

La démocratie, entre essence et expérience

Réponse à Dominique Rousseau

Pierre BRUNET

Suivi de la réponse de D. Rousseau

La conciliation de la justice constitutionnelle avec la démocratie constitue sans doute aujourd'hui l'une des questions théoriques les plus délicates à résoudre en même temps qu'elle apparaît comme un excellent moyen de prendre la mesure des changements de paradigmes que vivent nos sociétés modernes.

Dans le texte qu'il a publié à la *Vie des Idées*¹, Dominique Rousseau enrichit et approfondit l'analyse proposée en 1992 d'une « démocratie continue » et qui s'articule autour de deux thèses. La première porte sur les origines du constitutionnalisme contemporain que caractérise l'avènement du contrôle de constitutionnalité dans les démocraties contemporaines. Selon Dominique Rousseau, la nécessité d'assurer le respect des droits individuels par la juridiction constitutionnelle résulterait de ce que le constitutionnalisme classique – qui conçoit la constitution comme un texte écrit, établissant une séparation des pouvoirs et garantissant des droits – n'a pas su se préserver de pratiques politiques tendant à la réunion de l'exécutif et du législatif dans les mains du chef de l'exécutif. La seconde thèse se veut conceptuelle : cette constitution comme garantie des droits assurée par le contrôle de

¹ <http://www.laviedesidees.fr/Constitutionnalisme-et-democratie.html>

la constitutionnalité de la loi produit non seulement un nouveau concept de démocratie, mais une démocratie « plus démocratique » si l'on peut se permettre ce pléonasmisme car la présence du juge constitutionnel rendrait au peuple la souveraineté que lui aurait captée la démocratie représentative classique.

Aussi brillant que profond, son texte ne manque pas d'impressionner par sa densité et son ampleur. Sa conclusion surprend pourtant le lecteur : faisant part des critiques que certains expriment à l'adresse de ce « constitutionnalisme contemporain » et qu'il défend, Dominique Rousseau juge qu'elles sont le fruit d'une « conception essentialiste de la démocratie » qui tendrait à la « naturalisation d'une forme historique de démocratie » (p. 18). Autrement dit, trop attachées à une conception de la démocratie que Dominique Rousseau appelle lui-même « démocratie électorale » – où le suffrage universel serait « le seul principe de légitimité démocratique » – et à laquelle il oppose la « démocratie par la constitution » dont le principe de légitimité serait... différent, ces critiques s'empêcheraient de penser le temps présent.

Au contraire, explique Dominique Rousseau, il n'est plus nécessaire de s'interroger sur les moyens de concilier la démocratie électorale à l'ancienne avec le contrôle – moderne – de constitutionnalité mais il convient de s'intéresser au concept de démocratie que l'apparition du contrôle de constitutionnalité a produit. Ainsi, plutôt que de partir d'un concept *a priori* (et donc essentialiste) de démocratie, il convient de montrer les évolutions que ce concept subit sous l'effet du renouvellement des institutions politiques et juridiques et donc de la pratique. À s'en tenir là, quiconque entend décrire le système juridique réel ne pourrait que souscrire à une méthode qui semble satisfaire aux canons d'un empirisme trop souvent délaissé par les juristes au profit des cathédrales de papier au sommet desquelles ils ont la fâcheuse habitude de se réfugier.

Il y a cependant chez Dominique Rousseau un hiatus entre la démarche annoncée et celle réellement suivie, hiatus qui suscite une objection majeure et en quelque sorte préalable au point que les deux thèses qu'il défend ne sont guère recevables.

Certes, ce que l'on appelle les « démocraties » contemporaines connaissent presque toutes un contrôle de la constitutionnalité de la loi. Certes encore, ce contrôle remet en cause la conception classique de la « démocratie » dans nos sociétés contemporaines. Mais peut-on en conclure, comme le fait Dominique Rousseau, que ce contrôle est d'autant plus légitime qu'il améliore la « démocratie » ?

On le voit, le seul fait de poser cette question permet de mesurer deux éléments que la démonstration de Dominique Rousseau passe par pertes et profits : la polysémie du terme « démocratie » et la tentation de faire prévaloir les jugements de valeurs sur la description.

Si l'on y regarde à deux fois, on se rend compte que le mot « démocratie » tel que l'emploie Dominique Rousseau ne désigne aucune forme politique identifiée répondant à une définition qui aurait été préalablement posée soit par stipulation soit par description d'un usage quelconque. Il est même parfois employé de façon purement métaphorique. À cet égard, sa conclusion selon laquelle « la démocratie reste un horizon » (p. 18) est assez éloquente. Mais lorsqu'il affirme s'intéresser aux changements que le contrôle de constitutionnalité produit sur le concept de démocratie, Dominique Rousseau ne conçoit nullement cette dernière comme un « horizon » et semble au contraire la tenir pour une réalité institutionnelle ou encore sociale. De même, quand il affirme que « le juge constitutionnel dévoile ce que la représentation voulait cacher : l'oubli du peuple » (p. 10), on a peine à imaginer qu'il ne parle pas du peuple comme d'une entité concrète sinon tangible. Autrement dit, si le mot « démocratie » n'est pas explicitement défini, on ne peut contester que Dominique Rousseau en ait une idée et peut-être même, osons le mot, un préjugé. Or, si elle n'est pas explicitement identifiée, il n'empêche que la forme politique qu'il qualifie de démocratie est identifiable par qui veut bien se donner la peine de l'identifier : c'est un système politique dans lequel la volonté du peuple est produite par deux entités distinctes – le Parlement et le juge constitutionnel – dont les rôles ne sont pas exactement identiques puisque le Parlement est chargé d'exprimer une volonté tandis que le juge constitutionnel est, lui, chargé de vérifier que cette volonté est conforme la constitution. Si elle l'est, la volonté exprimée par le Parlement et soumise au contrôle du Conseil constitutionnel sera imputée au peuple. Si elle ne l'est pas, cette volonté restera celle du Parlement. Ici, la question se pose de savoir à quelle entité sera imputée ce jugement par lequel le juge constitutionnel aura déclaré la volonté du Parlement contraire à la constitution. La constitution elle-même ne fournit pas de réponse. Comme le fait remarquer Dominique Rousseau lui-même (p. 10), le Conseil constitutionnel juge « au vu de la

constitution », comme l'indique les visas de ses décisions. Mais qu'importe : pour Dominique Rousseau, il semble ne pas faire de doute que le Conseil constitutionnel se prononce lui aussi au nom du peuple et que sa volonté lui sera donc imputée. Le peuple parle donc à travers le juge constitutionnel. Ainsi, le Conseil constitutionnel est-il un représentant du peuple et le contrôle de constitutionnalité une garantie de la démocratie.

Dans ces conditions, l'affirmation selon laquelle le contrôle de constitutionnalité produit un nouveau concept de démocratie ne consiste pas seulement en une thèse descriptive : elle est également très largement persuasive sinon prescriptive.

Elle est persuasive parce qu'elle laisse entendre qu'il est tout à fait légitime d'employer le mot de « démocratie » pour désigner un système politique dans lequel est exercé le contrôle de constitutionnalité. Or, puisque c'est précisément la légitimité de cet emploi ce qui fait problème ici, on ne saurait prétendre avoir démontré quoi que ce soit en tenant ce problème pour résolu avant même de l'avoir posé.

La thèse défendue par Dominique Rousseau est également prescriptive puisqu'il ne fait aucun doute, à le lire, que cette « démocratie par la constitution » ou cette « démocratie continue » est bien évidemment préférable à la « démocratie électorale » à laquelle elle succède, parce qu'elle est, selon lui, tout simplement *plus démocratique*.

Or, parmi les critiques auxquels fait allusion Dominique Rousseau, il en est (ici, je parle pour moi) qui n'ont aucune difficulté à admettre que le système politique désigné habituellement du nom de démocratie a profondément changé depuis qu'a été introduite la justice constitutionnelle. Mieux, le changement est tellement profond que cette démocratie-là n'a que le nom de commun avec la démocratie représentative classique, tout comme cette dernière n'avait que le nom de commun avec celle de la Grèce antique. Dès lors, il serait peut-être plus éclairant de ne pas employer le même mot pour désigner deux réalités aussi différentes ou, du moins, on ne peut employer le même mot sans s'interroger sur les conséquences (pragmatiques) de cet emploi.

Dire cela ne signifie pas du tout que l'on soit attaché à une conception essentialiste de la démocratie et que l'on tende à en naturaliser une forme historique. Au contraire ! c'est reconnaître que l'on est tellement détaché d'une quelconque essence que l'on serait même prêt à reconnaître qu'il y a autant de sens du mot « démocratie » qu'il y a de gens pour l'employer. Mais parce que c'est un nom et non une essence, chacun de ces emplois doit être analysé et évalué à l'aune des fins poursuivies par celui-là même qui l'utilise. Or, il en est de ce nom comme de beaucoup d'autres : les usages peuvent en être descriptifs mais aussi prescriptifs. Quand Dominique Rousseau cherche à prouver que le système politique qu'il qualifie de « régime concurrentiel d'énonciation de la volonté générale » (p. 12 et p. 14) ou encore de « régime concurrentiel de production de la volonté générale » (p. 12) est plus démocratique qu'un autre, il ne décrit rien : son propos consiste à dissimuler une norme sous un jugement de valeur et à faire un usage prescriptif du mot démocratie. En effet, si le contrôle de constitutionnalité améliore la démocratie, et si la démocratie est bonne, alors, il faudrait être bien mal intentionné pour ne pas reconnaître que ce contrôle est bon. Il n'empêche que si la prémisse majeure ne décrit rien et n'est elle-même ni vraie ni fausse, la conclusion à laquelle on aboutit ne saurait constituer une quelconque vérité. Autrement dit, de ce que j'aime les fraises, je ne peux prétendre logiquement déduire qu'il est vrai que je dois reprendre de la tarte...

Ainsi, parce qu'ils sont attentifs aux usages de certains noms et notamment de celui de démocratie, les critiques que raille en douceur Dominique Rousseau ne sont pas, du moins pas tous, des essentialistes égarés dans le monde moderne. Mieux, ils peuvent eux aussi se revendiquer de cet empirisme qui manque si souvent aux juristes.

Réponse à Pierre Brunet

Dominique ROUSSEAU

La contribution de Pierre Brunet au débat sur le sens du constitutionnalisme contemporain mériterait – et méritera – une réponse plus longue et surtout plus argumentée que celle proposée ici. Pour l'heure, je me limiterai à en faire l'esquisse. Qui, j'espère, ne sera lue comme une esquisse !

Pierre Brunet me reproche de partir dans la réflexion sur constitutionnalisme et démocratie sans avoir défini préalablement la notion de démocratie qui me sert de référence. Il me serait évidemment facile de relever que Pierre Brunet ne précise jamais lui-même la notion de démocratie qui lui permet de dire que toutes les constructions doctrinales se donnant pour objet de justifier démocratiquement la justice constitutionnelle échouent et dissimulent en réalité « une conception aristocratique de la démocratie »². Pour dire cela, pour dire que la doctrine n'arrivera jamais à convaincre que le contrôle de constitutionnalité n'est pas autre chose que « l'ultime moyen de tenir le peuple, même représenté, en dehors du jeu politique », il faut bien avoir, au moins dans son arrière-boutique, une idée de ce qu'est la « vraie » démocratie. Mais je ne le ferais pas car tel n'est pas mon registre. Mon propos, en effet, n'est pas de répondre à la question 'pourquoi faut-il nécessairement confier à des juges le soin de contrôler la loi', ou, 'est-il démocratique de confier à des juges le contrôle de la loi' ; il est 'les juges ayant reçu compétence pour contrôler la loi, quelle forme de démocratie est engagée par cette nouvelle propriété constitutionnelle'. Je ne dis pas qu'il 'faut nécessairement' confier aux juges le soin de contrôler la loi pour qu'une société soit vraiment démocratique ; je dis que ce soin leur ayant été confié, quelles conséquences sur la notion de démocratie ? Et pour distinguer la forme de démocratie sans contrôle de la forme avec contrôle, j'appelle la première « démocratie électorale » parce que l'élection est son principe actif et la seconde « démocratie continue » parce que le contrôle, dont le contrôle par le juge n'est qu'un élément, est son principe actif. Et bien sûr, mon propos n'est pas de dire que la seconde est « plus démocratique » que la première ; il est seulement de faire apparaître les propriétés de cette démocratie continue : l'écart et non la fusion, la délibération et non la révélation, les citoyens et non l'État.

Je suis bien d'accord avec Pierre Brunet sur le fait qu'on pourrait dénommer autrement que 'démocratie' un régime constitutionnel où des juges contrôlent la constitutionnalité des lois ; mais on pourrait aussi appeler autrement que 'démocratie' un régime où le peuple par son vote peut faire tout ce qu'il veut. Sauf, et il faut bien revenir à l'arrière-boutique, si Pierre Brunet considère que seul mérite le nom de démocratie le régime où le peuple règne par le suffrage universel. Pour ma part, par défaut d'imagination sans doute, je garde le mot démocratie mais je le définis, car je le définis !, différemment selon qu'il comprend ou non un contrôle de constitutionnalité de la loi. Et je considère qu'il est aussi légitime de parler de démocratie dans l'un et l'autre cas alors que Pierre Brunet laisse penser que c'est légitime dans un cas, celui où le peuple règne par le suffrage universel, mais pas dans l'autre, celui où la loi est contrôlée par des juges. Où on retrouve sans cesse ce présupposé, qui ne peut s'avouer sous peine de ruiner la critique, selon lequel, quelle que soit la manière de présenter les choses, le contrôle de la loi par des juges, ce n'est pas démocratique.

Si ma thèse est persuasive, ma foi – si j'ose dire – tant mieux. Est-elle prescriptive ? Mais oui, bien sûr ! Je ne dissimule rien, contrairement à ce qu'écrit Pierre Brunet et alors que je ne suis pas sûr que Pierre Brunet ne dissimule pas, lui, un jugement de valeur derrière une apparente neutralité descriptive de la pensée des autres. Oui, après – après et non avant – avoir étudié, dans la limite des moyens qui sont les miens, les deux formes de démocraties, après avoir identifié les propriétés des deux formes de démocratie, je dis ma préférence pour la démocratie continue. Serait-ce un crime de lèse-scientificité ? Serait-ce là la preuve du caractère idéologique de mon propos ? Serait-ce là la preuve que tout mon raisonnement est faussé et donc ne vaut rien ? Débat classique ! Pour ma part, je considère que mon travail de

² Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? in *La notion de « Justice constitutionnelle »*, Dalloz, 2005.

constitutionnaliste ne s'arrête pas à la 'description' des systèmes et formes constitutionnels ; qu'il continue, à partir de ce travail, dans une appréciation assumée, revendiquée, exposée à la critique publique, de ces systèmes et formes ; que cette appréciation, dès lors qu'elle est, précisément, exposée publiquement n'enlève rien à la qualité 'scientifique' d'un raisonnement ; qu'elle en est peut-être même la condition de possibilité. Autrement dit, pour inviter Pierre Brunet à une table plus garnie que par une pauvre tarte aux fraises, je peux décrire les poires, les pommes, les cerises et les fraises et affirmer ma préférence pour les fraises sans que ma description des poires, des pommes et des cerises soit « plombée » par l'affirmation de cette préférence... Et en plus je préfère finir sur le fromage !

Texte paru dans laviedesidees.fr, le 9 octobre 2008

© laviedesidees.fr