



NOMOS
Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

LA CONSTITUTION A-T-ELLE UN AVENIR?*

Di Dominique Rousseau**

SOMMARIO: 1. LA CONSTITUTION, INSTRUMENT DE LA CONSTRUCTION DU CITOYEN – 2. LA CONSTITUTION, CODE D'ACCÈS À LA DÉMOCRATIE - 3. LA CONSTITUTION, EXPRESSION DU DROIT COMMUN DES PEUPLES

Le constitutionnalisme ne peut avoir un avenir que si la constitution a un avenir, que si elle n'est pas devenue obsolète, que si elle n'est pas une survivance des temps anciens.

Le propos ici soutenu est que, dans le contexte actuel, le constitutionnalisme qui vient est ou sera une réponse à la montée généralisée des populismes. Pour trois raisons : parce qu'il fera de la constitution l'instrument de construction des citoyens (1) ; parce qu'il fera de la constitution le code d'accès à la démocratie (2) ; et parce qu'il fera de la constitution, le droit commun des peuples (3).

1. La Constitution, instrument de la construction du citoyen.

A. La performativité civique de la constitution

Pour décaler la célèbre proposition de Simone de Beauvoir, « on ne naît pas citoyen, on le devient ». Et on le devient par le geste constituant. Dans la « réalité », les hommes sont pris dans leurs déterminations sociales – sexe, âge, profession, religion, revenus, ... - ils sont pris dans leur être social situé, ce qui fait nécessairement apparaître les différences entre les hommes, les inégalités de fait dans la répartition du capital économique, culturel, symbolique, ... Si les sociétés en restaient à ce moment-là, elles produiraient une représentation d'elles-mêmes où l'inégalité des conditions aurait la place centrale en ce qu'elle fonderait et le principe de regroupement des hommes et le fondement légitime des règles. Spontanément ou non, les hommes s'assembleraient en communautés dont le contours serait déterminé par leur situation sociale et qui, pour se protéger, pour se distinguer ou pour s'affirmer revendiqueraient l'énoncé de règles de droit spécifiques. Autrement dit, ce moment-là est celui du communautarisme où chaque groupe social défend son identité singulière parce que manque la scène où peut se penser l'égalité politique.

La constitution est, précisément, cette scène symbolique qui offre aux hommes la possibilité de « sortir » de leurs déterminations sociales, de ne plus se voir dans leurs

* Contributo pubblicato previa accettazione del Comitato scientifico del Convegno "Passato, presente, futuro del costituzionalismo e dell'Europa", che si terrà a Roma l'11-12 maggio 2018.

** Professeur à Paris 1 Panthéon Sorbonne. Directeur de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne

différences sociales mais de se représenter comme des êtres de droit égaux entre eux. Le moment « Constitution » est ainsi, dans la construction d'une société, le moment qui permet aux hommes de sortir du communautarisme « naturel » et de se percevoir dans une relation politique d'égalité. La force propre du droit, écrivait Pierre Bourdieu, est d'instituer, c'est-à-dire, de faire exister, de donner vie à ce qu'il nomme. Ainsi en est-il de la constitution qui nomme et en les nommant constitue – au sens premier du terme – le peuple. Là encore, le propos peut surprendre car il rompt avec le discours convenu. « Une constitution est le génie d'un peuple », « une constitution est l'acte par lequel un peuple exprime sa souveraineté », ces formules et quelques autres semblables offrent une représentation chronologique des rapports entre peuple et constitution : d'abord le peuple, ensuite la constitution. Ou encore, l'existence du peuple comme condition préalable de la constitution, comme cause de la constitution. Siéyès a consacré des pages célèbres de son « Qu'est-ce que le Tiers-Etat ? » à étudier « ce que l'on doit entendre par constitution politique d'une société et à remarquer ses justes rapports avec la nation elle-même ». Et, par de fortes sentences – « s'il lui (la nation) avait fallu attendre, pour devenir nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout » - il trace un enchaînement logique des choses où, « dans une première époque », la nation est, formée par le seul droit naturel, où, « dans une deuxième époque », la constitution naît de la volonté de la nation d'organiser « sa manière d'être », et où, « dans une troisième époque », les représentants exercent, par le vote des lois et dans le cadre de la constitution, la volonté de la Nation. « Si l'on sort de cette suite d'idées simples, écrit Siéyès, on ne peut tomber que d'absurdités en absurdités ».

Reconnaissant en Siéyès le père de la théorie du peuple sujet du pouvoir constituant, Carl Schmitt, dans son ouvrage « La théorie de la constitution », réactualise et renforce les idées de l'abbé en considérant que si le peuple est le sujet du pouvoir constituant et si la constitution est l'acte du peuple capable d'agir politiquement, « il faut que le peuple soit existant et présumé comme unité politique ». La notion de « peuple » n'est sans doute pas la même chez Siéyès et chez Schmitt ; elle est renvoyée à une origine et une homogénéité ethnique chez le second, au droit naturel chez le premier. Mais, les deux discours expriment cette même idée du peuple, quelle que soit son identité, au-dessus et avant la constitution. Il faut convenir que cette représentation savante des rapports entre peuple et constitution a l'immense mérite de « faire vrai » en faisant spontanément écho au langage ordinaire qui présente généralement le peuple comme l'auteur de la constitution. L'efficacité des deux discours, savant et ordinaire, produit ainsi une vérité d'évidence, de bon sens, une « illusion bien fondée » selon la formule de Durkheim, qui renforce le système et qu'il paraît évidemment absurde de discuter a déjà prévenu Siéyès.

Et pourtant, il n'est pas interdit de déconstruire cette représentation et de soutenir que le « génie de la constitution c'est le peuple » ou, plus exactement encore, que « le génie du processus constituant c'est le peuple ». Le peuple, en effet, n'est ni une donnée immédiate de la conscience, ni une donnée naturelle ; il n'est pas une réalité objective, présent à lui-même, capable de se comprendre comme tel. Le peuple est une création artificielle, très précisément il est créé par le droit et plus précisément encore par la constitution. Il faut relire Ciceron qui, dans La République, distingue et oppose la foule (*multitudo*), réunion sans forme d'individus, et le peuple (*populus*) qui, écrit-il, « ne se constitue que si sa cohésion est maintenue par un accord sur le droit »¹. Le peuple n'est pas seulement une association d'individus, il est une association *politique* et c'est le génie d'une constitution de transformer une association primaire

¹ Ciceron, La République, Gallimard, p.45.

d'individus en association politique de citoyens. L'histoire de la formation des peuples est, en effet, celle d'un processus continu et souvent conflictuel d'intégration d'individus, de groupes, de communautés au départ étrangers les uns aux autres et qui, par l'action du droit et des institutions que la constitution établit, vont se trouver liés par des questions communes à débattre et à résoudre, par des règles communes, par des services communs qui, à leur tour, vont développer un sentiment de solidarité qui constitue le peuple politique.

Cette représentation constitutionnelle du peuple est parfois comprise comme une crainte voire, pour reprendre le titre de l'ouvrage de Jacques Rancière, une haine de la démocratie en ce qu'elle dénierait toute place au « peuple de tout le monde et de n'importe qui »². Dans l'histoire et dans les philosophies politiques, cette compréhension a-juridique sinon anti-juridique du peuple n'a pourtant jamais ouvert les chemins de la démocratie. Car si le peuple ne se construit pas par « un accord sur le droit » comme le dit Cicéron, sur quel lien symbolique va-t-il se constituer ? Par un accord sur le sang ? Par un accord sur la race ? Par un accord sur la religion – le peuple juif, le peuple musulman, le peuple chrétien, ... ? Par un accord sur la personne du chef-incarnation-du-peuple. La critique de la représentation chez Schmitt³, par exemple, débouche sur une « démocratie » où le peuple, pour exister, doit être absorbé dans la personne du Chef. L'identité du peuple se fabrique par la fusion-disparition du peuple dans le corps du Prince qui *est* le Peuple.

B. La double identité constitutionnelle du citoyen

Au contraire, la fabrication constitutionnelle du peuple implique une double figure du peuple, celle du peuple-corps-politique et celle du peuple-tout-un-chacun, différence où se joue précisément la possibilité d'une relation démocratique par la nécessité d'un mode d'élaboration délibératif de la volonté générale : dès lors qu'elle n'est pas dans le corps du Prince-peuple, elle doit se construire par un échange entre les « deux peuples »⁴, c'est-à-dire, par du politique. La constitution, en effet, ne produit pas seulement le peuple comme « concept juridique » ; elle produit aussi le peuple comme personnes physiques concrètes. La Déclaration de 1789 ne s'adresse pas à une abstraction ou au corps social mais « aux membres du corps social ». Les droits déclarés le sont pour « chaque homme », « tous les citoyens », « les membres de la société » : « l'exercice des droits naturels de *chaque homme*, pose l'article 4, n'a de bornes que celles qui assurent aux *autres membres de la Société* la jouissance de ces mêmes droits » ; « *tous les citoyens* ont le droit de concourir *personnellement* ou par leurs représentants » à la formation de la loi, affirme l'article 6 qui poursuit en affirmant que « tous les citoyens » sont égaux aux yeux de la loi ; « *nul homme* ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi » - article 7 – et « *nul* ne doit être inquiété pour ses opinions » - article 10 ; « *tout citoyen*, dit encore l'article 11, peut donc parler, écrire et imprimer librement ». En termes clairs, le peuple que la Déclaration met sur la scène politique est « tout un chacun » ; c'est à « tout un chacun » que la Déclaration donne des droits – concourir à la formation de la loi, parler et écrire librement, ... - et c'est par ces droits que « tout un chacun » devient citoyen. Et les déclarations de droits ultérieures renforcent cette logique politique « individuelle » en connectant « tout un chacun » avec sa réalité vécue, avec son environnement social, avec sa singularité. Le préambule de 1946 donne à la *femme* des droits égaux à ceux de l'homme – alinéa 3 -, au *travailleur* le droit de participer à la gestion de son

² Jacques Rancière, *La haine de la démocratie*, La Fabrique, 2005.

³ Voir par ex., Carl Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1988 ; *Théorie de la constitution*, PUF, 1993.

⁴ Qu'il soit permis de renvoyer à mon séminaire « Constitution et démocratie » dans le cadre du cours de Pierre Rosanvallon, Collège de France, avril 2008.

entreprise – alinéa 8 –, à l'*enfant*, la *mère* et les *vieux travailleurs* le droit à la protection de la santé – alinéa 11 –, à l'*enfant* et à l'*adulte* le droit à l'instruction et à la culture – alinéa 13. Ici, ce n'est pas l'individu abstrait que construit la constitution mais l'individu concret, pris dans sa situation sexuelle, professionnelle, générationnelle, ... Continuant cette logique, la charte de l'environnement de 2004 prend l'individu dans son milieu naturel : « *chacun* a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » - article 1^{er} -, « *toute personne* a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » - article 2 -, « *toute personne* a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » - article 7.

Le peuple se construit et se définit donc par les droits que la constitution énonce au profit des êtres physiques concrets. Et ce mode de construction fait que le peuple n'est jamais clos sur lui-même, fondé une fois pour toutes et définitivement ; il reste toujours ouvert, il est un peuple continu en ce que la « liste » des droits qui le constituent s'allonge et se modifie sans cesse. Contrairement à une idée reçue, la constitution n'est pas un texte mort, arrêté au moment où il a été rédigé ; elle est un acte vivant, un espace ouvert à la création continue de droits⁵.

2. La constitution, code d'accès à la démocratie

A. Les droits constitutionnels, droits de rapports

Dans certains milieux intellectuels et politiques, de droite mais aussi de gauche, il est très tendance de critiquer les droits constitutionnels. Il serait la cause de tous les maux : l'économie de marché qu'il légitimerait, la dissolution des liens sociaux qu'il provoquerait, l'individualisme qu'il sacrifierait, la déchéance de nationalité qu'il empêcherait, l'état d'urgence qu'il condamnerait, ... Et partout en Europe, les gouvernements s'en prennent au droit et à ceux qui le portent, les magistrats. La Pologne réduit la compétence des juges constitutionnels, la Hongrie remet en cause le principe d'indépendance de la Justice, le Royaume-Uni manifeste sa volonté de ne pas appliquer les décisions de la Cour de Strasbourg et la France adopte des lois qui marginalisent sans cesse l'autorité judiciaire. « Le droit, le droit, le droit ! Si le politique veut, le droit ne doit-il pas s'incliner ! Le droit n'est-il pas là pour fournir au politique les moyens d'accomplir sa volonté ! » Certains le pensent. Malheureusement. Car le droit, et en particulier la constitution est, disait Benjamin Constant, « la garantie de la liberté d'un peuple ». Quand des hommes s'assemblent, cette réunion produit toujours la nécessité de règles qui fondent leur vie commune et organisent leurs rapports ; qui, pour reprendre l'article 2 de la Déclaration de 1789, les constituent en « association politique ». Et, dans les sociétés contemporaines, sauf à faire revivre Dieu, la Nature ou toute autre figure de la transcendance, le droit est le seul médium laïc où enraciner les règles d'intégration sociale, où fonder la démocratie.

Il n'est pas de société sans règles. Et, pour reprendre la problématique de Marcel Gauchet, quand ces sociétés sortent de la religion et, plus généralement, de toute forme de transcendance où enraciner les règles d'intégration politique, le seul médium laïc qui reste pour « faire société », pour assurer le maintien, la maîtrise et le destin du collectif, c'est-à-dire, du politique et de l'histoire, c'est le droit. Dans les sociétés post-métaphysiques, sans droit pas

⁵ Qu'il soit permis de renvoyer à Dominique Rousseau, Une résurrection, la notion de constitution, RDP, 1990, p.5.

de politique et pas d'histoire. Seulement le vide et l'anomie. Les droits de l'homme n'étouffent ni la politique ni l'histoire. Ils ouvrent, au contraire sur du politique car ils mettent les hommes en relation les uns avec les autres – liberté d'aller et venir, liberté d'expression, ... - pour construire les règles et ils ouvrent sur l'histoire car ils sont toujours devant nous, à découvrir et à réaliser : l'égalité proclamée en 1789, le logement proclamé en 1946, l'environnement sain proclamé en 2004 restent toujours des droits à-venir et non des droits finis sous prétexte qu'ils auraient été proclamés en 1789, 1946 et 2004.

Les droits constitutionnels ne sont pas des libertés « fermées » mais des « libertés de rapport », selon l'expression de Claude Lefort⁶. Lorsque l'article 6 de la Déclaration de 1789 reconnaît aux citoyens le droit de concourir à la formation de la loi, il invite les citoyens à entrer en relation les uns avec les autres pour définir la volonté générale ; lorsque l'article 4 définit la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, il invite les individus à prendre en considération l'existence et les droits de l'autre ; lorsque l'article 11 proclame la liberté de communication des pensées et des opinions, il invite moins l'individu à se replier sur lui-même qu'à s'ouvrir aux autres, à se mettre en rapport avec les autres hommes. En d'autres termes, la Déclaration de 1789 fait éclater le système fermé des ordres de l'Ancien Régime et lui substitue un système ouvert. Ce qu'inaugurent les droits de l'homme n'est pas la constitution d'un espace privé dans lequel serait enfermé et s'enfermerait chaque individu mais la création d'un espace public dans lequel le corps et les idées de chaque homme pouvant circuler librement se confrontent nécessairement aux corps et aux idées des autres.

La distinction démocratique est précisément dans cette interrogation continue sur les droits de l'homme. Les régimes totalitaires comme les régimes démocratiques « fonctionnent » sans doute au droit ; mais, alors que les premiers refusent, par principe, toute discussion sur le droit dont ils s'affirment seuls détenteurs légitimes, les seconds acceptent, par principe, la légitimité du débat sur les droits. La spécificité de la démocratie est de laisser la question des droits toujours ouverte puisque sa logique est de ne reconnaître aucun pouvoir, aucune autorité dont la légitimité ne puisse être discutée ; et, au centre de cette discussion, constamment, l'interrogation sur les revendications qui peuvent être qualifiées ou non de droits de l'Homme.

« Dans l'épreuve quotidienne qui est la nôtre, écrit Camus, la révolte joue le même rôle que le cogito dans l'ordre de la pensée : elle est la première évidence. Mais cette évidence tire l'individu de sa solitude. Elle est un lien commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes »⁷. Les droits de l'Homme sont tous issus de la révolte et, en ce sens, ils portent le souci de tous les hommes, ils sont le lieu commun de tous les hommes, ils signent la solidarité de tous les hommes. Et ils sont la part sans laquelle l'individu démocratique ne peut être et donc ne pourrait être la démocratie continue. **Les droits de l'Homme sont donc le code de la démocratie continue.**

Il est sans doute difficile de penser ou concevoir que l'institutionnalisation des droits constitutionnels, que la reconnaissance dans une constitution des droits de l'homme soit une nécessité politique de la démocratie. Difficile à penser car institution et démocratie forment une alliance de mots a priori contradictoires. Institution fait signe vers cadre, ordre, contrainte, immobilisme ; démocratie vers débordement, désordre, liberté, mouvement. Une institution ne peut être que « totalitaire » - la famille, l'armée, la prison, ... - et par conséquent la démocratie ne peut être que « anti-institutionnelle ». « Calle » ou « Instituciones », la rue ou les institutions, ce dilemme fut au centre du Congrès de Podemos de février 2017 et de

⁶ Claude Lefort, *Droits de l'homme et Politique*, in *Libre 7*, Payot, 1980.

⁷ Albert Camus, *L'Homme révolté*, La Pléiade, 2008, p. 79.

l'opposition entre Inigo Errejon défendant le combat politique au sein du Parlement et Pablo Iglesias privilégiant les mouvements sociaux. Derrière sans doute le conflit des égos, la discussion est sérieuse. Aucune société, en effet, ne peut exister sans institutions. Elles sont les charpentes qui font tenir debout les sociétés ; sans elles, elles s'effondrent. La société, référent de la démocratie continue, est, pour parler comme Bergson, un jaillissement continu de vie et d'énergie, un flux continu d'actes multiples et désordonnés. Laissés à eux-mêmes ce jaillissement d'énergies retombe et ce flux désordonné engendre le chaos. D'où l'importance pour maintenir ces énergies, pour empêcher qu'elles retombent ou qu'elles s'auto-détruisent des institutions qui sont les instruments permettant à ces flux de vie de continuer à vivre en harmonie. En d'autres termes, les institutions viennent « du bas ». Elles apparaissent lorsque l'expérience des activités humaines sur d'autres hommes et/ou sur l'environnement conduit les hommes à soumettre leurs activités à des règles et donc à imaginer les espaces et lieux de leur formation et de leur réalisation. Les institutions ne sont donc pas figées ni ne dépendent de principes a priori ; leur nombre, leurs fonctions, leurs formes, leurs finalités sont simplement le fruit de l'expérience, c'est-à-dire, de l'identification par le débat public de l'intérêt commun d'une activité humaine et de la nécessité de la réglementer ; en conséquence, elles évoluent, changent, disparaissent ou apparaissent en fonction de la capacité des hommes à identifier une activité humaine comme étant d'intérêt commun. Le maintien ou non d'une institution écrit John Dewey « est quelque chose qui doit être déterminée de manière critique et expérimentale »⁸. C'est pourquoi, le lanceur d'alerte civique doit bénéficier d'une protection constitutionnelle car il est celui qui, par sa critique publique, met les institutions sous la surveillance continue des citoyens et les oblige à se réformer.

Attaquer le droit c'est attaquer la démocratie. Ce n'est pas le suffrage universel, ni les sondages, ni le référendum qui « agacent » les politiques. C'est le Droit. Et les juges. Dans son ouvrage, « L'invention du droit dans l'Occident », Aldo Schiavone montre avec justesse qu'à Rome le droit a été inventé en se séparant progressivement de la morale et de la religion, qu'il s'est inventé comme objet autonome par rapport à la religion, au politique et à la morale grâce aux magistrats. C'est lorsqu'il y a eu un corps de juristes qui a pensé les problèmes de la société en termes juridiques et non plus en terme moral, religieux ou politique que le droit est né, par la constitution d'un corps de magistrats comme producteurs du droit. Entre le droit et la démocratie, il y a donc un lien nécessaire.

B. Les droits constitutionnels, droits de l'écart démocratique

Le principe de représentation est généralement pensé sur le mode de la fusion des représentés dans le corps des représentants. Mais, grâce aux droits constitutionnels, il peut aussi se penser sur le mode l'écart. La représentation met en scène deux corps, celui des représentés et celui des représentants, chacun jouissant d'un espace et de prérogatives propres. Au moment où elle met en place le principe de représentation, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 reconnaît l'existence du corps des citoyens et son impossible absorption par et dans le corps des représentants et la nécessité pour le premier de bénéficier d'une autonomie. Ainsi, le premier acte des représentants du peuple français est de reconnaître que tous les membres du corps social possèdent des droits naturels, inaliénables et sacrés dont l'exposé préalable et public, dans une déclaration solennelle, a pour fonction explicite de constituer une limite à leur action. Le corps des citoyens est posé comme existant indépendamment du corps des représentants et défini par un ensemble de droits ; et, parmi eux, la libre communication des pensées et des opinions qualifiée de « droit le plus précieux

⁸ John Dewey, *Le Public et ses problèmes*, Léo Scheer, 2003, p. 103.

de l'homme ». En reconnaissant dans l'article 11 de la Déclaration du 26 août 1789 que tout citoyen peut parler, écrire et imprimer librement, les représentants admettent bien que les citoyens peuvent s'exprimer non pas par eux comme le dit Siéyès mais en dehors d'eux, voire contre eux.

Aux représentants, la tâche de statuer avec l'aménagement d'un espace et de prérogatives dédiés ; aux représentés, la tâche de réclamer, de contrôler. Voilà cette division des tâches que la représentation met en action dès les premiers mots de la Déclaration de 1789 : « Les Représentants du peuple français ont résolu d'exposer les droits naturels de l'Homme afin que les actes du pouvoir exécutif et ceux du pouvoir législatif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondés désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ».

Le principe de représentation pose clairement l'écart entre le corps des citoyens et celui des représentants et ne cherche nullement à cacher, masquer ou nier cet écart. Le problème politique est que les révolutionnaires n'ont pas su ou pu construire l'espace et les moyens permettant aux citoyens d'accomplir leur tâche et ainsi de maintenir l'écart. Condorcet et Hérault de Séchelles ont sans doute proposé et défendu en 1793 un projet de constitution qui prévoit au profit des citoyens « un moyen légal de réclamer »⁹. À côté du Corps législatif, ils instaurent une institution de contrôle de la représentation qu'il dénomme « jury national » - que certains députés renommeront... Conseil constitutionnel ! - et qui a pour fonction de censurer les actes des représentants aux droits reconnus aux citoyens. Mais ce projet sera repoussé par les Montagnards affirmant avec Robespierre qu'il est nul besoin de donner au peuple un moyen légal de réclamer contre les lois oppressives puisqu'il dispose d'un droit naturel à l'insurrection contre les tyrannies : « assujettir à des formes légales la résistance à l'oppression est le dernier raffinement de la tyrannie » déclare ainsi Robespierre¹⁰.

Il faudra attendre la constitution de 1958 qui crée le Conseil constitutionnel et plus encore la décision de 1971 qui intègre les Déclarations des droits parmi les normes de référence du contrôle des lois, la révision de 1974 qui donne à soixante députés ou sénateurs le pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel et surtout la reconnaissance en 2008 du droit pour tout justiciable de contester la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée pour que soit institutionnalisé ce « moyen légal de réclamer » que souhaitait Condorcet. Et que s'ouvre ainsi, difficilement tant la représentation-fusion est dans les têtes, la compréhension de la représentation comme écart. Cette compréhension est, en effet, la conséquence nécessaire du contrôle de constitutionnalité. Dans chaque décision du Conseil constitutionnel, se joue 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 non seulement la reconnaissance de deux espaces distincts porteurs de deux volontés normatives potentiellement contradictoires – celle de la loi et celle de la constitution - mais encore l'irréductibilité de ces deux espaces, l'impossibilité de leur fusion. Avant ou sans l'existence et le développement d'un contrôle de constitutionnalité, l'activité législative des représentants est directement imputée à la volonté du peuple sans que celui-ci puisse réclamer puisque, par définition, 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

⁹ Rapport de Condorcet, 15 février 1793, A.P., t. LVIII, p.583 ; proposition Hérault de Séchelles, 24 juin 1793, A.P., t. LXVII, p.139.

¹⁰ A.P., t. LXIII, p.199.

plus mécanique : par l'espace des droits fondamentaux qu'il construit et qui dessine l'espace de la représentation autonome du corps des citoyens, le juge constitutionnel est toujours en position de montrer – « au vu de la constitution, est-il écrit dans les visas de chaque décision – 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, celui des citoyens l'emporte sur celui des représentants, le juge constitutionnel interdit aux représentants de prétendre qu'ils sont le souverain et dévoile leur position de simples délégués pouvant toujours être rappelés au respect des droits des citoyens.

D'une certaine manière, le Conseil constitutionnel met la représentation en représentation ou, plus exactement, il déconstruit le système de justifications en dévoilant l'illusion que constitue l'identification du peuple à ses représentants. Il montre l'écart que constitue en pratique la représentation et il empêche que cet écart soit dénié ; il le maintient, le fait voir et le fait vivre en comparant les actes du pouvoir aux droits des citoyens.

Contrairement à une présentation encore prisonnière de l'idée de représentation-fusion, le contrôle de constitutionnalité n'est pas l'introduction d'un élément « libéral » ou « aristocratique » dans la démocratie. Il est l'élément qui accomplit le projet de la représentation démocratique en instituant un système politique reposant sur deux structures, l'institution qui permet aux représentants de voter la loi – le Parlement – et l'institution qui permet aux citoyens de réclamer contre la loi sur le fondement de la constitution – la juridiction constitutionnelle. La qualité démocratique du système dépend alors de l'organisation de ces deux espaces institutionnels et de leur articulation¹¹.

3. La constitution, expression du droit commun des peuples

A. La société, objet de la constitution

Traditionnellement, il est admis que l'objet de la constitution est l'Etat. Or, non, l'objet de la constitution c'est la société. 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 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

¹¹ D'où l'importance, en France, d'une réforme profonde du Conseil constitutionnel, voir infra., p. ?

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 XIXe 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.

La forme « Etat » est, aujourd'hui, décalé. Non sous les coups d'une main volontairement destructrice mais par le mouvement du monde. L'Etat n'est pas la forme « naturelle » de l'organisation politique des sociétés ; d'autres formes ont existé – Cités, Empires, ... - d'autres formes existeront¹². Le temps de la forme « Etat » a correspondu à celui où l'état des forces productives et le succès de la reproduction socio-économique avaient besoin de stabiliser une population dans un cadre territorial plus vaste et plus homogène que celui des féodalités médiévales. Ce temps est passé et si la forme « Etat » est toujours là, elle l'est comme mythe ou comme un fantôme qui s'agite encore mais qui a perdu tous les attributs d'Être vivant. Le principe de souveraineté est « moribond »¹³ ; il a été inventé à la fin du Moyen-Age comme l'arme idéologique devant servir aux princes des différents pays d'Europe à légitimer leur revendication de pouvoir contre le Pape et l'Empereur. Si Jean Bodin l'a théorisé comme principe d'indépendance des Etats modernes, il n'est pas un produit de la Raison pure mais de l'expérience et des circonstances politiques de la Renaissance. Ce temps-là est fini. La souveraineté économique ne veut plus rien dire quand les grands contrats internationaux opèrent des transferts de technologie et que les produits ne sont plus fabriqués par et dans un

¹² Voir par exemple, Pierre Clastres, « La Société contre État », Paris, Éditions de Minuit, 1974.

¹³ Monique Chemille-Gendreau, Le concept de souveraineté a-t-il encore un avenir ? RDP, 2014, p. ? ; « De la guerre à la communauté universelle. Entre droit et politique », Paris, Fayard, 2013 ; Gérard Mairet, « Le principe de souveraineté. Histoire et fondements du pouvoir moderne », Paris, Gallimard, Folio Essais, 1997.

seul pays mais à partir de composants venant de tous les continents. La souveraineté nationale ne veut plus rien dire quand les barrières commerciales sont abolies entre les Etats comme elles l'ont été autrefois entre les provinces de l'Etat et que les communications tendent à universaliser les consciences. La souveraineté du travail ne veut plus rien dire quand l'évolution conduit à remplacer la force de travail humain d'abord par les machines - XIXème siècle - puis par les robots - XXIème siècle.

La constitution, qui a pour espace de référence la société, ne peut se fonder sur le principe de souveraineté qui a toujours été et est encore l'instrument de légitimité de la puissance de l'Etat sur son peuple. Benjamin Constant notait déjà le danger de la souveraineté pour la démocratie : si le principe de la souveraineté du peuple ne peut être contesté, « il est nécessaire, il est urgent, insistait-il, d'en bien concevoir la nature et d'en bien déterminer l'étendue car si l'on attribue à la souveraineté une latitude qu'elle ne doit pas avoir, *la liberté peut être perdue malgré ce principe, ou même par ce principe* »¹⁴.

B. Le monde, horizon de la constitution

En s'adressant à la société, la constitution s'adresse aussi aux individus qui la composent et participe ainsi, dans un moment particulier de l'histoire politique, à la construction de leur identité. La question politique aujourd'hui n'est pas, en effet, la question de l'individu ni même celle d'une société qui serait faite d'individus « fluides ». 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 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'Etat, 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 ». Véritable miroir magique, la constitution s'offre comme texte laïc, comme ensemble de principes partagés, comme lieu où l'individu moderne « désenchanté » peut reconstruire une identité commune. Travailleur, consommateur, électeur, parent, propriétaire, croyant, libre penseur, etc., toutes ces qualités, tous ces rythmes de vie se trouvent précipités – au sens chimique du terme – dans l'être de droit, dans le sujet de droit que l'individu rencontre dans la constitution. 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. Où elles peuvent aussi être réfléchies, discutées, critiquées, jugées. Et ouvrir sur l'horizon d'une constitution mondiale.

¹⁴ Benjamin Constant, *Principes de politique*, Hachette, Pluriel, 2006.

Depuis plusieurs années en effet, chacun s'interroge sur la pertinence des principes qui ont constitué le droit constitutionnel : l'Etat-nation, la souveraineté, les frontières, la hiérarchie des sources et des normes, l'individu, l'interne et l'externe, ... Tout « ce qui allait de soi » est mis en doute et les constitutionnalistes s'interrogent sur l'identité de leur discipline, replongent dans son histoire et se demandent si sa continuation n'implique pas une révolution paradigmatique. Interrogation passionnante en ce qu'elle met en discussion une des conditions de possibilité d'un futur éventuel droit constitutionnel international : s'il doit y avoir une constitution mondiale ou globale, cela passera par le canal des standards constitutionnels mondiaux.

Pour qu'il y ait standard constitutionnel mondial, il faut qu'il y ait un espace constitutionnel mondial. Dans le paradigme classique du droit constitutionnel et du droit international tout entier structuré autour des principes Etat et Souveraineté, il est souvent soutenu que cet espace n'est pas pensable. A tort. Car, sans avoir besoin de changer de paradigme, en restant à l'intérieur du régime classique d'intelligibilité constitutionnelle et internationale, il est permis de poser l'hypothèse d'un espace constitutionnel mondial. Les trois éléments habituellement retenus par les juristes pour identifier un ordre juridique sont, en effet, présents : un territoire (la planète), un peuple (l'humanité) et un pouvoir légitime sur ce territoire à l'endroit de cette humanité (l'ONU et ses institutions dont la Cour internationale de Justice). Dans cet espace constitutionnel mondial, des standards constitutionnels mondiaux peuvent ainsi émerger de la connexion des réseaux constitutionnels auxquels participent de multiples acteurs, publics, associatifs et privés.

Trop souvent, les rapports entre droit constitutionnel et droit international se referment sur le dilemme « constitutionnalisation du droit international » ou « internationalisation du droit constitutionnel ». Cette présentation n'est pas ou n'est plus pertinente dans le conjoncture présente. La question, aujourd'hui, est celle de l'émergence d'une mise en harmonie du chaos global. Il y a eu le temps où le droit a mis en ordre le chaos local ; puis un temps où il a cherché à construire les relations entre les différentes mises en ordre locales (c'est le temps des rapports de systèmes) ; vient aujourd'hui le temps où le droit pense global et donc ne pense plus en termes « interne » « externe » mais en termes d'ordre du global. Et s'il est vrai que la constitution est l'instrument de la mise en ordre juridique du chaos, la mise en ordre juridique du global se fait dans le vocabulaire constitutionnel. Pour le dire tout net, s'il y a un ordre juridique global, il y a constitution globale ou monisme constitutionnel.

Et sur cette idée d'une constitution mondiale, prend corps le projet de création d'une Cour constitutionnelle internationale. Le contenu normatif du droit constitutionnel international suppose à son tour que les juristes peuvent identifier et décliner les normes internationales à contenu constitutionnel et les normes constitutionnelles à vocation internationale. Les normes provenant du droit constitutionnel touchent au moins trois grands axes : les droits de la personne, l'État de droit, et la démocratie. Il y a lieu alors de se demander dans quelle mesure et comment ces trois axes se reproduisent en droit international, donnant ainsi un droit constitutionnel international ou internationalisé.

xxx

Ce constitutionnalisme est une réponse aux populismes. Il met en scène les citoyens et non les « gens » ; il garantit l'écart entre les représentants et les représentés et non la fusion ; et il se construit pas la connexion des réseaux constitutionnels et non le repli identitaire.