

## SAUVEGARDE JURIDIQUE ET PARTICIPATION POLITIQUE : DEUX FACES NECESSAIRES POUR UN NOUVEAU DROIT CONSTITUTIONNEL

Marie de CAZALS

Doctorante à l'Université des Sciences sociales de Toulouse 1  
Membre du Centre d'Etudes et de Recherches Constitutionnelles et Politiques (CERCP)

« Constitution, enseignement et doctrine », il ne pouvait y avoir meilleur titre pour résumer l'attente d'un nouveau droit constitutionnel. Chacun des termes pris séparément fait écho à ce qui a fondé en son temps un nouveau droit constitutionnel et, aujourd'hui, à ce qui fait, puis fera le nouveau droit constitutionnel. Chacun de ces termes reste néanmoins intimement lié aux autres. Ils ne peuvent exister les uns sans les autres. Que serait la Constitution sans la doctrine et l'enseignement ? Que serait la doctrine sans la Constitution et l'enseignement ? Que serait enfin l'enseignement sans la Constitution et la doctrine ? Ils ne seraient rien.

La Constitution, en premier lieu, focalise l'attention du droit moderne<sup>1</sup>. L'avènement progressif de l'Etat de droit n'a cessé de renforcer sa position centrale à tel point qu'il n'est plus possible d'aborder le droit sans songer à la constitutionnalisation de ses branches. Conçue pour protéger les citoyens contre l'éventualité d'un pouvoir oppressif, le constitutionnalisme<sup>2</sup> a permis que la Constitution soit érigée en norme suprême ; tout en découle ou du moins, tout doit s'y conformer. Faut-il dès lors rappeler l'évidence selon laquelle désormais « *au commencement du droit est la Constitution* »<sup>3</sup> ? Certains, pétris des enseignements reçus, ne verront qu'une lapalissade. Pourtant, cette certitude nécessite qu'on s'en souvienne, car la mémoire oublie facilement ce qu'elle considère comme acquis. Des auteurs y songent<sup>4</sup>, mais ils sont néanmoins rares et la doctrine préfère bien souvent la sous-entendre. Or, le droit constitutionnel dans son intitulé même montre à quel point la Constitution est un élément central. Il est le droit de la Constitution. Dans cette logique, sans préjuger d'une antériorité de l'un de ces trois éléments sur les autres, la Constitution se présente comme première. Vient ensuite, ou concomitamment, la doctrine constitutionnelle qui s'intéresse au droit constitutionnel. Il est l'objet de ses investigations. Elle s'interroge sur son devenir, en propose des interprétations et des constructions théoriques. Enfin, elle véhicule son savoir et l'approche qu'elle en a grâce aux échanges entretenus entre ses membres mais, aussi et surtout, par la confrontation et la formulation devant un public novice. L'enseignement vient alors. Toujours recommencé, il est porteur d'un nouveau droit constitutionnel en ce qu'il s'adresse à un public ignorant qui lui impose de s'actualiser. Ce public jeune en formation ne dispose pas *a priori* de la science pour faire progresser

---

<sup>1</sup> Le droit moderne s'entend ici du droit depuis la Révolution française. Les lois du royaumes qui préfiguraient d'une certaine façon les constitutions modernes ne seront donc pas étudiées, de même que la redécouverte et l'enseignement du droit romain ainsi que la doctrine de l'ancien régime *lato sensu*.

<sup>2</sup> Le constitutionnalisme traduit « *l'acceptation à la fois juridique et politique de la supériorité de la Constitution sur tout autre norme. Politiquement, le constitutionnalisme signifie que la loi fondamentale est la traduction du pacte social conclu entre toutes les composantes du pays. Parce qu'elle incarne l'adhésion de l'immense majorité des éléments du corps social, la Constitution bénéficie d'une légitimité érigée en mythe sacralisé [...]* », Christian BIDEGARAY, « Constitutionnalisme », in Olivier DUHAMEL, Yves MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 212.

<sup>3</sup> Francis DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2000, p. 11, cité par Marc Verdussen, « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus », in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruylant, 2008, p. 1657.

<sup>4</sup> *Ibid.*.

immédiatement le droit constitutionnel. Il a néanmoins pour lui la fougue et la certitude que le monde peut être changé. C'est donc à ce public que le nouveau droit constitutionnel doit son existence. Les générations sont passées oubliant qu'elles ont été jeunes et porteuses de nouveauté, bousculées par de nouvelles générations tout autant avides d'innovations et de changements. Ce public, à qui se destine l'enseignement, est la source de vie tant de la Constitution que de la doctrine. Le droit constitutionnel lui devra toujours et encore sa nouveauté. Interrogeons le passé et ses figures marquantes<sup>5</sup>. L'ancienne jeune garde de la pensée constitutionnelle française, aujourd'hui inscrite au Panthéon des auteurs classiques, a su en son temps bousculer la pensée constitutionnelle. Les bénéficiaires des enseignements étaient devenus dans l'intervalle la doctrine. Ils pouvaient tout à la fois influencer le droit constitutionnel et s'enrichir à leur tour des enseignements procurés. Le couple enseignement-doctrine se présente donc en continuelle interaction. Le droit constitutionnel s'enrichit de ce mouvement de va-et-vient. Il évolue dans ce qu'il est, dans la manière dont il est pensé et dans la manière dont il est enseigné. Ce lien ainsi mis en évidence entre la Constitution, l'enseignement, la doctrine ne résume pas à lui seul le droit constitutionnel. Il est le droit de la Constitution ce qui signifie aussi qu'il est le droit du souverain c'est-à-dire, des citoyens. En dépit de cela, les mécanismes constitutionnels et le fonctionnement du régime parlementaire français ont accaparé l'attention mettant en avant un droit substantiel de la Constitution dans lequel les citoyens n'apparaissent plus comme l'enjeu premier. Or, si la substance demeure bien essentielle, son incomplétude actuelle pose problème dans l'avènement d'un nouveau droit constitutionnel. C'est avant tout par et pour les citoyens que les constitutions ont été écrites. Ils doivent être replacés au centre du processus démocratique et ne pas être étouffés par un individualisme galopant exacerbé par la découverte de la richesse du contenu constitutionnel. « *Acte par lequel les citoyens définissent les conditions d'exercice du pouvoir politique* »<sup>6</sup>, la Constitution leur est destinée au premier chef. A cet énoncé classique, le *Dictionnaire constitutionnel* en ajoute deux autres significatifs de l'approche actuelle qui est faite du droit constitutionnel. La Constitution est un « *acte vivant, ouvert à la création continue de droits et libertés* »<sup>7</sup>. C'est la conception de la Constitution, charte jurisprudentielle des droits et libertés que l'on retrouve ici<sup>8</sup>. Il s'agit alors du droit interprété par le juge constitutionnel à travers le prisme de la Constitution. Ce droit par la Constitution se fait au bénéfice de l'individu qui devient la préoccupation première du droit substantiel tiré de la Constitution et qui élude le citoyen. Enfin, la Constitution est un « *acte qui informe la société – informe au sens de donner une forme, une structure, une signification à la société* »<sup>9</sup>. Mais, informe aussi, selon nous, dans l'acception seconde du terme à savoir celle qui donne des informations sur l'état démocratique de la société concernée. Et c'est là que la proposition d'un nouveau droit constitutionnel fait difficulté. Si le droit constitutionnel est le droit des citoyens, il est le droit destiné à leur protection et à leur participation politique. En effet, en tant que droit de la Constitution, il pose les règles du jeu. L'explosion jurisprudentielle des droits et libertés souligne avec excès la prise en compte nécessaire du premier aspect du droit constitutionnel, tandis que le second est vainement à rechercher. Dans ces conditions, est-il honnête de parler d'un nouveau droit constitutionnel lorsque, finalement, le citoyen ne constitue l'enjeu premier ni dans les droits et libertés, ni dans les constitutions ? Face à

---

<sup>5</sup> Lire en ce sens les stimulants travaux de Stéphane PINON, *Les réformistes constitutionnels des années 30. Aux origines de la V<sup>ème</sup> République*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 114, 2003 ; « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Politeia*, n°10, 2006.

<sup>6</sup> Dominique ROUSSEAU, « Constitution », in Olivier DUHAMEL, Yves MENY, *op. cit.*, p. 208.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>8</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 7<sup>ème</sup> édition, 2006, p. 409.

<sup>9</sup> « Constitution », *op. cit.*, p. 211.

l'individu protégé, le citoyen fait pâle figure. Face aux constitutions, le citoyen s'efface devant les gouvernants. En effet, « *les constitutions valorisent sans doute la figure du citoyen et énoncent toutes le principe du "gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple", mais elles consacrent l'essentiel de leurs dispositions à déposséder le peuple de son pouvoir en organisant et légitimant l'existence et la parole des représentants et par conséquent l'absence et le silence des représentés.* »<sup>10</sup> Or, le nouveau droit constitutionnel sera celui qui entendra la démocratie représentative dans toute la richesse de l'expression. La Constitution en tant qu'information de la société se comprendra alors à la fois comme nécessairement représentative et comme effectivement démocratique. Le nouveau droit constitutionnel ne peut être fêté, car s'il y a bien eu renouveau, puis renouvellement du droit constitutionnel (I), cela ne concerne pas la seconde face du droit de la Constitution entendu comme droit à la participation politique. Ce dernier ne connaît aucune évolution et il se résume restrictivement au droit de suffrage. Le nouveau droit constitutionnel nous paraît dès lors introuvable (II).

## I. Un nouveau droit constitutionnel prétendu

Jusqu'à quel point peut-on parler de nouveauté ? Telle est la question que soulève l'idée selon laquelle nous serions en présence d'un nouveau droit constitutionnel. La nouveauté souligne le caractère récent d'un fait, d'un événement ou d'une situation qui est connue depuis peu. Elle désigne quelque chose d'inédit. Elle indique par ailleurs un remplacement, une succession ou un ajout en fonction de la situation considérée. Il y a donc une gradation dans l'appréciation de ce qui est nouveau qui, dans le cas du droit constitutionnel, peut amener à voir dans toute modification, même mineure, une nouveauté. Pourtant, le droit constitutionnel de la V<sup>ème</sup> République n'a pas fondamentalement et quant à parler de nouveauté en matière doctrinale, cela nécessiterait que l'on soit en présence d'un changement important. Dès lors, il semble plus pertinent de préférer parler d'un renouveau du droit constitutionnel en ce qui concerne l'approche faite depuis le milieu des années soixante-dix (A) et du renouvellement qui l'a suivi (B), plutôt que de nouveauté.

### A. Le renouveau du droit constitutionnel

Parmi les auteurs qui ont rendu compte de l'évolution « *très importante de notre droit constitutionnel* »<sup>11</sup>, le Professeur Favoreu occupe une place à part. La définition qu'il envisage en 1975 du principe de constitutionnalité permet de dégager la transformation fondamentale qui va se produire dans le droit constitutionnel français. Dans son travail d'appréciation de la conformité des textes qui lui sont soumis à la Constitution, le juge constitutionnel a révélé, grâce au bloc de constitutionnalité, la conception extensive de la notion de Constitution<sup>12</sup>. A partir de cet instant, la progression du droit constitutionnel allait devenir exponentielle. Dès lors, s'il aurait pu être question d'un nouveau droit constitutionnel, la doctrine préféra sagement parler d'un renouveau du droit constitutionnel. Nous n'assistons pourtant pas au « *retour à un état précédent après un déclin* »<sup>13</sup> et le changement introduit ne se limitait pas à l'apparition de formes nouvelles plus riches, mais bien à la reconnaissance d'une innovation dans le droit constitutionnel français. Cependant, l'appréciation visionnaire portée par le Professeur Favoreu quant à la définition donnée de la Constitution par le Conseil

---

<sup>10</sup> Dominique ROUSSEAU, « La présence/absence du citoyen dans la pensée constitutionnelle », in *En hommage à Francis Delpérée, op. cit.*, p. 1372.

<sup>11</sup> Louis FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1975, p. 33.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>13</sup> « Renouveau », *Le Petit Larousse*, Larousse, Paris, 2008, p. 876.

constitutionnel ne fut pas considérée comme telle car, contenue dans le texte constitutionnel, elle attendait d'être dévoilée. Dès lors en souffrance, il lui manquait l'audace de l'interprète. La définition extensive de la notion de Constitution symbolisait sûrement le retour du printemps pour le droit constitutionnel<sup>14</sup> et l'importance des changements occasionnés, induisait certainement une révolution. Si cela apparaît avec évidence dès 1980 pour le Professeur Favoreu<sup>15</sup>, la doctrine demanda un peu plus de temps pour assimiler les changements. La révolution avait bien eu lieu : un changement d'état irrésistible et nécessaire s'était produit permettant le « *retour à un état de nature originnaire ou à une voie dont on avait été détourné* »<sup>16</sup>. A ce sens premier associé au mot révolution, la Révolution française a ajouté une autre dimension : celle de « *nouveauté radicale* ». A cet égard, le droit constitutionnel profite des deux acceptions : d'une part, il bénéficie d'une révolution du temps puisque ses mérites sont redécouverts et, d'autre part, le Conseil constitutionnel apparaît dans le droit constitutionnel français comme une nouveauté, certes institutionnelle, mais dont la portée juridique est sans précédent. En effet, l'œuvre du Conseil a donné une dimension radicalement différente du droit constitutionnel en transformant l'idée de Constitution en norme. Les enseignements ont aussi changé. Ce n'est plus un droit de l'exégèse du texte constitutionnel, mais l'explication d'un droit interprété et protégé par une juridiction dont les décisions s'imposent aux gouvernants. Nul ne songerait aujourd'hui à ignorer l'apport de la jurisprudence du Conseil. Nous sommes bien loin du constat fait par le Doyen Favoreu qui notait le retard considérable pris par l'enseignement quant à la prise en compte de cet apport. Si ce dernier n'était « *pratiquement pas enseigné et la plupart des juristes [terminaient] leur licence ou leur maîtrise sans avoir eu un enseignement regroupant l'ensemble de ces apports* »<sup>17</sup>, ce n'est plus le cas aujourd'hui.

Ainsi donc, la Constitution de la V<sup>ème</sup> République était porteuse d'une évolution de la notion même de Constitution qui induisait nécessairement une adaptation du droit constitutionnel entendu comme droit de la Constitution. Le renouveau tant attendu était enfin arrivé. Synonyme de « *retour, reprise* »<sup>18</sup>, le renouveau du droit constitutionnel a été célébré par la doctrine constitutionnaliste<sup>19</sup> qui trouvait un domaine étendu pour son analyse et sa critique. L'enseignement suivait et proposait une dimension inédite du droit constitutionnel.

En définitive, le renouveau marque ici davantage les changements – en dépit de leur profondeur – entraînés par ces nouvelles acceptions plus que ne le ferait la nouveauté<sup>20</sup>. Contenues en germe dans le texte de la Constitution *lato sensu*, les potentialités ont été découvertes et exploitées annonçant par là même un renouvellement du droit constitutionnel.

## B. Le renouvellement du droit constitutionnel

<sup>14</sup> Le Professeur Delpérée a rendu compte de la transfiguration du monde constitutionnel. Il a alors mesuré « *l'état de renouveau du droit constitutionnel* » en recourant à l'image du renouvellement des saisons. Le printemps, saison créatrice, marque la renaissance de ce droit. Francis Delpérée, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, n°, 2008, p. 227.

<sup>15</sup> Louis FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 17.

<sup>16</sup> Jean LECA, « Révolution », in Olivier DUHAMEL, Yves MENY, *op. cit.*, p. 934.

<sup>17</sup> Louis FAVOREU, « L'apport du Conseil ... », *op. cit.*, p. 26.

<sup>18</sup> « Renouveau », *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Robert I*, Le Robert, 1985, p. 1665.

<sup>19</sup> La doctrine a eu du mal à se départir des schémas intellectuels hérités des républiques précédentes refusant d'intégrer le changement introduit dans le titre VII de la Constitution du 4 octobre 1958. Le Doyen Favoreu constatait que « *tout se passe comme si l'on était à l'époque de la IIIème ou de la IVème République, lorsque la Constitution restait lettre morte et que le contrôle de constitutionnalité n'existait pas* », Louis FAVOREU, « L'apport du Conseil ... », *op. cit.*, p. 26.

<sup>20</sup> En 1990, le Professeur Favoreu recourt à ce terme et montre l'évolution parcourue en dix années par le droit constitutionnel. Voir Louis FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n°1, 1990, p. 80.

La doctrine, par ses enseignements et l'intérêt porté au droit constitutionnel, contribue à le changer. Elle s'est pour une part progressivement détachée des cadres de pensée auxquels les différentes générations de juristes avaient eu recours. Le modèle libéral, bien que toujours présent, n'est plus suivi aveuglement et, sans en nier l'apport, la doctrine s'est orientée vers des pistes nouvelles. Le mouvement engagé dans les années soixante-dix, qui a débouché sur le renouveau de l'idée de Constitution, s'est poursuivi avec le renouvellement du droit constitutionnel. Les réflexions menées sur la démocratie et l'Etat de droit y sont pour beaucoup. Le renouveau du droit constitutionnel, après avoir redonné un sens à cette discipline, a rendu son objet d'étude spécifique et l'a considérablement étendu. Dès lors, le droit de la Constitution tel qu'il ressort de l'existence de la norme constitutionnelle va bien au-delà d'un remplacement des choses par d'autres semblables. Il n'est pas un simple recommencement, une réitération qui tend à reproduire de manière quasi immuable l'existant. Du fait de l'incidence de la jurisprudence constitutionnelle, le renouvellement du droit constitutionnel se traduit par un « *changement complet des formes* »<sup>21</sup> créant un état nouveau dans lequel le droit de la Constitution constitue, sans la moindre ambiguïté, le fondement du droit. On assiste à la naissance de nouveaux équilibres non prévus par le droit constitutionnel institutionnel classique où la figure du juge constitutionnel occupe une place privilégiée. Le renouvellement effectué a fait de la Constitution un texte normatif évolutif en adéquation constante avec les mutations, les changements, les évolutions de la société qu'elle régit. Parfaitement explicité par le Professeur Dominique Rousseau, la Constitution est désormais en formation continue du fait de la protection juridictionnelle des droits et libertés. Cette spécificité n'est toutefois pas propre à la France et l'approche ainsi faite des droits fondamentaux a été notamment préparée sous l'influence de la jurisprudence européenne. Le droit comparé ainsi que la mondialisation et l'internationalisation ont également été déterminants. Ils ont chacun à leur façon contribué au renouvellement de la doctrine et de l'enseignement du droit constitutionnel. Sous ces multiples influences, l'explosion de la protection juridictionnelle de ces droits en France a permis d'assimiler la Constitution à une Charte jurisprudentielle des droits et libertés<sup>22</sup>. Au vu de ces différents éléments, l'existence d'un renouvellement du droit constitutionnel français peut être reconnue sans la moindre hésitation. Dès lors, il n'est ni audacieux, ni contradictoire de parler de nouveauté dans le droit constitutionnel dans la mesure où certains éléments ont évolué. En revanche, nous sommes encore bien loin du nouveau droit constitutionnel tant annoncé et il paraît hâtif de prétendre à son avènement. Que ce soit en terme de renouveau ou de renouvellement, le droit constitutionnel fait l'impasse sur la participation politique comme droit de la Constitution. Certains objecteront que la participation politique est bien présente, mais au travers des droits et libertés politiques. Or, elle nécessite une place spécifique que l'émancipation du droit constitutionnel ne semble pas prêt à reconnaître. En faisant la part belle aux droits et libertés, le droit constitutionnel ainsi redéfini, traduit en terme juridique une prise en compte partielle de la démocratie et de l'Etat de droit. En effet, l'accroissement du droit constitutionnel a suivi trois axes principaux : les institutions, les normes et la protection des droits et libertés. La participation politique est perdue au milieu du droit constitutionnel institutionnel et y est généralement présentée de façon succincte. Ce sont ces trois piliers qui sont présentés comme étant le droit constitutionnel. Plus exactement, le « *droit constitutionnel moderne* »<sup>23</sup> par opposition à l'approche classique limitée au droit constitutionnel institutionnel. Il paraît dans ces conditions difficile de trouver un nouveau droit constitutionnel.

---

<sup>21</sup> « Renouvellement », *ibid.*, p. 1666.

<sup>22</sup> Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990.

<sup>23</sup> Louis FAVOREU, « Le droit constitutionnel ... », *op. cit.*, p. 74.

## II. Un nouveau droit constitutionnel introuvable

Afin de pouvoir parler d'un nouveau droit constitutionnel, il faudrait que les deux faces complémentaires qui forment le droit de la Constitution connaissent un niveau de reconnaissance équivalent. Or, la participation politique a été délaissée au profit des droits et libertés. Plus précisément, la mise en avant des droits fondamentaux a accaparé toute l'attention, laissant la participation politique se résumer au droit de suffrage. Le renforcement de l'individu à travers ces droits ébranle le citoyen et accentue le malaise de la démocratie représentative. A ce jour, la méconnaissance de la participation politique (A) n'autorise pas à parler d'un nouveau droit constitutionnel malgré les efforts apparents manifestés lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (B).

### A. La méconnaissance de la participation politique

L'irruption des droits fondamentaux sur le devant de la scène remet en jeu les présupposés admis depuis la Révolution. Cela pourrait être envisagé comme traduisant la vigueur du droit et notamment du droit constitutionnel. Or, les conséquences de l'hégémonie de ces droits induisent bien plus de difficultés qu'elles n'en résolvent. Ainsi, « *alors que les droits de l'homme, et dans leur sillage, les libertés publiques véhiculaient un imaginaire collectif, un projet politique auquel tous pouvaient souscrire, les droits fondamentaux font au contraire saillir les intérêts contradictoires et les dissensions inhérents à toute société* »<sup>24</sup>. Ils introduisent une tension permanente entre des intérêts contradictoires et sapent les fondements de la démocratie représentative. La crainte devient alors sérieuse de voir dans la protection des droits fondamentaux un risque d'éclatement du droit constitutionnel. Composé d'un agrégat infini, le droit de la Constitution ne serait plus tel qu'il a été conçu : un droit porteur de valeur et de projets collectifs. Il ne serait plus le droit né de la volonté du souverain exprimé par le pouvoir constituant originaire ou dérivé, mais un droit appliqué dans le plus pur respect du calque tracé par le juge constitutionnel. Ce dernier a été institué par la Constitution, mais telle la créature qui s'émancipe de son créateur, il s'autonomise au point de dire ce qu'est le droit constitutionnel. Bien plus, avec la Constitution charte jurisprudentielle des droits et libertés, le Conseil constitutionnel devient « *l'institution originaire qui s'arroge le pouvoir de faire exister, d'instituer le souverain : il le donne à voir en le faisant accéder à l'altérité et en rendant possible une actualisation de sa volonté au gré de la jurisprudence, qui est présumée construire l'espace démocratique* »<sup>25</sup>. Ce nouveau Léviathan n'explique pourtant pas le peu d'intérêt porté à la refondation de la participation politique. Il permet juste de mettre l'accent sur le déséquilibre qui se produit au sein du droit constitutionnel et qui est représentatif de l'état de la société française. Ce n'est donc pas dans une attaque en règle du juge constitutionnel que réside la solution. Son travail dans la mise en œuvre de l'Etat de droit est inégalable. Devenu ainsi incontournable, le juge constitutionnel doit pouvoir s'adosser à la démocratie comprise ici comme une participation accrue du souverain. Force est de reconnaître que l'étendue de cette participation et l'encadrement du droit de suffrage ne militent pas en ce sens.

Par ailleurs, l'importance prise par les droits et libertés implique un autre risque, celui de faire perdre toute sa valeur à la Constitution. Lorsqu'une société exclusivement bâtie sur la consécration juridique des droits fondamentaux sera établie, la Constitution descendra de son piédestal pour devenir une norme parmi les autres. Dès lors, à cette perte de sens qui risque

---

<sup>24</sup> Antonino TROIANELLO, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, p. 65.

<sup>25</sup> Eric DESMONS, « Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès) », *Droits*, PUF, 2001, pp. 25-26.

fort d'entraîner le droit constitutionnel vers des abîmes d'où il ne reviendra pas, le nouveau droit constitutionnel doit s'attacher à véritablement restaurer la figure du citoyen tout en continuant à préserver les droits et libertés. Pour l'heure, ce n'est pas ce qui est fait, la démarche suivie consiste à reconnaître en priorité l'individu devant le citoyen. L'individu surclasse même le citoyen dans les relations que celui-ci devrait prioritairement entretenir avec les gouvernants. Une partie de la doctrine n'entend pas autre chose lorsqu'elle remarque l'incidence de la protection des droits fondamentaux « *dans la manière de concevoir les pouvoirs des gouvernants* » qui « *a pour conséquence une sérieuse limitation des pouvoirs des gouvernants* »<sup>26</sup>. Il faut bien admettre que dans ces conditions le « *coup d'Etat de droit* »<sup>27</sup> a réussi. Il ne saurait cependant se substituer à ce qui fonde la démocratie : le citoyen. Ce n'est pas en mettant en avant une multitude de droits et libertés que le mal-être des citoyens trouvera une fin. Bien au contraire, en prônant un individualisme toujours plus exacerbé, l'unité qui est au fondement de notre système politique et juridique risque de voler en éclat. Dès lors, un nouveau droit constitutionnel nécessite une réhabilitation des droits du citoyen et non uniquement de l'individu. Le temps de la flatterie trompeuse de l'individu est révolu et c'est bien l'homme de la sphère publique qui doit revenir sur le devant de la scène afin que soit redonné sens au droit constitutionnel. La logique du surclassement doit être abandonnée au profit de la restauration de l'équilibre toujours précaire entre les sphères publique et privée, entre l'univers du citoyen et celui de l'individu. Pour cela, les droits politiques doivent être redécouverts et dépasser le seul droit de suffrage réduit au moment électoral. En effet, la participation politique appelle la reconnaissance d'autres modalités afin que le citoyen réinvestisse l'espace public. Cela implique aussi qu'il soit pris conscience de l'existence du « *dogme actuel [qui] identifie la démocratie au juridisme, et plus précisément à la constitution normative* »<sup>28</sup>. Ne pas admettre son existence revient à faire sienne la thèse du dépassement des mécanismes classiques de la démocratie par un Etat de droit coupé de toute réalité politique. C'est également oublier que « *si tout a commencé par les droits de l'Homme et du citoyen, tout a été consolidé et développé par le suffrage universel* »<sup>29</sup>. Le suffrage est le point d'ancrage de la démocratie au fondement de l'Etat de droit. Ce dernier ne saurait résumer à lui seul la démocratie. Les efforts doivent se concentrer sur le maintien de l'équilibre fragile mais salvateur trouvé entre la protection juridique et la participation politique. Cela signifie que devant l'inflation juridique et l'hégémonie des droits fondamentaux, la participation politique doit être renouvelée. De la sorte, le renouveau, puis le renouvellement du droit constitutionnel n'auront pas été vains.

## B. L'intensification de la participation politique prélude à un nouveau droit constitutionnel

La participation politique est réduite de nos jours à la participation électorale et, plus prosaïquement, au droit de suffrage entendu strictement. Celui-ci constitue un moyen simple pour mettre en œuvre la participation des citoyens tout en permettant de la limiter. Les citoyens sont sollicités à certaines périodes ce qui est sensé canaliser leur participation à des moments cruciaux. Cependant, l'érosion de la participation souligne que les citoyens ne voient plus dans la participation politique, entendue comme participation électorale, un moyen suffisant et efficace pour manifester leur volonté. Les causes en sont multiples, comme par exemple une offre politique décevante, le sentiment d'absence de prise en compte de leur

---

<sup>26</sup> Louis FAVOREU, « Le droit constitutionnel ... », *op. cit.*, p. 77.

<sup>27</sup> Olivier CAYLA, « Le coup d'Etat de droit ? », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108.

<sup>28</sup> Eric DESMONS, « Le normativisme ... », *op. cit.*, p. 27.

<sup>29</sup> Slobodan MILACIC, « Faut-il réinventer la démocratie ? Du "néodémocratisme" pour équilibrer le "néolibéralisme" », *Politeia*, n° 6, 2004.

demande ou un désintérêt induit par des préoccupations matérielles courantes. Bref, de la non inscription sur les listes électorales au défaut de déplacement au bureau de vote, le désenchantement qui se constate dans la participation politique connaît une multitude de raisons. Tout converge ensuite vers la mise en évidence de la distension connue du lien entre gouvernants et gouvernés. Si les torts s'avèrent partagés, des causes indirectes conduisent également à dissoudre la participation politique. Ainsi, l'émergence de voies parallèles qui prennent en compte les attentes des citoyens se retourne contre le processus démocratique de participation politique. La consécration des droits fondamentaux en fait partie. Elle contribue à grignoter le terrain de la participation politique en protégeant efficacement les individus. Or, ce n'est pas la même logique qui est en œuvre. Le citoyen ne sortira pas renforcé d'une avalanche de droits qu'il peut faire valoir<sup>30</sup>. On ne peut en effet superposer, jusqu'à les faire correspondre, les deux aspects de l'homme social, tantôt individu, tantôt citoyen. Le désordre provoqué par la protection accrue des droits fondamentaux se fait suffisamment sentir, c'est donc notamment par un rééquilibrage au profit de la participation politique que le nouveau droit constitutionnel pourra voir son avènement.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a annoncé un possible nouveau droit constitutionnel. En effet, le citoyen et le Parlement ont constitué le cœur de la réforme. Le rapport, remis par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République<sup>31</sup>, remarquait que « *les Français, contrairement aux idées reçues, [sont] soucieux de mieux s'approprier la Constitution* »<sup>32</sup>. Ils ne cherchent donc pas à s'en détourner et demande à pouvoir mieux participer à la démocratie représentative. Ce rapport s'est dès lors attaché dans son troisième chapitre à proposer des droits nouveaux pour les citoyens<sup>33</sup>. Trois axes ont été ainsi définis pour nourrir cet ambitieux projet. Tout d'abord, il s'est agi de faire en sorte que la vie publique soit « *plus ouverte sur la société* »<sup>34</sup> en améliorant la représentativité des parlementaires, en modernisant le Conseil économique et social<sup>35</sup>, en instaurant un droit d'initiative populaire et en démocratisant la procédure de révision de la Constitution. Ensuite, il a été question d'une « *justice mieux garantie* »<sup>36</sup>. Le Comité a proposé à cet effet d'instituer un Procureur général de la nation et à préconiser une rénovation du Conseil supérieur de la magistrature avec, notamment, la fin de la présidence de ce Conseil par le président de la République et l'ouverture de sa saisine aux justiciables. Enfin, il a été envisagé « *des droits fondamentaux mieux protégés* »<sup>37</sup> grâce notamment à une éventuelle modification du Préambule de la Constitution<sup>38</sup>, à l'institution d'un Défenseur des droits fondamentaux, à l'instauration d'un Conseil du pluralisme ou encore, la remise au goût du jour de l'exception d'inconstitutionnalité<sup>39</sup> qui constitue sans nul

---

<sup>30</sup> Sur les dangers induits par une trop forte concentration sur la protection des droits, voir Guy CARCASSONNE, « Société de droit contre Etat de droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 37.

<sup>31</sup> Décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, *JORF*, 19 juillet 2007, p. 12158.

<sup>32</sup> Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> République, p. 5.

<sup>33</sup> Il s'agit de l'intitulé retenu pour ce chapitre.

<sup>34</sup> Rapport, p. 69.

<sup>35</sup> Devenu par la loi constitutionnelle n° 2008-724 le Conseil économique, social et environnemental.

<sup>36</sup> Rapport, p. 78.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>38</sup> Un comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution présidé par Simone Veil a été créé le 9 avril 2008, décret n°2008-328, *JORF*, 10 avril 2008, p. 6033.

<sup>39</sup> Il s'agit en réalité d'une question préjudicielle en ce que le Conseil constitutionnel est saisi non directement par le justiciable, mais par la juridiction devant la quelle le litige est pendu. Déjà le Comité Vedel avait préconisé la création d'une telle procédure dans son rapport remis au président de la République le 15 février 1993, Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *JORF*, 18 février 1993, p. 2538.

doute le point phare de ce troisième axe. La loi constitutionnelle n° 2008-724<sup>40</sup> du 23 juillet 2008 a repris nombre des propositions soulignant la volonté de restaurer le citoyen dans son rôle au sein de la démocratie. Néanmoins, plusieurs critiques doivent être formulées quant aux prétendues innovations du texte constitutionnel. La première est d'ordre général et vise les modalités mises en œuvre pour adopter le projet de révision. Il n'a pas en effet été jugé utile de recourir aux citoyens pour adopter cette révision alors qu'elle constitue la révision la plus importante depuis celle qui a établi l'élection du président de la République au suffrage universel direct<sup>41</sup>. Le citoyen a été au centre des travaux du Comité et a inspiré la démarche présidentielle. Il a cependant été érudé au moment crucial de l'adoption. Paradoxe de la démocratie représentative dirons certains, il faut plutôt y voir une méfiance persistante à l'égard de celui qui s'apprécie encore sous l'aune de la multitude. La crainte suscitée par cette multitude, si présente tout au long de la Révolution française, ne s'est toujours pas départie de l'esprit des gouvernants du XXIème siècle. Véritable tare des élites politiques françaises, elle gangrène les innovations constitutionnelles réalisées ces dernières années. Au-delà du choix de la procédure retenue, l'analyse des propositions et le contenu des articles révisés nous incite en outre à déplorer la faiblesse des innovations en faveur de la participation politique. Une fois de plus, l'individu a retenu toutes les attentions. De la question préjudicielle<sup>42</sup> au Défenseur des droits<sup>43</sup>, le droit de la Constitution comme droit à la protection prédomine. En revanche, le droit à la participation politique n'a que peu inspiré le constituant. Un référendum d'initiative populaire disaient certains, il n'apparaît pas dans le nouveau corps de la Constitution. L'article 11 révisé crée un référendum législatif d'initiative parlementaire qui, il est vrai, nécessitera le soutien d'un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales pour que le téméraire un cinquième des membres du Parlement puisse présenter une proposition de loi en ce sens. Un nouveau droit de pétition ? La révision en consacre bien un, mais devant le Conseil économique, social et environnemental<sup>44</sup>. Et quant au principe de la soumission à référendum pour tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un Etat à l'Union européenne, il est désormais assorti d'une exception. Le Parlement pourra en effet autoriser l'adoption du projet de loi par la voie du Congrès<sup>45</sup>. Cependant, si la condition de double majorité des trois cinquièmes<sup>46</sup> rendra difficile sa mise en œuvre, l'adjonction de ce nouvel alinéa à l'article 88-5 de la Constitution est symptomatique de la difficulté d'accorder plus de place aux citoyens.

En définitive, le citoyen, pourvu de droits nouveaux, reste toujours un incapable majeur. Bien plus, les répercussions du « *coup d'Etat de droit* » continuent à se déployer. Ce n'est pas le citoyen mais encore l'individu qui voit ses droits et garanties s'accroître. Or, c'est bien le citoyen avec ces droits politiques et non l'individu qui doit être au cœur du nouveau droit constitutionnel. Par la force des choses, le juriste est en définitive amené à penser la démocratie qu'il a si longtemps délaissé. La réflexion s'impose, car il serait dangereux de croire que la démocratie peut se résumer à la défense des droits de l'homme. Elle ne saurait se définir « *seulement par son but : le gouvernement pour le peuple, c'est-à-dire assumé en vue*

<sup>40</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation des institutions de la V<sup>ème</sup> République, 23 juillet 2008, *JORF*, 24 juillet 2008, n° 171, p. 11890.

<sup>41</sup> Cette révision avait été adoptée par référendum le 28 octobre 1962 et entérinée par la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

<sup>42</sup> Futur article 61-1 de la Constitution.

<sup>43</sup> Nouveau titre XI bis de la Constitution.

<sup>44</sup> Sur la portée de ce nouveau droit, voir Marie de CAZALS, « La saisine du Conseil économique, social et environnemental par voie de pétition citoyenne : Gage d'une V<sup>ème</sup> République « plus démocratique » ? », *RFDC*, à paraître.

<sup>45</sup> « [...] par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89 », article 88-5 alinéa 2 de la Constitution.

<sup>46</sup> D'abord au titre de l'article 88-5 alinéa 2, puis de l'article 89 alinéa 3 de la Constitution.

*de l'intérêt général et des droits de chacun ; elle se définit aussi et d'abord, c'est ce qui fait son originalité par rapport aux autres régimes politiques, par le procédé qu'elle prévoit pour parvenir à ce but : le gouvernement par le peuple, autrement dit la participation des citoyens à la prise de décision, l'identification des gouvernants et des gouvernés. En mettant au premier plan les droits de l'homme et en confiant leur protection à un organe nommé, fut-il juridictionnel, on perd ainsi de vue cet aspect essentiel qui est au cœur de la notion de démocratie »<sup>47</sup>. Dès lors, c'est bien du citoyen comme acteur de la vie de la cité dont il doit être question et non de l'individu replié sur ses droits. L'introduction du citoyen ainsi voulue, si elle apparaît « difficile et complexe » n'en demeure pas moins « un projet exaltant. Exaltant pour le constitutionnaliste-chercheur car il faut inventer, imaginer, forcer le cadre conceptuel classique [...] »<sup>48</sup>. A nouveau, pour cet ambitieux projet, le trinôme Constitution, doctrine et enseignement se trouve réuni.*

---

<sup>47</sup> Marie-Joëlle REDOR, « La démocratie dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans ses représentations », in Guillaume DRAGO, François BASTIEN, Nicolas MOLFESSIS, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Droit public - Droit privé - Science politique*, Actes du colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996, Economica, coll. « Etudes juridiques », 1999, p. 350.

<sup>48</sup> Dominique ROUSSEAU, « La présence/absence ... », *op. cit.*, p. 1377.