les transformations, depuis une vingtaine d'années, de ce corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions qu'est le droit constitutionnel doivent être comprises comme résultant à la fois d'un investissement dans la juridicité réalisé par des néo-constitutionnalistes positivistes et d'un élargissement de son domaine de validité à d'autres acteurs que ceux qui sont directement intéressés à la définition et au fonctionnement des institutions politiques<sup>5</sup>. L'investissement dans la juridicité peut s'analyser comme une conformation à un modèle de juridicité partagé dans le champ du droit. C'est ainsi que le droit constitutionnel s'est métamorphosé, à partir des années soixante-dix, en droit de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pouvait alors être mise en avant et revendiquée, pour la compréhension des phénomènes institutionnels, la nécessité d'un savoir spécifique, proprement juridique, et de ce fait inaccessible aux différentes catégories de profanes qui, de façon inégale, pouvaient jusqu'alors espérer dire leur mot. Le travail d'élargissement de la validité du droit constitutionnel que vont chercher à réaliser les néo-constitutionnalistes positivistes est lié au fait que la définition contentualiste du droit constitutionnel reste très insuffisante pour établir véritablement sa prétention à l'autonomie, mais aussi pour être dans la position de prétendre définir des points de passage obligés de l'action des professionnels de la politique, de leur indiquer les déplacements et détours à consentir afin d'atteindre leurs buts. Ce travail d'élargissement de la validité de ce corps de connaissance va alors passer par un élargissement de sa "clientèle" : dans un premier temps (à partir du milieu des années soixante-dix), le droit constitutionnel va se présenter comme régissant tout ce qui concerne les libertés publiques et les droits de l'homme ; dans un second temps (à partir de la fin des années quatre-vingt), il va prétendre pouvoir concerner *pratiquement* des individus ordinaires dans leurs rapports ordinaires au droit : d'une part, le respect des principes constitutionnels dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne s'impose plus seulement aux pouvoirs publics dans leur activité de production de normes, mais également aux rapports entre les personnes ordinaires et les pouvoirs publics ; d'autre part (mais cette analyse reste encore marginale dans la doctrine), le respect des principes constitutionnels dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne s'impose plus seulement aux rapports entre les *personnes ordinaires* et les pouvoirs publics mais s'impose également dans les *rapports privés* que peuvent entretenir ces personnes<sup>6</sup>.

Cet *aggiornamento* du droit constitutionnel, qui devrait en toute rigueur être rapporté pour être compris à des transformations contemporaines de la compétition politique mais aussi d'un certains nombre de discours sur la

5. On renvoie ici à notre thèse de doctorat en science politique : *La Cinquième République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, Université Paris I, 1992, vol. II.

6. Cf. François (B.), "La Constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique", in Poirmeur (Y.) et alii, *La doctrine en droit*, Paris, PUF, 1992 (à paraître).

politique<sup>7</sup>, n'est pas sans effets s'agissant de l'autorité de la parole en droit dans la compétition politique. L'émergence d'un discours sur la protection constitutionnelle des libertés, liée à cette définition contentualiste aujourd'hui dominante, tend ainsi à modifier les modes de légitimation de la parole des constitutionnalistes sur la politique. Parler de l'activité politique au nom des formes que doivent prendre certains aspects relativement mineurs ou ésotériques de l'activité politique, en prétendant dicter leur conduite à des professionnels de la politique réticents à se laisser déposséder de ce qu'ils estiment être leur domaine d'action légitime, est en effet tout autre chose que de parler de l'activité politique au nom du peuple, des justiciables ordinaires ou, mieux, des droits de l'homme, dans ce que cette dernière expression indique de l'existence d'une communauté universelle des humains. Et il faut se garder de voir là une évolution anodine du discours juridique, une simple innovation du vocabulaire ou la marque d'une certaine "esthétique" juridiste (ce qu'elle est aussi...) de mise en forme des pratiques. L'invocation des libertés publiques ou des droits de l'homme n'est pas simplement une entreprise d'anoblissement à la fois morale et intellectuelle, qui permet de parler de (plus) haut et de naturaliser plus complètement une parole d'autorité. Ce discours sur les libertés permet d'élargir l'horizon théorique du droit constitutionnel - celui-ci prétend dorénavant concerner des individus *ordinaires* et non plus seulement les professionnels de la politique - mais aussi de produire un discours nouveau sur la notion même de constitution<sup>8</sup>.

---

7. Il faudrait, par exemple, tenir compte ici de l'ensemble des transactions collusives "indirectes" entre les champs politique, intellectuel, journalistique et juridique, qui sont au principe de la possibilité d'un discours inédit (au moins sous cette forme) sur les rapports entre la Constitution et les libertés publiques ou les droits de l'homme, en mesurant par exemple l'impact de la mise sur l'agenda "institutionnel" de la question des libertés par les partis de gauche ou encore de l'émergence, sans doute plus importante pour ce qui nous occupe, dans l'après-68, d'un discours philosophique principalement orienté vers la mise au jour d'une articulation entre les droits de l'homme et l'Etat de droit ; en mesurant aussi, et on voit ici combien la tâche est difficile, l'impact de la nouvelle dimension prise par la question des droits de l'homme dans les discours sur le totalitarisme et dans les différentes luttes contre celui-ci en Europe de l'Est, en particulier avec et après la conférence d'Helsinki (1973-1975).

8. *"Il faut changer de position, de point de vue - explique ainsi un constitutionnaliste - ; partir du citoyen et non des pouvoirs publics, de la société civile et non de l'Etat ; poursuivre la recherche de la garantie des droits, non par une réflexion sur la meilleure organisation des pouvoirs, mais par l'élaboration d'une charte des libertés dont les citoyens pourront imposer le respect aux gouvernants. Entendue en ce sens, la Constitution n'est plus comme autrefois, la définition des rapports entre les institutions, la séparations des pouvoirs ; la Constitution, c'est désormais la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat, la charte des droits et des libertés dont la garantie est assurée par la mise en place d'un mécanisme de sanction des organes d'Etat."* Mais pour cela, il faut qu'advienne un espace de justiciabilité élargi, et d'abord *"une différenciation entre gouvernés et gouvernants, en constituant les droits des premiers en corps séparés des droits des seconds"*. C'est alors que *"la Constitution-charte des droits [devient] bien cet acte qui s'intéresse moins à l'organisation de l'Etat qu'aux relations entre les citoyens et l'Etat, en posant le principe de leur différenciation, et surtout en donnant à chacune des parties, les institutions propres à faire vivre cette différence : à l'Etat, à la société politique, les organes parlementaires et gouvernementaux ; aux citoyens, à la société civile, le Conseil constitutionnel. [...] D'un point de vue juridique, la relation constitutionnelle qui se donne à voir est celle d'un Conseil imposant le respect des droits des gouvernés aux*

Le fait que le droit constitutionnel se saisisse du droit dans son ensemble (ou, du moins, y prétende) n'est également pas sans conséquences : l'articulation inédite du droit constitutionnel et des autres branches du droit permet de bénéficier des ressources de légitimité traditionnelles de la parole en droit ou de la raison juridique. Par delà le point d'honneur néo-constitutionnaliste de défense des libertés et des droits de l'homme, c'est dorénavant un discours très général sur l'ordre juridique, garant de l'intérêt général, sur sa cohérence et sa prévisibilité, ou encore sur la défense du citoyen contre l'arbitraire, qu'il est possible de tenir à *partir* du droit constitutionnel. Ce faisant, il tend à n'être plus ce droit constitutionnel lié au bon vouloir des acteurs politiques à travers la saisine du Conseil constitutionnel et ne concernant qu'eux. Lorsqu'on parle de droit constitutionnel il ne s'agit plus désormais (et seulement) de quelque savoir ésotérique réservé à des initiés s'adressant à des initiés, il s'agit du droit administratif (et des fonctionnaires), du droit du travail (et des travailleurs), du droit pénal (et des criminels et leurs victimes), du droit fiscal (et des contribuables), etc. Voilà que partis de la tâche certes importante mais limitée et très largement abstraite de "régulation de l'activité normative des pouvoirs publics", les néo-constitutionnalistes positivistes cherchent à se faire les porte-parole de l'ordre juridique dans son entier et de tout ceux qui y sont assujettis, c'est-à-dire nous tous.

### *De "l'Etat de droit" à la "démocratie constitutionnelle"*

Avec les transformations du droit constitutionnel que l'on vient de présenter succinctement, c'est une possibilité renouvelée de parler de l'"Etat de droit" qui s'ouvre ; *"l'Etat de droit est désormais complet en France"*<sup>9</sup> ne manquent pas de souligner depuis une dizaine d'années les publicistes, mais aussi nombre d'hommes politiques ou différents commentateurs, journalistes et intellectuels. Le thème de l'"Etat de droit" fait ainsi un retour en force dans les débats juridiques bien sûr, mais aussi philosophiques et politiques<sup>10</sup>, tandis que certains théoriciens du droit, face à cette unanimité "forcément suspecte", critiquent les "ambiguïtés" de la notion et les "confusions" qui sont au principe de son utilisation<sup>11</sup>.

---

*organes de la société politique. Et par ce travail, le Conseil établit du même coup, les bases sociales et philosophiques de la communauté nationale*" (Rousseau (D.), "Une résurrection : la notion de Constitution", *Revue du droit public*, n°1, 1990).

9. Favoreu (L.), "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs*, n°13, 1980.

10. Voir notamment, dans des registres parfois très différents, Barret-Kriegel (B.), *L'Etat et les esclaves. Réflexions pour l'histoire des Etats*, Paris, Payot, 1989 (2<sup>ème</sup> éd. augmentée) ; Chevallier (J.), "L'Etat de droit", *Revue du droit public*, n°2, 1988 ; Cohen-Tanugi (L.), *Le droit sans l'Etat*, Paris, PUF, 1985 ; Colas (D.), dir., *L'Etat de droit. Travaux sur la modernisation de l'Etat*, Paris, PUF, 1987 ; Emeri (C.), "L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens", *Revue française de droit constitutionnel*, n°9, 1992 ; Hamon (L.), "L'Etat de droit et son essence", *Revue française de droit constitutionnel*, n°4, 1990.

11. Voir, pour un exemple récent, Troper (M.), "Le concept d'Etat de droit", *Droits*, n°15, 1992.

Il n'est pas sans importance, au moins pour se déprendre de l'idée de "progrès" qui marque ce discours, de remarquer que l'émergence d'un discours sur l'"Etat de droit" dans la doctrine publiciste à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle repose sur des investissements assez proches de ceux que l'on vient d'évoquer s'agissant du droit constitutionnel : "Autonome, abstrait, logique, le monde du droit réussit ce tour de force, si l'on en croit les auteurs, d'être aussi, grâce au juge, plus empirique et proche des réalités que ne sont les politiciens dogmatiques"<sup>12</sup>. On assiste alors à la revendication par les publicistes-administrativistes d'une compétence proprement juridique, articulée à un modèle de juridicité jurisprudentielle qui commence à s'affirmer ; cette revendication se conjugue à un contrôle progressivement élargi de l'action de l'administration (mais pas du législateur) à travers des techniques contentieuses nouvelles ou transformées (le recours pour excès de pouvoir, le recours en plein contentieux) et s'accompagne d'une conception extensive des missions dévolues à l'exécutif - développant du même coup l'horizon pratique du droit administratif. C'est cette double dimension qui permet de transformer le citoyen, catégorie politique, en administré, catégorie juridique, et de donner par là une réalité à la notion d'"Etat de droit"<sup>13</sup>. A cela il faut ajouter que cette revendication de juridiction s'appuie également sur un rejet du politique, c'est-à-dire, dans les termes de l'époque, une critique de l'omnipotence parlementaire, mais aussi une dénonciation plus ou moins feutrée du suffrage universel, de la "tyrannie de la majorité" ; dénonciation teintée de mépris social à l'égard d'un personnel politique républicain en voie de professionnalisation et censé ne pas disposer des compétences (sociales) requises pour assurer sa fonction de représentant. Mais cette opposition du juridique et du politique - prenant notamment la forme d'une dissociation entre "droit" et "fait" dans un modèle de juridicité jurisprudentielle - qui se met progressivement en place dans le droit public<sup>14</sup>, va buter sur un point aussi ambigu que dangereux parce

12. Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1991, p. 304.

13. *Ibid.*, p. 186-257.

14. Et qui ne concerne pas uniquement le droit administratif mais également, dans une moindre mesure toutefois, la mise en place d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions. Comme le montre W. Pelletier, dans son étude de la "crise" du 16 mai 1877, la mise en forme savante par le droit constitutionnel naissant, à l'extrême fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du suivant, du résultat pratique et des pratiques engagées par les acteurs lors de cette "crise" n'est pas en effet que la simple répétition des catégories de pensée dans lesquelles celle-ci a pu être pensée, combattue ou légitimée. Elle repose aussi sur la dissociation du "droit" et du "fait", sur "la dissociation entre le "principe" d'une très large compétence présidentielle, et la "réalité" de son extrême restriction" ("La construction d'une crise présidentielle : le 16 mai 1877", communication au Congrès de l'AFSP, Bordeaux, octobre 1988). Distinction qui prend tout son sens au regard de la transformation de la position occupée par les constitutionnalistes dans l'institution universitaire, avec l'émergence d'un enseignement autonomisé de droit constitutionnel autour des années 1880 qui conduit à une double différenciation : au regard des autres disciplines juridiques et au regard des travaux qui faisaient jusqu'alors office de "droit constitutionnel" et qui n'étaient, note justement W. Pelletier, que de "purs instruments à usage pratique" (*id.*, p. 37). "Mais plus globalement encore, en dissociant droit et fait, en s'auto-proclamant seuls gardiens et garants autorisés de la vérité constitutionnelle, les constitutionnalistes du début du siècle se construisent une légitimité spécifique,

qu'étant à la charnière de ces deux "univers" : le contrôle de constitutionnalité. Le risque est en effet, pour les publicistes, de mettre directement en cause leur autonomie par rapport au champ du pouvoir politique. Comme l'écrit Marie-Joëlle Redor, "si les publicistes souhaitent éviter la confrontation du juridique et du politique, c'est à la fois pour préserver une certaine cohérence de l'ordre juridique, son auto-suffisance en quelque sorte, et pour garder à leur spécialité l'autorité de la compétence technique"<sup>15</sup>. Aussi, ce montage inédit d'un discours juridique autonome qui prend la dénomination d'"Etat de droit" restera inachevé sur ce point - ce qui explique, pour une grande part, la multiplicité des constructions doctrinales contradictoires du contrôle de constitutionnalité à la fin du XIX<sup>ème</sup> et au début du XX<sup>ème</sup> siècles -, mais aussi sur d'autres comme le contrôle de l'éligibilité des membres des assemblées parlementaires ou encore de certains actes "discrétionnaires" de l'exécutif. "Les publicistes qui se sont pris à rêver [...] d'une démocratie juridique, ou plus exactement, d'un gouvernement des docteurs de la loi", vont ainsi réfréner leur "mission civilisatrice" aux abords les plus immédiats du politique : le contrôle de la production normative (législative) par les représentants *politiques* du peuple<sup>16</sup>.

Or si la fin des années soixante-dix voit un renouveau du discours de l'"Etat de droit", la fin des années quatre-vingt voit (ré)apparaître une autre notion, directement liée à l'"Etat de droit" et au contrôle de constitutionnalité : la "démocratie constitutionnelle". Le propos n'est pas nouveau. Carl Friedrich en proposait déjà la théorie dans les années cinquante<sup>17</sup>. Mais le

---

*autonome vis-à-vis des entrepreneurs politiques. Ils s'attribuent d'autre part un pouvoir d'expertise auquel le praticien de la politique peut parfois avoir besoin de recourir dans certaines conjonctures. Ils aménagent en réalité les conditions d'une accélération de leur autonomisation comme corps de savants particulier, ainsi que les conditions de l'expansion de leur discipline" (ibid.).* Cette différenciation du droit et du fait - qui tout en étant fondatrice de la possibilité même de parler en droit ne peut que constater un "écart" - n'aura plus lieu d'être lorsque, dans les années 1920-30, "le développement progressif d'un corps de spécialistes de l'enseignement constitutionnel autorise [...] l'émergence d'une catégorie de savants suffisamment affranchis de toute demande externe pour pouvoir se représenter la règle de droit comme indépendante de sa valeur d'usage dans une situation concrète" (*id.*, p. 42). C'est alors que la "crise" du 16 mai peut ne plus être le moment qui sanctionne une pratique particulière du régime mais le moment qui sanctionne, dans l'échec de la tentative de Mac Mahon, la bonne pratique du régime, celle qui découle des lois constitutionnelles de 1875 et s'imposait en droit. Ce long travail de réécriture de l'histoire du 16 mai tient simultanément à la posture "constitutionnaliste" du début du siècle, nécessitant une double autonomisation à l'intérieur du champ universitaire comme au regard des professionnels de la politique, et à la division du travail au sein de l'Université qui tend à favoriser des entreprises de démarcation et les postures maximalistes (le "juridisme absolu" d'un Carré de Malberg notamment), mais aussi à la routinisation des configurations politiques "issues" de la crise. On aura une idée de la transformation qui s'opère alors dans les registres d'intelligibilité du politique en comparant ce travail de mise en forme avec l'étonnement teinté d'ironie des parlementaires de la Seconde République, que rapporte Marx dans *Le dix-huit brumaire de Louis Bonaparte*, devant les argumentaires politiques s'appuyant sur des justifications constitutionnelles.

15. Redor (M.-J.), *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, op. cit., p. 174.

16. *Ibid.*, p. 278, et plus largement p. 259 sq.

17. Friedrich (C. J.), *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958.

substantif d'hier ne recouvre pas la substance d'aujourd'hui. Il s'agissait simplement hier de la mise en forme, de la réglementation des activités politiques ; et encore ne visait-on que certains aspects de ces activités. Il s'agit aujourd'hui de consacrer un transfert de la représentation légitime des citoyens et du langage dans laquelle elle s'exprime. Car à la différence de la construction administrativiste de l'"Etat de droit", la construction constitutionnaliste touche directement au modèle classique de la démocratie représentative, ou plus exactement ne le met pas entre parenthèses. La constitution de la Cinquième République avait certes déjà largement remis en cause la souveraineté parlementaire en limitant, en particulier, le domaine de la loi, mais aussi en soumettant à un contrôle juridique des questions jugées auparavant comme relevant (presque) uniquement d'une appréciation politique, comme la régularité des élections. Mais, dans la version promue aujourd'hui par les néo-constitutionnalistes positivistes, ou du moins certains d'entre-eux, l'"Etat de droit" n'est plus seulement un principe juridique sans véritables conséquences pratiques quant à la définition et la légitimité de la représentation politique ; à travers la nouvelle place accordée au contrôle de la constitutionnalité des lois, il tend à devenir une "République du droit"<sup>18</sup>, principe politique qui prétend définir la nature du système politique, et par là les formes et la légitimité de la représentation politique.

### *Au nom du Peuple*

Ce discours renouvelé sur la "démocratie constitutionnelle" recouvre des registres argumentatifs très différents qu'on ne cherchera pas à décrire ici<sup>19</sup>. Il n'est pas inutile, en revanche, de présenter l'économie d'une analyse proposée récemment par Dominique Rousseau<sup>20</sup> qui, si elle tranche par son radicalisme, présente un double mérite pour ce qui nous occupe : d'une part de ne pas se limiter au contrôle de constitutionnalité, mais de s'inscrire dans une entreprise plus vaste de redéfinition de la légitimité politique ; d'autre part de faire apparaître, ce faisant, combien le discours sur la "démocratie constitutionnelle" peut non seulement s'articuler aux transformations du droit constitutionnel dont on a fait état, mais également (et c'est sans doute plus important) à des transformations plus générales des caractéristiques contemporaines de la

18. Selon une expression d'O. Duhamel lors d'une audition au Parlement (in M. Sapin, *Rapport fait au nom de la commission des lois*, Assemblée nationale, n°1288, seconde session ordinaire de 1989-1990, p. 42).

19. Voir, par exemple, Cohen-Tanugi (L.), *La métamorphose de la démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1989 ; Troper (M.), "Justice constitutionnelle et démocratie", *art. cité* ; Rousseau (D.), "La Constitution ou la politique autrement", *Le Débat*, n°64, 1991, et surtout "De la démocratie représentative à la "démocratie continue"", communication au colloque *A la recherche de la démocratie continue*, CERCOP, Montpellier, 2-3 avril 1992.

20. On utilisera principalement pour ce faire la communication précitée au colloque sur la "démocratie continue" (le caractère oral de cette communication interdit que l'on reproduise entre guillemets les propos de l'auteur, mais on a respecté au plus près son vocabulaire, y compris dans l'utilisation qu'il fait d'un lexique inhabituel de la part d'un juriste) ; on précisera cette analyse en renvoyant à d'autres travaux de l'auteur.



compétition politique, et en particulier de la légitimation de l'action politique. Dominique Rousseau part du constat, fortement inspiré par des résultats de la sociologie politique<sup>21</sup>, selon lequel la mise en forme constitutionnelle des relations politiques contribue puissamment à la mise en place et à la pérennité d'une dépossession qui est au principe de toute représentation politique. Le principal mérite du contrôle de constitutionnalité - qui ne serait d'ailleurs véritablement assuré qu'en cas d'élargissement de la saisine à des non-professionnels de la politique - est alors selon l'auteur d'inverser cette tendance. Par sa jurisprudence le Conseil constitutionnel opère en effet une différenciation entre gouvernés et gouvernants en constituant les droits des premiers en corps séparé des droits des seconds<sup>22</sup>. Il se donne ainsi les moyens d'imposer le respect des droits des gouvernés aux organes de la société politique et, du même coup, établit les bases sociales et philosophiques de la communauté nationale<sup>23</sup>. En écartant les explications positivistes et jus-naturalistes de la légitimité du contrôle de constitutionnalité en raison des définitions normativistes ou essentialistes de la démocratie qu'elle présupposent - explications qu'il juge par ailleurs naïves dans leur méconnaissance du rôle politique joué par le Conseil -, Dominique Rousseau fait du Conseil constitutionnel le promoteur d'un nouvel ordre démocratique où le Conseil, acteur d'un régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale, devient le véritable garant d'une souveraineté populaire dévoyée par la trahison originelle du système représentatif. Il fait du Conseil constitutionnel, en quelque sorte, un représentant à l'égal des représentants politiques élus<sup>24</sup>.

Pour l'auteur, cette transformation s'inscrit dans le nouveau cadre de ce qu'il nomme la "démocratie continue". Celle-ci est caractérisée, d'une part, par de nouvelles formes de division du travail politique et de représentation de l'opinion et, d'autre part, par un nouveau régime de fabrication de la volonté générale. Concernant le premier point, la "démocratie continue" présente trois caractéristiques : c'est tout d'abord, la multiplication des formes de saisie de l'opinion qui met fin au monopole de la classe politique : les sondages - le scrutin politique n'étant plus qu'une simple confirmation de la prophétie sondagière -, les médias, et le juge constitutionnel que la logique de son travail conduit nécessairement à ce rôle de porte-parole. C'est ensuite la dissociation entre la volonté des représentants élus et la volonté de l'opinion. A cet égard, la "démocratie continue" se présente comme un nouvel espace de concurrence pour parler de l'opinion et en son nom. C'est enfin la mise en place d'un droit

21. En particulier, Lacroix (B.), "Les fonctions symboliques des constitutions : bilan et perspectives", in Seurin (J.-L.), dir., *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984.

22. Ce point est important car, comme le souligne justement M. Miaille, la séparation Etat/société civile est à la fois un préalable et une condition majeure pour que l'on puisse parler d'"Etat de droit" ("Le retour de l'Etat de droit. Le débat en France", in Colas (D.), dir., *L'Etat de droit*, op. cit., p. 239 sq.).

23. Ces points sont développés plus précisément dans Rousseau (D.), "Une résurrection : la notion de Constitution", art. cité, et "La Constitution ou la politique autrement", art. cité.

24. Ces points sont développés plus précisément dans Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1990.

de regard des individus sur leurs représentants élus, qui réduit leurs marges de manœuvre, et permet de combler le fossé entre les profanes et les professionnels de la politique, ces derniers étant principalement animés par des intérêts de corps. A cet égard la "démocratie continue" équivaut à un contrôle continu de l'action des gouvernants en dehors des moments électoraux. Ce que Dominique Rousseau nomme le nouveau régime de fabrication de la volonté générale présente également trois caractéristiques : c'est tout d'abord la multiplication des entrepreneurs législatifs (comités de sages, médiateurs, juge constitutionnel, etc.) ; c'est ensuite la transformation même de la notion de volonté générale, qui devient un simple accord de la majorité qui intègre les opinions minoritaires ; c'est enfin la transformation du sens même de la loi dans le dispositif de formation des normes.

En ramenant la prétention à la généralité des discours politiques à la particularité des positions ou des intérêts de leurs auteurs, et en réduisant la "souveraineté nationale" au jeu de majorités fluctuantes au gré d'intérêts politiques, la revendication de juridiction des néo-constitutionnalistes positivistes conduit, comme on le voit, à modifier le système des raisons qui équipe la légitimité de la démocratie représentative. En effet, si cette revendication ne saurait être comprise indépendamment d'intérêts proprement juridiques, c'est-à-dire propres à l'univers relativement autonome de la production du droit, elle tend dans le même temps à promouvoir un transfert de la représentation légitime des citoyens et du langage dans laquelle elle s'exprime. Or ce discours de la "démocratie constitutionnelle" - sans doute à l'encontre même des intentions de leurs auteurs -, n'est qu'une forme de dépossession, accentuant qui plus est celle que la sociologie politique a pu mettre au jour dans les mécanismes de la démocratie représentative classique ; et ce en raison du surplus d'objectivité et d'auto-légitimation par l'universalisation que procure tout discours "en droit" dès lors qu'il réussit à se confondre avec l'horizon pratique des acteurs sociaux tout en étant réservé à certains. Car cette revendication de juridiction, et le modèle de démocratie qu'elle propose plus ou moins subrepticement, ne fait pas qu'opérer un déplacement des acteurs socialement habilités à définir et à révéler l'ordre légitime des relations politiques ; elle contribue au montage d'un *nouveau Léviathan* - le Léviathan décrit par Hobbes est en fait une montée en généralité en actes, c'est-à-dire un principe d'universalisation reposant sur l'agrégation et l'enrôlement d'individus et d'institutions<sup>25</sup> - qui repose sur l'alliance (ou l'addition) inédite de plusieurs principes de mise en scène du groupe social : la justice (constitutionnelle), les droits de l'homme et l'opinion publique. Plus encore, elle n'est possible, comme l'a montré Georges Vedel, qu'à la condition d'échapper à une positivité toujours contingente en invoquant ce nouvel avatar du jus naturalisme qu'est ce "droit constitutionnel en développement"- développement ne

25. Voir l'analyse, sur ce point très suggestive, de Callon (M.), Latour (B.), "Unscrewing the big Leviathan : how actors macro-structure reality and how sociologists help them to do so", in Cicourel (A. V.), Knorr-Cetina (K. D.), dir., *Advances in social theory and methodology. Toward an integration of micro- and macro-sociology*, Boston, Routledge and Kegan Paul, 1981.

pouvant résulter que d'une "révélation"<sup>26</sup>. Ainsi le Conseil constitutionnel devient le gardien d'un droit immanent à la société, qui lui est transcendant ; prétendant parler directement au peuple au nom du peuple, et par là s'appropriant sa force symbolique, il devient le révélateur d'un texte jusqu'alors caché, dont lui seul est habilité à définir les principes de lecture. Y aurait-il alors des risques que cette jurisprudence ne soit pas accordée aux transformations d'une société dont elle entend faire rendre justice, en particulier, aux professionnels de la politique ? Nulle crainte ici, affirmant les nouveaux thuriféraires de la "démocratie constitutionnelle" : c'est aux spécialistes du droit constitutionnel, et aux plus savants d'entre-eux - la "doctrine" - que revient la tâche de contrôler la cohérence et la justesse de cette parole révélée<sup>27</sup>. Dès lors, dans ce schéma, l'équivalent du contrôle des citoyens sur leurs représentants à chaque échéance électorale est assuré ici par les spécialistes de droit constitutionnel dans leur critique de la jurisprudence.

### *L'urgence d'un débat*

En fait de progrès de la démocratie, il est fort à craindre qu'il ne s'agisse alors que des succès d'une église et de ses clercs. L'ennui, comme le disait Paul Thibaud, ancien directeur de la revue *Esprit*, à propos du Conseil constitutionnel, c'est qu'à confier la garde des valeurs démocratiques à un clergé, on les affaiblit<sup>28</sup>. Pour le dire plus brutalement, à "la dictature du suffrage universel" - expression entendue récemment lors d'un colloque de droit constitutionnel portant justement sur les droits de l'homme... - il est clairement proposé que se substitue le magistère des savants. Il est à redouter que la démocratie n'y gagne pas grand chose. Tout au contraire.

Mais le plus important est sans doute que, dans ce cadre, toute analyse de la justice constitutionnelle qui ne sacrifie ni à la révérence (forcément) respectueuse du profane ni au langage techniquement neutralisant du spécialiste, tend à devenir illégitime, voire "dangereuse", car elle tend à remettre en cause ce qui est le plus sacré, c'est-à-dire les principes mêmes qui construisent, au-delà de nos divergences d'acteurs sociaux, la communauté qui nous rassemble. Et pourtant, alors même que la discussion des questions constitutionnelles devient de plus en plus l'affaire de spécialistes, ce débat quasiment "interdit" - est-il encore aujourd'hui possible de dire que les progrès de l'"Etat de droit", pour parler comme certains, ne sont peut-être pas synonymes de démocratie mais ne sont qu'une forme sophistiquée, et supplémentaire, de dépossession des profanes de l'activité politique ? -, il faut s'efforcer d'empêcher qu'il n'ait pas lieu. Dans l'histoire contemporaine, l'émergence de la démocratie ne s'est pas faite sans

26. Vedel (G.), "Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme", *Pouvoirs*, n°45, 1988.

27. Voir notamment Rousseau (D.), "La Constitution ou la politique autrement", *art. cité*, p. 183, et Cohen-Tanugi (L.), "Qui a peur du Conseil constitutionnel ?", *Le débat*, n°43, 1987, p. 63.

28. Thibaud (P.), "Etat de droit ou démocratie sous tutelle", *Esprit*, n°10, 1986.

débats, parfois violents. Les principes de la représentation politique qui organisent nos sociétés sont le fruit de très longues luttes sociales dans lesquelles les spécialistes de la mise en forme constitutionnelle ont eu leur part. Or, il est à craindre que ce transfert de légitimité que certains appellent aujourd'hui de leurs vœux ne se fasse en catimini, sans véritable débat, si ce n'est cette pieuse hypocrisie qu'est la raison sondagière, qui fait parler le peuple, ainsi que l'écrivait récemment Patrick Champagne<sup>29</sup>, comme le ventriloque ses marionnettes.

L'urgence d'un débat sur cette question apparaît d'autant plus que ce discours sur la « démocratie constitutionnelle » n'est sans doute que l'un des aspects d'une transformation en cours des discours sur et depuis le droit, qui sont toujours des discours sur et depuis « la société ». On assiste en effet aujourd'hui à une recomposition sur une très grande échelle du champ de la production juridique, aussi bien au plan national, européen, et international, qui s'articule d'ailleurs parfois à la question de la justice constitutionnelle<sup>30</sup>. Pour s'en tenir à certains de ses aspects les plus éloignés du droit public, cette recomposition touche à des domaines aussi différents que la juridicisation des conflits disciplinaires dans l'entreprise<sup>31</sup>, l'expertise dans le droit des faillites<sup>32</sup>, la place de l'arbitrage dans le droit de la famille<sup>33</sup>, l'« entrepreneurisation » des professions d'huissier de justice et de notaire<sup>34</sup>, la transformation des modèles d'excellence dans le droit des affaires<sup>35</sup> ou encore l'aggiornamento des frontières au sein des professions juridiques et judiciaires<sup>36</sup>, etc. Elle a surtout pour caractéristique générale de transformer dans le même temps les discours de légitimité des juristes, s'agissant en particulier de leur place dans la définition des principes de vision et de division du monde social.

29. Champagne (P.), *Faire l'opinion. Le nouveau jeu politique*, Paris, Minuit, 1990.

30. Voir, de façon générale, l'ouvrage emblématique de Cohen-Tanugi (L.), *La métamorphose de la démocratie*, op. cit. ; on trouve par exemple dans la rubrique « Affaires » du journal *Le Monde* (30 mars 1990), cette analyse du directeur juridique du groupe Pêcheux : « Le droit jouera un rôle de plus en plus important non seulement dans la vie des affaires internationales, mais aussi dans la vie politique tout court. Il y a émergence d'un droit constitutionnel européen ! L'avenir, c'est moins d'Etat et plus de droit. Il faut savoir que le marché du droit explose. Mais qu'il est de plus en plus professionnel ».

31. Voir, par exemple, Dezalay (Y.), « Des affaires disciplinaires au droit disciplinaire : la juridictionnalisation des affaires disciplinaires comme enjeu social et professionnel », *Annales de Vaucresson*, n°23, 1985.

32. Voir, par exemple, Dezalay (Y.), « Le droit des faillites : du notable à l'expert. La restructuration du champ des professionnels de la restructuration des entreprises », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°76-77, 1989.

33. Voir, par exemple, Théry (I.), « Savoir ou savoir-faire : l'expertise dans les procédures d'attribution de l'autorité parentale post-divorce », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°76-77, 1989.

34. Voir, par exemple, Thuderoz (C.), « Notaires et huissiers de justice : du patrimoine à l'entreprise », *Revue française de sociologie*, 32 (2), 1991.

35. Voir, par exemple, Dezalay (Y.), « Juristes purs et marchands de droit. Division du travail de domination symbolique et aggiornamento dans le champ du droit », *Politix*, n°10-11, 1990.

36. Voir, par exemple, Maerker (D.), *La question de la légitimité d'un débat « technique » au Parlement. Le cas de l'examen à l'Assemblée nationale de la réforme des professions juridiques et judiciaires* (14-21 juin 1990), mémoire pour le DEA de science politique, Université Paris I, 1991.