



HAL
open science

Le droit constitutionnel au-delà du droit constitutionnel : la singularité du discours de droit constitutionnel de Dominique Rousseau

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. Le droit constitutionnel au-delà du droit constitutionnel : la singularité du discours de droit constitutionnel de Dominique Rousseau. Mélanges en l'honneur de Dominique Rousseau, LGDJ-Lextenso, 2020, pp. 677-695., 2020. hal-02940895

HAL Id: hal-02940895

<https://hal.science/hal-02940895>

Submitted on 16 Sep 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit constitutionnel au-delà du droit constitutionnel :
la singularité du discours de droit constitutionnel de Dominique Rousseau

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Réduire le droit constitutionnel de Dominique Rousseau (DR) à une lecture jurisprudentielle du droit constitutionnel serait erroné. Le discours sur le droit constitutionnel de DR n'est pas un discours de *droit constitutionnel jurisprudentiel* classique, si l'on entend par là celui qui est né à Aix-en-Provence au début des années 90, et il n'est d'ailleurs pas majoritaire chez les constitutionnalistes français. L'affirmation peut paraître péremptoire, mais la singularité de DR dans le paysage doctrinal français est forte, encore aujourd'hui. Si l'objet de son travail, du moins celui qui nous intéresse ici, à savoir la justice constitutionnelle en France, n'a rien d'original, tel n'est pas le cas du regard ou, peut-être faudrait-il préférer le pluriel, des regards qu'il y porte. Cette contribution entend précisément mettre en évidence *la singularité du discours de droit constitutionnel proposé par DR dans ses écrits de fond relatifs à la justice constitutionnelle*. Le choix bibliographique¹ a consisté à ne retenir que les contributions de fond de DR, en excluant ainsi les notes et autres chroniques jurisprudentielles régulières, à la *Revue de droit public* en particulier, afin de mettre en évidence les principes généraux qui constituent le cadre d'analyse, la grille de lecture qu'il retient des décisions du Conseil constitutionnel et, plus largement, du droit constitutionnel.

Une telle entreprise impose une part de reconstruction et de mise en cohérence de nombreux écrits, et donc, une part de trahison. Elle ne vise qu'à proposer une lecture de la spécificité de la pensée de DR, ayant pour ambition d'être la plus fidèle qui soit à celle-ci. Elle n'en révèle pas moins, en creux, une certaine vision des discours contemporains sur le droit constitutionnel. Apprécier la singularité impose de connaître le général. Chacune de ces deux lectures révèle celui qui les propose.

¹ Voir en tout état de cause les éléments bibliographiques qui ont été étudiés à la fin de cette contribution. Qu'il nous soit permis ici de remercier, Habiba Abbassi, responsable administrative du Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques (CERCOP, EA 2037, Université de Montpellier) pour son aide précieuse dans la réunion de certaines contributions difficilement accessibles. En dehors des références contenues dans les notes 2 et 3, toutes les références bibliographiques en note en bas de page sans indication de leur auteur sont de DR. Concernant le Manuel de *Droit du contentieux constitutionnel*, le choix a été fait de ne se référer qu'à la première édition de celui-ci (*Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat Droit public, 1^{ère} édition, 1990, 404 p., ci-après *DCC*, 1^{ère} édition) et de ne pas nous engager dans une lecture archéologique des différentes éditions de celui-ci.

Cette singularité oblige à situer son discours dans le contexte général de la discipline du droit constitutionnel et, sans doute, de l'école aixoise du droit constitutionnel qui fait figure d'épouvantail, notamment pour les tenants d'un « droit politique »², d'une certaine manière de faire du droit constitutionnel à partir de la seule jurisprudence constitutionnelle, sans distance critique vis-à-vis de cet objet et sans construction d'un langage conceptuel autonome de son objet à même d'en proposer une meilleure connaissance³.

Ces critiques, quelle qu'en soit la pertinence, ne sont pas opposables à DR. Son approche pourrait d'ailleurs apparaître autrement plus stimulante que celle qui a été défendue à Aix et l'on ne pourrait que s'étonner que cette dernière l'ait emportée, en dehors de questions institutionnelles, dans le paysage doctrinal français des années 90 à 2010⁴. Les causes de cette situation sont, peut-être, à rechercher dans le fait que DR demeure un auteur à part, trop à part, pour pouvoir produire une lignée. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'il existe une école de droit constitutionnel montpelliéraine, du moins dans ses éléments les plus visibles en termes de production scientifique, certains ayant développé un tournant plus théorique ou philosophique⁵, d'autres s'inscrivant dans un droit constitutionnel jurisprudentiel plus classique, mais résolument critique⁶.

Malgré cette singularité que cette contribution entend précisément mettre en évidence, il faut ranger Dominique Rousseau dans la catégorie des pionniers qui, avec Louis Favoreu, ont défendu le renouveau du droit constitutionnel en tant qu'objet et en tant que discours doctrinal sur cet objet⁷. Sous cet angle, il est difficile de nier le lien existant entre Dominique Rousseau et Louis Favoreu, tous deux utilisant, sans qu'il soit besoin de rechercher la paternité de chacune des formules, les mêmes expressions ou des expressions proches⁸ pour décrire les mêmes phénomènes liés à la justice constitutionnelle : la constitutionnalisation du droit⁹, l'unification du

² Voir pour un état de la question critique autour du « droit politique », avec A. Vidal-Naquet, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Les Cahiers Portalis*, n° 6, Décembre 2018, pp. 107-128.

³ Voir sur cette question : « Commentaire sous Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution de L. Favoreu », in W. Mastor, J. Benetti, P. Égea et X. Magnon (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, coll. Grands discours, 2017, p. 883-887.

⁴ Qu'il nous soit permis, par convention, et malgré la contradiction patente, de considérer qu'à partir de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, au 1^{er} mars 2010, le discours sur le droit constitutionnel devient résolument plus critique vis-à-vis de son objet. Telle a été, du moins, la lecture qui a été proposée de la discipline dans les colloques annuels toulousains, *Question sur la Question (QsQ)*, organisés après la mise en place de la QPC, qui ont pu réunir, au fil des ans, la majorité de la doctrine constitutionnaliste.

⁵ On pensera, en particulier, à Alexandre Viala.

⁶ On pensera ici à J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun, pour ne citer qu'eux, même si, non sans un certain paradoxe au regard de la lecture proposée en termes d'école, ils sont désormais les coauteurs du *Droit du contentieux constitutionnel*.

⁷ Voir par exemple : « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel d'harmonie », *JSLC*, 1995, pp. 337-348.

⁸ Même si l'on doit parler aujourd'hui, comme il est convenu de le faire, de « syntagme », autorisons-nous une simplicité du langage.

⁹ *DCC*, 1^{ère} édition, p. 335, pour une approche critique de cette notion, « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *Revue administrative*, 1998, n° 301, p. 199 ; L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n° 1, pp. 71-89.

droit par la Constitution¹⁰, la politique saisie par la Constitution¹¹, le dernier mot au peuple¹², l'aiguilleur¹³, la juridisation de la vie politique¹⁴, les références au modèle kelsénien de justice constitutionnelle¹⁵, autant d'expressions qui font aujourd'hui parti du catéchisme constitutionnaliste moderne. Il existe d'ailleurs un moment 1990 de ces pionniers : Louis Favoreu publie le premier numéro de la *Revue française de droit constitutionnel (RFDC)* aux Presses Universitaires de France, alors que Dominique Rousseau fait paraître sa première édition du *Droit du contentieux constitutionnel*, aux éditions LGDJ Montchrestien, qui n'est pas encore préfacée par le Doyen Vedel¹⁶ ; la même année, deux articles défendent, l'un à la *RFDC*, l'autre à la *Revue de droit public*¹⁷, une nouvelle approche de la discipline. Louis Favoreu constitue d'ailleurs l'un de ceux qui ont contribué à façonner de manière significative le discours sur le droit constitutionnel et apparaît donc comme un point de comparaison susceptible de mettre en lumière l'originalité du discours de Dominique Rousseau.

Malgré cette parenté, les deux auteurs se sont opposés, radicalement. Tout en ayant le même objet d'étude, ils défendent deux manières de faire du droit constitutionnel. Même si cette opposition n'est pas frontale, du moins dans des écrits explicites, elle n'en a pas moins été extrêmement forte : elle est une querelle d'école. Sans proposer une lecture psychanalytique, ce que DR ne récuserait d'ailleurs pas, ce n'est qu'après la mort de Louis Favoreu que le premier a frontalement et explicitement affronté cette opposition et ce, dans un article écrit en anglais, « *The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoreu's untenable paradoxes)* », publié dans une revue anglaise, *I.Con, International Journal of Constitutional Law*¹⁸.

Il reste, qu'en tant que pionniers du droit constitutionnel, Dominique Rousseau, à l'instar du Doyen Favoreu, défend la discipline du droit constitutionnel en ce qu'elle disposerait d'un objet

¹⁰ « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel : une triple continuité », *RDP*, 1988, p. 58, « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel d'harmonie », *JSLC*, 1995, p. 338 ; L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n° 1, pp. 71-89.

¹¹ *DCC*, 1^{ère} édition, p. 350 ; L. Favoreu, *La politique saisie par le droit : alternance, cobabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988, 153 p.

¹² « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *Revue administrative*, 1998, n° 301, p. 199, « La légitimité de la justice constitutionnelle », in *Constitutionnal Justice in the new millennium*, Almanac, Erevan, Arménie, 2002, p. 191 ; L. Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 419-420, voir également « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 578-579.

¹³ Tout en ayant une lecture critique : « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), Economica, 1999, p. 373 ; voir les articles du Doyen Favoreu cités dans la note précédente.

¹⁴ « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel d'harmonie », *précit.*, p. 345 ; L. Favoreu, *La politique saisie par le droit*, *op. cit.*

¹⁵ *DCD*, 1^{ère} édition, pp. 16-18.

¹⁶ La préface de Georges Vedel est intervenue à l'occasion de la seconde édition du manuel. Dans les travaux de DR étudiés, les références à Georges Vedel sont quasi-systématique ce qui révèle un lien de filiation fort.

¹⁷ « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, pp. 5-22 ; L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *précit.*

¹⁸ « *The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoreu's untenable paradoxes)* », *I.CON*, Vol. 5, Number 1, 2007, pp. 28-43.

renouvelé à la suite de la mise place d'une justice constitutionnelle. La défense de l'existence d'un juge et d'une justice constitutionnels en France relève, au début des années 90, d'un discours performatif, visant à convaincre de l'existence de quelque chose qui n'existe pas ou, si l'on veut être plus nuancé, n'existe que de manière embryonnaire pour peu que l'on prenne le temps d'observer ce qui se passe chez nos voisins européens au même moment. Cette défense du Conseil constitutionnel pour mieux défendre le droit constitutionnel en tant que discipline ne repose toutefois pas sur les mêmes ressorts à Aix et à Montpellier : à l'est, c'est le droit comparé, avec un usage en partie prescriptif, qui vient appuyer cette lecture, à l'ouest, c'est ce que nous qualifierons de « vitalisme constitutionnel » et la « démocratie continue » qui la nourrissent.

Sans prétention à une analyse exhaustive, et pour clore cette comparaison, une dernière différence mérite d'être mise en lumière : la dimension critique vis-à-vis de son objet et, plus précisément, une lecture critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. DR s'est positionné dans les grandes controverses autour du Conseil constitutionnel, souvent de manière originale, toujours de manière critique : sur les opinions dissidentes¹⁹, sur la composition du Conseil constitutionnel²⁰ ou encore sur les pouvoirs du Conseil constitutionnel²¹.

Au-delà des questions biographiques²², la singularité de la pensée semble devoir être recherchée dans deux tendances de l'œuvre.

La pensée de DR est ancrée dans la pensée classique des grands auteurs de la doctrine juridique du début du XIX^{ème} siècle, et, en particulier, de G. Burdeau, de R. Carré de Malberg et de M. Hauriou, ainsi que, avec une place particulièrement éminente, du Doyen Vedel, ces cinq auteurs étant fréquemment cités dans les écrits de DR²³, sans que ne soient non plus oubliés les auteurs classiques Rousseau, l'ancien, Sieyès, Constant, Montesquieu, Tocqueville ou Chateaubriand²⁴, tout en proposant une nouvelle lecture de cette pensée. Autrement dit, il parle avec les classiques, mais avec une nouvelle langue, moderne, et il se nourrit de la pensée d'auteurs provenant d'autres disciplines telles la science politique, l'histoire, la sociologie, la philosophie ou la philosophie

¹⁹ « Pour les opinions dissidentes », *Mélanges à Patrice Gélard*, Montchrestien, 1999, pp. 323-332.

²⁰ Voir en particulier, « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *RDP*, n° 5/6, 1998, p. 1755.

Sur cette question et sur la précédente : « Pour une Cour constitutionnelle », Numéro spécial *RDP*, 1-2, 2002, pp. 566-570.

²¹ « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *précit.*, p. 199.

²² Voir sur cette question l'intervention de DR sur « L'école montpelliéraine » in *Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui, pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain ?*, X. Magnon S. Mouton, Mare & Martin, Le sens de la science, à paraître, 2019 ; plus particulièrement l'intervention orale : <https://www.dailymotion.com/video/x5h8syw>.

²³ Ce qui nous dispense de citer ici tous les articles dans lesquels c'est le cas. Voir cependant : « La garantie de la Constitution », in *Liberté, libéraux et constitutions*, J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Economica, 1994, pp. 97-105.

²⁴ Voir par exemple : « La garantie de la Constitution », in *Liberté, libéraux et constitutions*, J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Economica, 1994, pp. 97-105 ; « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, pp. 5-22 ; « De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, sous la direction de D. Rousseau, LGDJ-Bruylant, 1995, pp. 5-25.

politique, qu'il s'agisse, notamment, de Jürgen Habermas²⁵, Marcel Gauchet²⁶, Claude Lefort²⁷, Pierre Bourdieu²⁸, Bernard Lacroix²⁹ ou Pierre Rosanvallon³⁰. DR fait le lien entre la pensée des auteurs classiques de la fin du XIX^{ème} siècle, en relisant et en transformant leurs concepts, en inscrivant son discours dans la perspective du constitutionnalisme moderne.

Par ailleurs, DR pense la Constitution et le juge constitutionnel sous l'angle de l'organisation politique et sociale : le juge constitutionnel français et son activité sont envisagés comme un phénomène social et non pas, seulement, comme un phénomène juridique. Le droit n'épuise pas la politique.

De manière plus large, DR inscrit son discours, d'un point de vue théorique, dans un courant réaliste de l'interprétation, défend une pluridisciplinarité de son approche du droit constitutionnel³¹ et rejette l'approche positiviste, ce qui peut apparaître plus original, sans pour autant s'inscrire dans ce que Riccardo Guastini qualifie, à la suite d'autres travaux, de « néoconstitutionnalisme »³².

Des différents éléments de la pensée de DR rapidement mis en lumière apparaît une ligne de crête autour de la dichotomie du *droit* et de la *politique*. Entre une approche juridique et une approche politique, DR ne tranche pas. Il associe les deux dimensions dans des termes qu'il convient d'explicitier, ce qui nécessite une certaine reconstruction, car la question d'ordre épistémologique n'est pas réglée de manière explicite.

Le discours du droit constitutionnel qu'il développe entend prendre pour objet, non seulement le droit, mais également d'autres éléments dans l'étude du régime politique. L'approche « strictement juridique », de l'école aixoise, et l'approche de « science politique » labélisée « Maurice Duverger », et qui trouve, peut-être, des prolongements avec le « droit politique », sont toutes les deux embrassées par DR : « la vie politique d'un pays n'est pas le produit des seules règles de droit, mais de multiples facteurs » ; « le droit et en particulier la Constitution est seulement un des éléments qui, conjugués aux autres, contribue à déterminer le déroulement du jeu politique et le comportement des acteurs »³³.

²⁵ Voir par exemple : « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997/4, n° 96, p. 76 et p. 78.

²⁶ Voir par exemple : *loc. cit.*, p. 76.

²⁷ Voir par exemple : « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 21.

²⁸ Voir par exemple : « La démocratie continue, ou comment remettre l'Etat à sa place ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Rossetto*, LGDJ-Lextenso, 2016, p. 113.

²⁹ « De la démocratie continue », in *La démocratie continue, op. cit.*, p. 9.

³⁰ Voir par exemple : « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, p. 1524.

³¹ Voir en particulier *DCD*, 1^{ère} édition, p. 359 et s.

³² R. Guastini, « Sur le néoconstitutionnalisme », in *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, Coll. Penser le droit, 2013, pp. 256-257.

³³ *DCD*, 1^{ère} édition, p. 360.

S'il semble difficile aujourd'hui de faire du droit constitutionnel sans multiplier les objets, à condition de les situer entre eux, en particulier pour établir ce qui relève du *droit* et ce qui relève du *fait*, ce qui relève du *normatif* et ce qui relève du *juridique*, il est incontestable que le positionnement de DR demeure original en 1990 face à l'école aixoise qui entend développer une analyse strictement « juridique »³⁴, à partir de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette multiplicité des objets emporte des conséquences sur le discours tenu et permet, en particulier, d'intégrer la dimension politique dans la lecture du droit. Plus précisément, alors que le flou domine dès lors que l'on évoque la dimension « politique » dans l'approche du droit³⁵, une certaine lecture peut en être proposée.

Adopter une lecture politique peut impliquer la prise en compte de l'activité concrète des organes habilités à produire des normes ou à sanctionner le respect des normes en vertu du droit, en tant que telle. L'exercice de la liberté d'action de ces organes, en tant que pratique sociale, quelles que soient les contraintes issues des normes juridiques pesant sur ces organes, constitue un objet d'analyse. L'approche présente ainsi une dimension factuelle. Cette dimension met en évidence le rapport de force susceptible de se manifester dans l'exercice de cette liberté d'action entre les différents organes disposant de cette liberté et les stratégies institutionnelles existantes entre ces organes. Ainsi explicitée, la dimension politique du discours de DR est forte.

La politique est maintenue dans le droit, entendu comme discours sur le droit, et garantit de la sorte *le vitalisme du droit constitutionnel* en tant qu'objet d'étude (§ I). La dimension politique se manifeste encore directement dans le contenu du discours. *Le droit*, et, plus précisément, le droit lui-même comme le discours sur le droit, demeure(nt) ainsi *situé(s) dans la politique*. L'approche défendue par DR révèle *un substantialisme du droit constitutionnel*, en tant qu'objet d'étude (§ II).

§ I - La politique maintenue dans le droit : le vitalisme du droit constitutionnel

Le terme de vitalisme n'est pas choisi au hasard et l'on peut y voir un écho à la pensée de M. Hauriou, dont la notion de Constitution sociale est mobilisée par DR³⁶. Il renvoie à une certaine manière de percevoir la Constitution comme « un acte vivant inspirant l'ensemble du système juridique et politique »³⁷. DR le rappelle, « à la fin des années 1950, la Constitution était un « notion en survivance » ; à la fin des années 1980, elle est non seulement ressuscitée mais en pleine vitalité »³⁸ ; « la Constitution est un « acte vivant », un espace ouvert à la création continue de droits »³⁹. Cette vitalité constitutionnelle repose sur une théorie du droit, une théorie réaliste de l'interprétation. Le rapprochement avec la théorie réaliste de l'interprétation (TRI), au sens de

³⁴ Les guillemets s'imposant selon le statut normatif et/ou juridique que l'on accorde à la jurisprudence.

³⁵ Ce qu'il faut entendre par « politique » ou ce qu'il convient de qualifier de « politique » ou ce que l'on entend par « approche politique du droit constitutionnel » mériteraient, à l'évidence, des études spécifiques.

³⁶ Voir par exemple : « Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Jacques Robert*, 1998, p. 298 ; « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *prévit.*, p. 82 et p. 85.

³⁷ *DCD*, 1^{ère} édition, p. 11.

³⁸ *Loc. cit.*, p. 305.

³⁹ *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, 2015, Seuil, p. 64.

Michel Troper, n'est pas évident alors que l'adhésion de DR à cette théorie n'est pas explicite et, surtout, que la théorie réaliste de celui-ci procède plus d'une proposition de lecture personnelle que d'une quelconque appropriation ou d'une relecture de la pensée du père de la TRI⁴⁰. Seule la thèse principale est la même : c'est l'interprète d'un énoncé et non pas celui qui l'a rédigé qui est le véritable auteur de la norme⁴¹. L'œuvre de DR s'appuie donc sur *une théorie réaliste revendiquée* (A), mettant en évidence l'importance du juge constitutionnel qui « a profondément transformé le sens » de la Constitution⁴² et qui apparaît ainsi comme le moteur de la vitalité de la Constitution : la Constitution est « une norme « en devenir » en ce qu'elle acquiert une force normative par le travail de construction de sens des énoncés constitutionnels »⁴³. Il découle de ce présupposé théorique une lecture particulière du juge constitutionnel qui est envisagé comme un lieu de pouvoir à l'instar des autres institutions politiques (B).

A – Une théorie réaliste revendiquée

DR accepte la thèse première de la théorie réaliste de l'interprétation, de la TRI *stricto sensu*, de l'interprète seul auteur de la norme, tout en en proposant une lecture singulière et en développant une « théorie » spécifique des contraintes pesant sur l'interprète.

La thèse première est forte : « la détermination du sens d'un droit constitutionnel ne peut jamais être un acte de connaissance : elle est toujours un acte de volonté discrétionnaire du juge. Selon une autre formule célèbre, antinomique à celle de Montesquieu, la constitution est ce que le juge dit qu'elle est ». Pour DR, « sans ce travail d'interprétation, la constitution resterait dépourvue de normativité »⁴⁴. Cette formulation se fait, une fois au moins, en référence à Michel Troper : les « dispositions du texte sont réduites à la qualité de simples mots qui ne prennent un sens juridique qu'après le travail juridictionnel d'interprétation ; au mieux, pourrait-on les qualifier, avant l'intervention du Conseil, de propositions subjectives de norme pour reprendre l'expression de Michel Troper »⁴⁵.

⁴⁰ Voir *infra* sur le renvoi par DR à Michel Troper.

⁴¹ Selon M. Troper : « l'idée que l'interprétation est un acte de volonté conduit à reconnaître au juge, et plus généralement à tout interprète, un pouvoir considérable. En effet, si interpréter, c'est déterminer la signification d'un texte et si cette signification n'est pas autre chose que la norme exprimée par le texte, c'est l'interprète qui détermine la norme. Celle-ci n'est pas réellement posée par l'auteur du texte interprété, le législateur par exemple, mais par l'interprète authentique [au sens kelsénien]. C'est pourquoi il résulte de la théorie réaliste classique que s'il y a une cour souveraine, le véritable législateur n'est pas le Parlement, mais l'interprète de la loi. Prolongeant le raisonnement on pourrait dire que le véritable constituant n'est pas l'auteur de la Constitution initiale, mais la cour constitutionnelle » (M. Troper, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF-Lamy, 2003).

⁴² *DCD*, 1^{ère} édition, p. 305.

⁴³ « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *précit.*, p. 1517.

⁴⁴ Il poursuit en soutenant que « la parole du souverain ne s'affirme, en effet, comme obligation, commandement ou contrainte pour les délégués élus que par l'« agir juridictionnel » qui, en lui attribuant un sens la fait devenir parole agissante, parole produisant un effet d'ordre » (« Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *précit.*, pp. 202-203).

Voir également en ce sens : « Les grandes avancées de la jurisprudence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Jacques Robert, op. cit.*, p. 311 ; « La légitimité de la justice constitutionnelle », *précit.*, p. 182.

⁴⁵ « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 16.

La thèse de DR semble reposer sur un postulat de normativité des textes par l'interprétation : « le juge constitutionnel, loin d'usurper la parole du souverain, est celui par lequel cette parole acquiert pleine normativité »⁴⁶, il est « *une condition de la normativité de la parole du souverain* »⁴⁷. Pour autant, le juge constitutionnel n'est pas en position privilégiée, du moins en ce qu'il produirait une interprétation de la Constitution qu'il convient de favoriser. Il faut voir ici une différence significative avec la TRI. DR n'a pas recours au concept kelsénien d'interprète authentique⁴⁸ pour faire du juge un interprète privilégié. Plus précisément, s'il reconnaît que « le Conseil donne des textes l'interprétation authentique, au sens kelsénien du terme, celle-ci, issue d'un ensemble de conditions et circonstances particulières, ne mérite *a priori*, aucune sacralisation interdisant l'esprit de critique »⁴⁹. En effet, « le Conseil constitutionnel ne dispose d'un monopole de l'interprétation »⁵⁰ et qu'il n'est qu'un interprète parmi d'autres de la Constitution. Pour DR, l'interprétation est une technique vivante, marquée par une pluralité des interprètes de la Constitution, et générant une dynamique interprétative mobilisant tous les acteurs⁵¹. La « concurrence croissante entre différentes interprétations de règles constitutionnelles » qui en résulte « implique que le choix d'un sens n'est jamais définitif, qu'une interprétation peut évoluer et que de nouveaux droits peuvent être reconnus »⁵².

Dans ce *pluralisme interprétatif*, DR considère en effet que « le juge constitutionnel « pousse » au dialogue des acteurs législatifs ; il ne produit pas lui-même la signification de tel ou tel énoncé ; il est ce tiers qui oblige au dialogue pour qu'apparaisse un accord sur le sens »⁵³. Il ajoute que, dans le « jeu complexe de production de sens, la juridiction constitutionnelle n'est qu'un des acteurs, celui qui oblige les autres à argumenter leurs lectures de tel ou tel énoncé, à étayer la prétention à la validité de leur interprétation, qui soumet à la critique la pertinence des arguments – par une procédure contradictoire, il est vrai, encore insuffisante – et qui sanctionne par sa décision la signification de l'énoncé constitutionnel à laquelle, au moment où elle intervient, l'échange a permis d'aboutir »⁵⁴. Pour DR, « les juges constitutionnels garantissent que la production du sens d'un énoncé constitutionnel a respecté une procédure de délibération entre acteurs multiples, mais ils ne garantissent pas le sens produit ; ou, plus exactement, ils ne sont pas la garantie ultime ou transcendantale de la vérité absolue et définitive du sens produit. Une fois formulé, ce dernier ouvre en effet une nouvelle réflexion, un nouveau débat qui peut produire, quelques temps plus

⁴⁶ « Y-a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? », *précit.*, p. 21.

⁴⁷ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 84.

Voir également : « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », *précit.*, p. 375 (« sans le travail d'interprétation du Conseil, la Constitution reste dépourvue de normativité »).

⁴⁸ Voir : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduit par Charles Eisenmann, Dalloz, 2^{ème} édition, 1962, pp. 461 et s.

⁴⁹ « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel : une triple continuité », *précit.*, p. 51.

⁵⁰ « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 17.

⁵¹ « Pour les opinions dissidentes », in *Mélanges à Patrice Gélard, op. cit.*, p. 327.

⁵² « *The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoren's untenable paradoxes)* », *précit.*, p. 43.

⁵³ « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *précit.*, p. 203

⁵⁴ « Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *précit.*, p. 312.

tard, une nouvelle interprétation »⁵⁵. Cette relativité de l'interprétation du juge autorise une lecture critique de son discours⁵⁶.

S'il existe une place privilégiée du juge constitutionnel, elle existe au niveau législatif, et non pas au niveau constitutionnel. Le Conseil constitutionnel est un « entrepreneur législatif » dans un contexte de multiplication de ces entrepreneurs. Ce dernier phénomène conduit à un « régime concurrentiel d'énonciation des normes », le Conseil constitutionnel étant « un entrepreneur privilégié puisque la promulgation de la loi dépend, en partie, de lui »⁵⁷. Le privilège porte sur la production législative et non pas sur l'interprétation de la Constitution. Le Conseil constitutionnel n'en est pas moins considéré comme participant « au processus de fabrication de la loi »⁵⁸.

Cette première thèse ne conduit d'ailleurs pas à défendre une liberté de l'interprète. Le pluralisme interprétatif constitue une contrainte pesant sur le juge. DR considère, en effet, qu'« en pratique, l'interprétation du Conseil n'est jamais le résultat d'un choix libre ou arbitraire. Elle est le résultat d'une série de contraintes, d'un jeu opposant plusieurs joueurs : le législateur, les professeurs de droit, associations, avocats, travailleurs, fermiers, journalistes »⁵⁹. DR reconnaît que « si la subjectivité du juge ne peut être niée, l'interprétation des textes n'est jamais libre mais déterminée par un ensemble de circonstances parmi lesquelles jouent un rôle important, selon Mauro Cappelletti, la critique publique de la doctrine et les réactions de l'opinion publique »⁶⁰. « Le Conseil constitutionnel est seulement un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne ; elle continue de vivre, car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine, ... de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent y produire, quelques temps plus tard, une nouvelle interprétation »⁶¹. Les acteurs qui participent à l'interprétation des normes constitutionnelles sont donc nombreux : les parlementaires, les professeurs de droit, les associations, les journalistes⁶², les juridictions judiciaires et administratives, les juridictions européennes, les comités et académies savantes⁶³.

⁵⁵ « Y-a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? », *précit.*, p. 21.

⁵⁶ Voir en ce sens : « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », *précit.*, pp. 375-376.

⁵⁷ « De la démocratie continue », in *La démocratie continue, op. cit.*, p. 19.

Voir également, à propos du « régime d'énonciation concurrentielle des normes » : « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat*, 1991/2, n° 64, p. 177.

⁵⁸ « La légitimité de la justice constitutionnelle », *précit.*, p. 184.

⁵⁹ « *The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoreu's untenable paradoxes)* », *précit.*, p. 40, traduction par nos soins.

Voir, par ailleurs, sur la place de la doctrine dans la légitimation du Conseil constitutionnel : « Les évolutions de la Vème République. La place du Conseil constitutionnel », *Cahiers français, La Vème République, permanence et mutation*, 2001, p. 42.

⁶⁰ « La légitimité de la justice constitutionnelle », *précit.*, pp. 190-191.

⁶¹ « Les évolutions de la Vème République. La place du Conseil constitutionnel », *précit.*, p. 47.

⁶² « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 17.

⁶³ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 85.

Aucune interprétation du Conseil constitutionnel n'est d'ailleurs figée, celui-ci « est, seulement, un élément de la chaîne argumentative qui intervient, à un moment donné, pour sanctionner par sa décision le sens d'un énoncé constitutionnel, sans pour autant arrêter par sa sanction cette chaîne ; elle continue de vivre, car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine,... de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent produire, quelques temps plus tard, une nouvelle interprétation »⁶⁴. Il existe ainsi un *pluralisme interprétatif vitaliste*. Pour DR, « dans ce marché d'offre de sens, la concurrence que se livrent les producteurs pour imposer leur opinion, n'est jamais égale dans la mesure où chacun dispose d'une autorité différente liée à sa position, autorité et position pouvant au demeurant changer selon les conjonctures politiques et juridiques à la formation desquelles elles participent »⁶⁵.

Plus largement, et sans que ces contraintes ne soient explicitées de manière approfondie, la liberté du juge demeure encadrée par d'autres contraintes. Le pouvoir d'interprétation du juge est ainsi « raisonné, motivé et inscrit dans l'ordre des contraintes argumentatives et donc non discrétionnaires »⁶⁶.

B - Le Conseil constitutionnel comme un lieu de pouvoir

La défense d'une approche réaliste de l'interprétation place le Conseil constitutionnel dans une situation particulière en tant que pouvoir politique disposant d'une capacité d'action et de création à partir du texte constitutionnel. Le juge constitutionnel est ainsi un acteur décisif, par l'affirmation de son pouvoir de décision dans l'interprétation vivante du texte constitutionnel : « le Conseil, *en tant même que juridiction*, exerce une activité politique, puisque loin d'être soumis à la norme constitutionnelle, il détermine lui-même, par un acte de volonté, le contenu et le sens de la règle applicable »⁶⁷.

Alors que « l'interprétation est (...) un acte qui met en œuvre un pouvoir de décision »⁶⁸, le Conseil constitutionnel apparaît comme une institution politique comme une autre, disposant d'un pouvoir de décision, en capacité de concurrencer les autres pouvoirs. De manière négative, DR note qu'en 1958, « aucun commentateur ne parie à cette époque, sur la possibilité pour le Conseil constitutionnel de concurrencer les autres institutions, voire seulement de participer à la lutte pour le pouvoir »⁶⁹. La juridicisation de la vie politique impliquée par la mise en place d'une juridiction constitutionnelle n'exclut pas pour autant son inscription dans le jeu politique. Pour DR, « le Conseil, en tant même que juridiction, exerce une activité politique, puisque loin d'être

⁶⁴ « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », *précit.*, p. 376 ; « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 85.
Voir également : « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel : une triple continuité », *précit.*, p. 50.

⁶⁵ « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 17.

⁶⁶ « La légitimité de la justice constitutionnelle », *précit.*, p. 182.

⁶⁷ *DCC*, 1^{ère} édition, p. 382.

⁶⁸ « La légitimité de la justice constitutionnelle », *précit.*, p. 182.

⁶⁹ « Les évolutions de la Vème République. La place du Conseil constitutionnel », *précit.*, p. 39.

soumis à la norme constitutionnelle, il détermine lui-même, par un acte de volonté, le contenu et le sens de la règle applicable »⁷⁰. Cette dimension politique de la juridiction constitutionnelle marque toute la singularité de l'approche proposée par DR. En tant que lieu de pouvoir, le regard porté sur le juge constitutionnel est le même regard qu'il est possible de porter sur d'autres institutions de nature politique, qu'il s'agisse du Parlement, du gouvernement ou du Chef de l'Etat. Ainsi, par exemple, « l'interprétation, logique du travail juridictionnel, n'est pas le produit d'un choix de sens fait librement par le Conseil, mais d'un rapport de force entre des institutions concurrentes »⁷¹. Le juge constitutionnel inscrit son action dans une logique politique dont le ressort repose, précisément, sur un rapport de force.

En tant que lieu de pouvoir, le Conseil constitutionnel peut ainsi faire l'objet d'un regard critique, mettant en évidence les ressorts éventuellement masqués qui président à l'exercice de sa mission. La lecture des décisions du Conseil constitutionnel ne saurait donc s'arrêter à la seule lecture de leurs motivations, éventuellement complétées par les « motivations », complémentaires, en ligne sur le site officiel de l'institution, mais ces décisions se donnent à être vues dans un contexte plus large, intégrant le contexte dans lequel elles sont rendues. Aussi est-il tout à fait naturel de parler de « politique jurisprudentielle » du Conseil constitutionnel⁷², au sein de laquelle il serait, en l'occurrence, possible d'identifier des « grandes tendances »⁷³. Pour DR, il existe en effet un dynamisme interprétatif du juge et une dimension constructive de son discours : « le rôle du Conseil ne se réduit pas à celui, passif, du souffleur rappelant sa partition à l'acteur parlementaire ; il est pleinement une activité politique en ce qu'il est créateur de droit »⁷⁴. Avec la décision du 16 juillet 1971, par exemple, le juge constitutionnel « se pose de manière spectaculaire, comme pouvoir propre, libre, allié ni de l'exécutif ni du législatif, mais des droits et libertés des gouvernés »⁷⁵. Le Conseil constitutionnel fait ainsi vivre la Constitution « en l'adaptant sans cesse aux exigences nouvelles que la vie politique fait naître ultérieurement à sa promulgation »⁷⁶.

Le vitalisme constitutionnel promu par DR repose sur la lecture dynamique et créatrice que peut avoir le Conseil constitutionnel des dispositions constitutionnelles. L'ouverture du Manuel de *Droit du contentieux constitutionnel* est claire en ce sens : « le Conseil constitutionnel est (...) une juridiction qui, par son contrôle de la conformité des lois à la Constitution, à la Déclaration de 1789, au Préambule de 1946 et aux principes à valeur constitutionnelle fait de la Constitution un acte vivant inspirant l'ensemble du système juridique et politique, une charte jurisprudentielle constamment ouverte à la reconnaissance de nouveaux droits et libertés, et qui, par sa

⁷⁰ DCD, 1^{ère} édition, p. 382.

⁷¹ « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 18.

⁷² Voir par exemple : « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 176 ; « Le Conseil constitutionnel (1986-1991). Vie de l'institution et politiques jurisprudentielles », *Pouvoirs*, n° 13, *Le Conseil constitutionnel*, pp. 199-207.

⁷³ « Le Conseil constitutionnel (1986-1991). Vie de l'institution et politiques jurisprudentielles », *précit.*, p. 205.

⁷⁴ « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *précit.*, p. 202.

⁷⁵ « Les évolutions de la Vème République. La place du Conseil constitutionnel », *précit.*, pp. 40-41.

⁷⁶ « Une résurrection : la notion de Constitution », *précit.*, p. 19.

jurisprudence, est devenu, à côté de l'Exécutif et du Législatif, l'organe essentiel du régime politique d'énonciation de la volonté générale, des lois »⁷⁷.

DR considère, en effet, que « dès lors, la seule exigence normative que (les) principes (constitutionnels) énoncent est de réaliser en temps présent les promesses qu'ils annoncent. Ce que fait le juge constitutionnel : en considérant que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle, il réalise au temps présent la « promesse » du droit de chacun aux conditions nécessaires à son développement énoncé en 1946 (...). En d'autres termes, par son interprétation permanente des principes fondateurs, exigée par leur caractère même de promesses, le juge constitutionnel les maintient vivants, c'est-à-dire, ouverts, jamais fétichisés, toujours à redéfinir et, par conséquent, toujours inachevés. (...) Projet inachevé, la constitution sociale continue toujours »⁷⁸. Le pouvoir créateur du juge est ainsi légitimité par la nécessité d'adapter le texte constitutionnel aux exigences du temps présent. Reprenant un concept mis en évidence par Hauriou, DR rappelle que « le juge constitutionnel maintient (...) la constitution sociale au temps présent. Sans lui, les principes fondateurs du vivre-ensemble restent figés au moment de leur énonciation – 1789, 1946 – et finissent par être délaissés comme principes de réflexion des lois »⁷⁹. Il faut voir ici une inscription du Conseil constitutionnel dans la modernité dans la mesure où « loin d'être un contrôle de l'ancien temps – celui de 1789 et de 1946 – sur le temps présent, méconnaissant les intérêts vivants exprimés par la société, la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel se distingue, au contraire, par son acceptation de l'« esprit du temps » »⁸⁰.

§ II – Le droit situé dans la politique : un substantialisme du droit constitutionnel

DR l'exprime, de manière explicite : « 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. 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 »⁸¹. Telle n'est précisément pas la voie que DR emprunte. Celui-ci propose une nouvelle lecture de la démocratie, avec son concept de *démocratie continue*, intégrant la justice constitutionnelle : « avec la justice constitutionnelle, le chemin s'ouvre sur une nouvelle configuration politique »⁸². La continuité est maintenue entre une pensée constitutionnaliste classique, réfléchissant sur les grands concepts du droit constitutionnel, et le nouveau droit constitutionnel, résultant de la mise en place d'une justice constitutionnelle et de la juridicisation de la vie politique. Cette démarche est cohérente avec le choix de DR d'ancrer la justice

⁷⁷ DCC, 1^{ère} édition, p. 11.

⁷⁸ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 86.

⁷⁹ *Loc. cit.*, p. 13

⁸⁰ « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 176.

Voir également : « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 188.

⁸¹ « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *précit.*, p. 1517.

⁸² « La légitimité de la justice constitutionnelle », *précit.*, p. 180.

constitutionnelle dans la vie politique : « la politique ne meurt pas de la Constitution. Elle vit toujours »⁸³. Elle impose en conséquence une relecture constructive des concepts politiques structurants et, en particulier, celui de démocratie. Le succès de ce concept est manifeste, celui-ci fait l'objet d'exposés dans des revues de sciences sociales autres que juridiques⁸⁴ et il est discuté par les auteurs de ces sciences sociales⁸⁵. Le substantialisme du droit constitutionnel se manifeste ainsi par la construction d'un concept politique pour saisir la justice constitutionnelle, celui de démocratie continue (A). De plus, il se manifeste par le rejet du « positivisme », pour une prise en compte des valeurs en droit constitutionnel (B).

A – Un concept politique pour saisir la justice constitutionnelle : la démocratie continue

Pour être précis, le nouveau concept de démocratie proposé par DF est d'abord celui de « démocratie constitutionnelle », requalifié et consolidé ensuite avec la « démocratie continue ». Sur le fond, le même mouvement est décrit, même si, on le verra, il existe des évolutions entre les différentes formulations. La démocratie continue est un concept en mouvement conformément à la dimension vitaliste de la doctrine de DR. En effet, dans les premières éditions du Manuel de *Droit du contentieux constitutionnel*, la « démocratie » est « constitutionnelle » ; elle devient « continue » à partir de la 9^{ème} édition, même si la formule est retenue avant dans des articles. De plus, la démocratie continue a fait l'objet d'un ouvrage collectif, dirigé par DR et auquel il participe, proposant sa propre lecture de ce concept. D'autres articles y sont consacrés et le dernier état de la formulation de ce concept est à rechercher dans son ouvrage *Radicaliser la démocratie*.

Les propositions de définition générale posées par DR ont pu varier dans leur formulation, moins dans leur sens général. Chronologiquement, c'est dans sa contribution, fondatrice, dans l'ouvrage *La Démocratie continue*, qu'il en propose une « définition, provisoire », selon ses propres termes : « elle est distincte de la démocratie directe qui abolit toute distinction entre représentants et représentés ; elle est aussi distincte de la démocratie représentative dont le travail consiste à soustraire l'organe représentatif aux regards ; elle définit un au-delà de la représentation non parce qu'elle la supprimerait mais parce qu'elle transforme et élargit l'espace de la participation populaire en inventant des formes particulières permettant à l'opinion d'exercer un travail politique : le contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux de l'action des gouvernants »⁸⁶. Plus tard, « l'expression « démocratie continue » veut signifier que la participation de tous à la formation de la volonté générale ne se réduit pas au droit de vote mais se poursuit, entre les moments électoraux, par le droit d'intervention législative des citoyens et par leurs droits de regard et donc de contrôle sur les entreprises normatives du système, système qui est alors contraint, par l'action propre des droits des citoyens dans l'espace public, de modifier ses

⁸³ « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 180.

⁸⁴ Dans la revue *Le Débat* en l'occurrence, voir la bibliographie sur ce point.

⁸⁵ Voir, par exemple, P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Points, Essai, 2008, p. 218.

⁸⁶ « De la démocratie continue », in *La Démocratie continue*, *op. cit.*, p. 25.

procédures de décision. En d'autres termes, si la *démocratie continue* ne supprime pas, à la différence de la démocratie directe, la représentation, elle *symbolise* cependant *une transformation radicale des relations de pouvoir, d'une part en remettant la démocratie sur ses pieds, c'est-à-dire les citoyens dans leur espace propre d'interrelations, d'autre part en introduisant dans le système institutionnel représentatif des mécanismes faisant droit à l'exigence de discussion continue comme mode de formation rationnelle des décisions*⁸⁷. Usant d'un triptyque gaullien, il voit la démocratie « continue » se déployer sous trois dimensions : « « Continue » pour dire que l'histoire ne s'arrête pas à la forme représentative et à l'espace national. « Continue » pour dire que le métier de citoyen ne s'arrête pas et ne se définit pas au seul moment du vote mais se poursuit en dehors des moments électoraux ». « Continue » pour dire que les règles de la vie commune n'ont pas de garantie transcendente mais restent toujours entre les mains des hommes qui, par la délibération publique, peuvent en modifier le contenu ou/et le sens »⁸⁸.

Dans la dernière formulation, celle de *Radicaliser la démocratie*, DR soutient que la démocratie continue se déploie autour de trois principes, un *principe politique*, la « représentation-écart », un *principe juridique*, la « double identité du peuple, corps politique et ensemble de citoyen », et un *principe sociologique*, le passage à la « société des individus »⁸⁹. Il semble que la synthèse ainsi proposée puisse être également présentée autrement, d'une manière susceptible de mettre en cohérence, de manière plus visible, la continuité de sa réflexion sur la démocratie continue. La démocratie continue repose en effet sur trois principes qui se complètent, se nourrissent et s'imbriquent entre eux : une géométrie dialectique du pouvoir reposant sur l'opposition entre gouvernants et gouvernés, un renouveau du droit constitutionnel formel consécutif à la mise en place de la justice constitutionnelle et la constitution d'un nouvel espace de discussion et de délibération, l'espace public.

La démocratie repose ainsi, en premier lieu, sur une *géométrie dialectique du pouvoir reposant sur l'opposition entre gouvernants et gouvernés*. DR rejette à la fois la démocratie représentative⁹⁰ et la démocratie directe⁹¹. Il appréhende les pouvoirs, non pas à travers le triptyque classique, pouvoir exécutif, pouvoir législatif et pouvoir juridictionnel, devant s'articuler autour du principe de séparation des pouvoirs, mais à partir d'une nouvelle géométrie des pouvoirs, héritée de Carré de Malberg⁹², opposant gouvernants et gouvernés. Ce choix conduit à abandonner tout regard sur la « séparation des pouvoirs », sans renoncer toutefois à l'objectif qui le sous-tend, à savoir la limitation du pouvoir ou, plus précisément, le refus de concentrer les pouvoirs au sein d'un seul organe. L'opposition dialectique gouvernants/gouvernés entend saisir la réalité de l'exercice du

⁸⁷ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 77.

⁸⁸ « La démocratie continue, ou comment remettre l'Etat à sa place ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Rossetto, op. cit.*, p. 109.

⁸⁹ *Radicaliser la démocratie, op. cit.*, p. 21.

⁹⁰ La critique est parfois forte : « en régime représentatif, la démocratie est toujours en situation de manque sinon de crise » (« De la démocratie continue », in *La Démocratie continue, op. cit.*, p. 5).

⁹¹ Le référendum étant qualifié d'« acte d'acclamation » dans *Radicaliser la démocratie, op. cit.*, p. 21.

⁹² Voir pour une référence à R. Carré de Malberg sur ce point : « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *précit.*, p. 1517.

pouvoir et met en évidence la nécessité du contrôle des derniers sur les premiers : « distincte de la démocratie directe qui abolit toute distinction entre représentants et représentés, distincte aussi de la démocratie représentative dont le travail consiste à soustraire toujours les organes représentatifs au regard du public, la démocratie continue définit un au-delà de la représentation, non parce qu'elle la supprimerait – le droit de vote reste, cela va de soi, un de ses principes constitutifs -, mais parce qu'elle transforme les mécanismes décisionnels en élargissant l'espace de la participation populaire et en inventant des formes particulières qui permettent à l'opinion d'exercer un travail politique : le contrôle continu et effectif, en dehors des moments électoraux, de l'action des gouvernants »⁹³.

Dans cette approche dialectique du pouvoir, le Conseil constitutionnel apparaît comme l'institution de défense des gouvernés et, plus précisément, du peuple. Il « n'est pas, en effet, un représentant supplémentaire du peuple souverain, à côté du Parlement et de l'exécutif ; il est l'institution qui (re)présente au peuple et à ses délégués la souveraineté du peuple telle qu'elle figure dans la Constitution »⁹⁴. Le Conseil constitutionnel est un « tiers médiateur »⁹⁵, qui représente, selon la formule de R. Carré de Malberg, « la conscience des représentants »⁹⁶. La représentation du peuple ne passe plus par l'élection, mais par la sanction du respect du droit par le juge constitutionnel : « les citoyens ne sont plus maintenus à (la) périphérie (du pouvoir), réduits à manifester leur souveraineté dans leur for intérieur ou par un acte, le vote, donnant à ses représentants seuls, l'accès au pouvoir : ils figurent désormais dans l'organisation même du pouvoir par le jeu d'une institution, le Conseil constitutionnel, qui représente leur souveraineté auprès des organes parlementaire et exécutif »⁹⁷.

Au sein des gouvernants, la prééminence de l'exécutif n'est pas niée, mais elle renforce la pertinence de la présence du Conseil constitutionnel en tant que contre-pouvoir : « le Conseil apparaît, du fait du silence et de l'impuissance du Parlement, comme le seul espace où la volonté législative du gouvernement puisse être efficacement discuter »⁹⁸. Il reste que le juge constitutionnel est considéré comme un pouvoir à lui seul et il n'est pas inclu, ni assimilé, au pouvoir juridictionnel, ce dernier disparaissant, en l'occurrence, totalement de l'analyse.

La démocratie continue s'appuie, en deuxième lieu, sur *le renouveau du droit constitutionnel formel consécutif à la mise en place de la justice constitutionnelle*, qui marque « le passage de la Constitution-séparation des pouvoirs à la Constitution-garantie des droits »⁹⁹. La Constitution, en tant que

⁹³ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 88.

⁹⁴ « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », *précit.*, p. 374).

⁹⁵ « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 179.

⁹⁶ « La garantie de la Constitution », in *Liberté, libéraux et constitutions, op. cit.*, p. 344, citant la formule de R. Carré de Malberg, selon laquelle « la conscience des représentants est le tribunal de la constitutionnalité des lois » in « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *Revue politique et parlementaire*, 1927.

⁹⁷ « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 370.

⁹⁸ « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 177.

⁹⁹ « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit.*, p. 366.

Charte des droits et libertés, devient l'instrument au service du juge constitutionnel pour protéger les droits du peuple contre le législateur, défendant ainsi les droits des gouvernés contre les gouvernants. Ainsi, « la Constitution change de signification et tend à devenir l'acte des représentés »¹⁰⁰. DR considère en effet que l'existence d'une « Constitution-charte des droits » produit une « nouvelle « géographie » constitutionnelle » (...) [qui] ne se contente pas d'établir la différenciation entre gouvernés et gouvernants, [mais] implique surtout que soient données à chacune des « parties », les institutions propres à faire vivre cette différence : aux gouvernants, les organes exécutifs et parlementaires ; aux citoyens le Conseil constitutionnel »¹⁰¹. La démocratie constitutionnelle légitime le rôle du Conseil constitutionnel en ce qu'il est producteur d'une forme démocratique qui le légitime et acteur d'un régime d'énonciation concurrentiel de la volonté générale. Le Conseil constitutionnel participe, en effet, d'un « mode concurrentiel de production de la volonté générale »¹⁰².

Le rôle accordé au contrôle de constitutionnalité est décisif en tant qu'instrument de limitation du pouvoir : « la logique du contrôle de constitutionnalité est de donner vie institutionnelle au principe que la Constitution proclamait et déniait aussitôt en droit et en fait : la subordination des représentants aux citoyens »¹⁰³. Il est tout aussi décisif, les deux mouvements de nourrissant de manière réciproque, avec la Constitution envisagée comme une Charte des droits : « la construction progressive d'une charte jurisprudentielle des droits et libertés définit un véritable espace assurant aux représentés leur autonomie par rapport aux représentants. Et, c'est cet espace qui, en mettant les gouvernés en position d'extériorité par rapport aux gouvernants, fait effectivement de la Constitution un instrument de limitation des pouvoirs »¹⁰⁴.

Selon cette lecture, c'est le citoyen justiciable qui apparaît comme la figure motrice de la démocratie continue. DR n'y voit pas pour autant un renoncement à la logique démocratique. « 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 »¹⁰⁵. Plus largement, le contrôle de constitutionnalité apparaît comme renforçant la démocratie en réintroduisant une forme de démocratie directe grâce au justiciable : « le « progrès » démocratique représenté par le contrôle

¹⁰⁰ « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 178.

¹⁰¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2008, 8^{ème} édition, Montchrestien, Domat droit public, p. 502.

¹⁰² « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *précit.*, p. 1517.

Voir également *DCC*, 1^{ère} édition, p. 385.

Voir encore : « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 177.

¹⁰³ « La Constitution ou la politique autrement », *précit.*, p. 178.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ « Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *précit.*, p. 1517.

de constitutionnalité consiste en ce qu'il permet de réintroduire, à l'intérieur de la logique de la démocratie représentative, le principe de la démocratie directe : si la souveraineté du peuple s'exprime nécessairement par la parole de ses délégués, le Conseil lui aménage l'espace lui permettant toujours de se représenter les autorisés et, le cas échéant, les ramenant à son autorité »¹⁰⁶. DR n'en affronte pas moins la contradiction d'une démocratie directe reposant sur l'institution du Conseil constitutionnel : « une des contradictions de la « démocratie continue », contradiction motrice et non destructrice, est, en effet, que la mise en souveraineté du peuple sur ses représentants qui la caractérise ne se réalise pas directement mais par la médiation d'une institution, d'un troisième pouvoir, le Conseil constitutionnel »¹⁰⁷.

La démocratie continue a, en troisième lieu, pour théâtre *un nouvel espace de discussion et de délibération : l'espace public*. Pour DR, celui-ci « est le lieu où, par le principe de discussion qui le structure, s'alimente la démocratie continue. (...) D'abord, parce que la souveraineté est reconduite dans son fondement démocratique »¹⁰⁸ ; « l'espace public est, aussi, la structure sociale de la démocratie continue en ce qu'il est l'espace des droits fondamentaux qui en permettent l'accomplissement »¹⁰⁹ ; « enfin, l'espace public anime la démocratie par la capacité d'imposer en permanence au système politique la prise en charge et le traitement des questions sur lesquelles il s'est mobilisé »¹¹⁰.

DR distingue en effet l'espace public, de l'espace politique, « celui des institutions publiques, de la représentation, de l'Etat », et de l'espace civil, « celui des intérêts privés, des individus pris dans leurs déterminations sociales, leurs activités professionnelles et leurs conflits », le premier étant « compris comme le lieu qui reçoit, par le canal des associations, des mouvements sociaux, des journaux, les idées produites dans l'espace civil et où, par la confrontation et la délibération publique, se construit une opinion publique sur des propositions normatives qui sont ensuite portées dans l'espace politique »¹¹¹. Il faut voir dans l'espace public le nouveau lieu d'expression de l'opinion publique. « Le premier signe distinctif de la démocratie continue est l'introduction dans le champ politique de nouvelles formes organisées de la représentation de l'opinion qui battent en brèche le monopole jusque-là détenu par la forme parlementaire. Dans doute, cette dernière n'a jamais pu empêcher que s'organise, en dehors d'elle, une représentation séparée des groupes sociaux. Mais la concurrence était, là, maîtrisable car l'institution parlementaire avait l'avantage de représenter l'opinion publique générale », quand syndicats, partis, associations et autres groupements ne représentaient que des opinions particulières, des intérêts spécifiques. La relation de concurrence change radicalement lorsque sondages, médias et juges constitutionnels prétendent au même titre que les élus représenter et exprimer également l'opinion publique « générale ». Et les antagonismes impliqués par cette concurrence-là prennent une dimension

¹⁰⁶ « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 369.

¹⁰⁷ « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », *précit.*, p. 371.

¹⁰⁸ « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *précit.*, p. 78.

¹⁰⁹ *Loc. cit.*, p. 7.

¹¹⁰ *Loc. cit.*, p. 10.

¹¹¹ « La démocratie continue, ou comment remettre l'Etat à sa place ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Rossetto*, *op. cit.*, p. 110.

politique fondamentale au sens où elle met en question le fondement du système représentatif parlementaire »¹¹².

Pour DR, l'espace public, par rapport aux espaces politique et civil, devient « l'espace le plus important parce qu'il est celui où se forme la volonté normative » ; « l'espace où se forme la volonté générale. Et elle se forme par la délibération, par la communication des idées, par la confrontation des opinions, par l'échange d'arguments. Donc par la discussion »¹¹³. Cependant, « la discussion ne devient un principe actif et distinctif de la démocratie continue que par le médium du droit »¹¹⁴. La démocratie continue « ne peut exister que par un espace public vivant, critique, démultiplié, mobilisant sans cesse des ressources sociales, associatives, intellectuelles pour imposer à l'espace politique des transactions qui fassent droit à ses exigences politiques »¹¹⁵.

B – Le rejet du « positivisme » : pour une prise en compte des valeurs en droit constitutionnel

Sous l'angle du cadre théorique défendu, DR se veut critique vis-à-vis du « positivisme », ce qui, parce que cette position est explicite et assumée, marque une singularité certaine dans la doctrine constitutionnelle contemporaine et, prône, dans des termes qu'il convient d'explicitier, un retour des valeurs dans le droit constitutionnel et dans son appréhension doctrinale. Ce retour des valeurs s'inscrit de manière cohérente dans la liberté de création jurisprudentielle reconnue au Conseil constitutionnel. Il n'apparaît toutefois pas central dans la pensée de DR et pourrait, en conséquence, être discuté.

Déjà, la Constitution, en tant que système, est envisagé comme un ensemble de valeurs, mais DR semble aller plus loin. Celui-ci considère en effet que la Constitution « fait sens », elle « aborde (...) la question du sens de l'existence humaine et de la vie des hommes en société en exprimant une vision globale du monde, ou, ce que Georges Burdeau appelle une « idée de droit », c'est-à-dire, une représentation de l'ordre social désirable » ; « les constitutions sont, aujourd'hui, les mythologies des sociétés modernes »¹¹⁶.

Le rejet du positivisme se révèle également dans le rejet de l'une de ses analyses, ou, plus précisément, une analyse que DR rattache au positivisme, à savoir le juge « bouche de la Constitution »¹¹⁷. C'est ici, sans doute, une lecture neutralisante ou annihilatrice du pouvoir du juge qui est rejetée. Toute la dimension réaliste de la pensée de DR, mettant en évidence le pouvoir d'appréciation de DR constitue, précisément, un rejet de cette position qu'il considère

¹¹² « De la démocratie continue », in *La démocratie continue, op. cit.*, pp. 10-11.

¹¹³ « La démocratie continue, ou comment remettre l'Etat à sa place ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Rossetto, op. cit.*, p. 111.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Loc. cit.*, p. 112.

¹¹⁶ « Constitution et Conseil constitutionnel », *Revue administrative*, 1994, p. 138.

¹¹⁷ *DCD*, 1^{ère} édition, p. 382.

comme « positiviste ». Dans le Manuel de *Droit du contentieux constitutionnel*, DR renvoie dos à dos les approches naturaliste et positivistes de la justice constitutionnelle pour proposer sa propre lecture de la légitimité de celle-ci¹¹⁸.

Ce retour des valeurs est également une conséquence de l'exigence démocratique. En effet, « le critère de l'exigence démocratique se déplace vers une autre notion, l'éthique, mettant en scène un autre personnage, le juge, le sage. En effet, ce qui est en cause dans la déconstruction contemporaine des sociétés démocratiques, ce n'est pas la Raison, mais la raison positiviste, la raison instrumentale c'est-à-dire celle qui ne pose pas le problème des fins, des valeurs, du sens, mais seulement celui des moyens. C'est cette raison-là, *amputée de sa dimension critique*, qui conduit à l'asservissement et à l'oubli de l'homme, en confondant rationnel et réel, savoir et vérité ». DR préconise que « la Raison peut continuer à saisir la modernité démocratique, à condition qu'elle (re)devienne interrogation sur le sens et la valeur de l'action, à condition qu'elle se pose en critique de la raison instrumentale »¹¹⁹. « L'exigence démocratique peut ainsi se reconstruire sur la base de la raison pratique, la raison axiologique, c'est-à-dire celle qui soumet la légitimité des actions à leur conformité aux valeurs et à l'éthique dans lesquelles la société se reconnaît et s'identifie »¹²⁰.

Au-delà de la dimension critique qu'elle semble imposer au discours sur le droit, cette approche permet également de placer le juge au cœur de cette lecture critique. En effet, « le juge est celui par lequel passe la critique de la raison instrumentale » ; il « devient ainsi celui à qui est demandé d'exercer la fonction critique, celui à qui est demandé de vérifier, de dire si l'action du pouvoir, c'est-à-dire des autres institutions, est conforme aux valeurs et aux principes fondamentaux constitutifs de la société »¹²¹.

Le vitalisme du discours de DR ne saurait laisser sur sa fin, d'autant que l'actualité, avec l'épisode qu'il est convenu de qualifier de « gilets jaunes », démontre aujourd'hui toute la pertinence de sa lecture de la crise de la représentation. Seul le réel paraît toutefois marquer les limites de son analyse politico-juridique, de sa construction légitimante de la justice constitutionnelle avec le concept de démocratie continue. Peut-on, en effet, considérer que le Conseil constitutionnel est actuellement le défenseur et le représentant du peuple contre les autres pouvoirs ? N'est-il pas, au contraire, du côté du pouvoir et donc de l'Etat¹²², et même, un instrument de légitimation du pouvoir de l'Etat sous couvert de la défense du droit ou des droits et libertés. De telles questions en ouvrent une autre qui ne saurait rassurer : qui défend le peuple contre les pouvoirs ?

¹¹⁸ DCD, 1^{ère} édition, pp. 376 et s.

¹¹⁹ « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel d'harmonie », *précit.*, p. 343. Voir également DCC, 1^{ère} édition, p. 374.

¹²⁰ DCC, 1^{ère} édition, p. 374.

¹²¹ *Loc. cit.*, p. 375.

¹²² Voir, par exemple, en ce sens, d'un auteur qui présente, en l'occurrence, une certaine filiation avec DR : S. Mouton, « La QPC et la représentation démocratique : esquisse d'une nouvelle relation entre gouvernants et gouvernés ? », in *Question sur la Question 3 De nouveaux équilibres institutionnels ?*, X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor et S. Mouton (dir.), LGDJ-Lextenso, Grands Colloques, 2014, pp. 49-50.

ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES

- Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestion, Domat Droit public, 1^{ère} édition, 1990, 404 p.
- La démocratie continue*, dir. d'ouvrage, LGDJ-Bruylant, 1995, 165 p.
- Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2015, 235 p.
- « Remarques sur l'activité récente du Conseil constitutionnel : une triple continuité », *RDP*, 1988, p. 51.
- « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, n° 1, pp. 5-22
- « Le Conseil constitutionnel (1986-1991). Vie de l'institution et politiques jurisprudentielles », *Pouvoirs*, 1991, n° 13, p. 199 et p. 205.
- « La Constitution ou la politique autrement », *Le Débat*, 1991/2, n° 64, pp. 176-180.
- « La garantie de la Constitution », in *Liberté, libéraux et constitutions*, J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Economica, 1994, pp. 97-105.
- « Constitution et Conseil constitutionnel », *Revue administrative*, 1994, pp. 137-140.
- « De la démocratie continue », in *La démocratie continue*, sous la direction D. Rousseau, LGDJ-Bruylant, 1995, pp. 5-25.
- « La démocratie continue. Espace public et juge constitutionnel », *Le Débat*, 1997/4, n° 96, pp. 73-88.
- « Du droit constitutionnel sous-ensemble du droit public au droit constitutionnel d'harmonie », *JSLC*, 1995, pp. 337-348.
- « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *Revue administrative*, 1998, n° 301, pp. 197-204.
- « Neuf années au Conseil constitutionnel. Débat entre Jacques Robert et Dominique Rousseau », *RDP*, n° 5/6, 1998, p. 1755
- « Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Jacques Robert*, 1998, pp. 297-313.
- « Y a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France ? », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, pp. 19-24.
- « Pour ou contre la limitation du pouvoir du juge constitutionnel ? », *Revue administrative*, 1998, n° 301, pp. 197-204.
- « La jurisprudence constitutionnelle : quelle « nécessité démocratique » ? », in *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, G. Drago, B. François et N. Molfessis (dir.), Economica, 1999, pp. 365-376.
- « Pour les opinions dissidentes », *Mélanges à Patrice Gélard*, Montchrestien, 1999, pp. 323-332.
- « Les évolutions de la V^{ème} République. La place du Conseil constitutionnel », *Cahiers français, La V^{ème} République, permanence et mutation*, 2001, pp. 39-47.
- « La légitimité de la justice constitutionnelle », in *Constitutionnal Justice in the new millennium*, Almanac, Erevan, Arménie, 2002, p. 179-192.
- « Pour une Cour constitutionnelle », Numéro spécial *RDP*, 1-2, 2002, pp. 566-570

« *The Conseil Constitutionnel confronted with comparative law and the theory of constitutional justice (or Louis Favoren's untenable paradoxes)* », *I.CON*, Vol. 5, Number 1, 2007, p.

« Le droit constitutionnel continue : institutions, garantie des droits et utopie », *RDP*, 2014, n° 6, pp. 1517 et s.

« La démocratie continue, ou comment remettre l'Etat à sa place ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Rossetto*, LGDJ-Lextenso, 2016, pp. 109-116.