

La structure de la légitimité démocratique en droit français : entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs

par Luc HEUSCHLING, Lille

Introduction	331
I. Le contexte épistémologique et doctrinal de la problématique en France	332
A. Le concept de démocratie : un sujet paradoxalement peu exploré	332
1. L'atonie des recherches sur le concept juridique de démocratie	332
2. Quel concept représentatif de la démocratie en France ?	333
B. La légitimité : un concept épistémologiquement douteux	333
1. Un concept utile ? Un concept scientifique ?	333
2. Les concepts de légitimité et de légitimité démocratique	334
C. « Le » pluralisme : un non-sujet polymorphe	334
1. Le thème du pluralisme en sciences politiques et juridiques	334
2. Le pluralisme comme mode d'articulation de l'unité et de la diversité	335
II. L'érosion du paradigme traditionnel de la démocratie moniste	336
A. Le paradigme du monisme : l'unité par-delà la diversité	336
1. L'unité du peuple en tant que sujet politique	336
2. L'unité de la représentation politique du sujet	337
3. L'unité du pouvoir politique : la souveraineté	338
4. L'unité de l'obéissance du « peuple-objet »	339
B. Les diverses formes de pluralisme : la diversité dans l'unité	339
1. « Le » peuple, un être complexe aux idées et intérêts pluriels	339
2. Le pluralisme des représentants et le mythe de la nation une	340
3. Le défi de la souveraineté éclatée : la pluralité de peuples dans une « démocratie à plusieurs niveaux »	341
a) Les « peuples/populations d'outre-mer »	342
b) Le « peuple européen »	342
c) Les peuples « infranationaux » métropolitains, dont le « peuple corse »	343
4. Un peuple fractionné selon des critères ethniques ou sexuels ?	343

Introduction

Depuis les années 1980, la démocratie en France a subi de profondes métamorphoses dont la nature reste controversée.¹ S'agit-il d'un simple processus d'adaptation des principes de la *modernité* dont la quintessence resterait intacte, ou d'une véritable césure dans l'histoire de la démocratie, annonciatrice de son entrée dans l'ère *postmoderne* ? À moins que ce ne soit une régression vers des positions *prémodernes* ? Répondre à cette question suppose de faire un état des lieux à la fois rétrospectif et systématique. L'une des clefs qui est avancée afin d'analyser la situation contemporaine de la démocratie française est la distinction entre monisme et pluralisme.² Polysémique, le terme de « pluralisme » renvoie confusément à l'idée de diversité, d'une *plus grande* diversité, à rebours d'une certaine image d'unité et/ou d'uniformité. Présent, et valorisé, dans certains discours juridiques, le terme n'est toutefois pas – pas encore ? – une référence axiologique phare, suscitant une adhésion spontanée et immédiate. Son impact discursif reste circonscrit, à un certain domaine, à un certain public. Il touche en effet à des points sensibles, voire tabous – le

culte de l'unité, sous couvert du principe d'égalité –, et risque de réveiller certains spectres qui hantent l'imaginaire français.³

Les facettes du pluralisme sont des plus variées. Parmi les seuls sujets d'actualité, l'on peut citer : le débat sur le communautarisme, le multiculturalisme et les discriminations positives ; la controverse sur le voile islamique⁴ et, en général, sur la place de la religion musulmane au sein de la société française ; la plus grande visibilité des minorités ethniques à la télévision publique ; le mode de recrutement spécial à Sciences po (Paris) en faveur d'élèves issus de zones scolaires défavorisées ; la parité hommes/femmes ; l'éclatement de la souveraineté nationale prise en tenaille entre la construction de l'Europe et une décentralisation de plus en plus poussée ; la démultiplication de la citoyenneté qui, d'unique et exclusive, devient plurielle : nationale, supranationale, voire infranationale, etc.

À travers certains de ces aspects, le terme de pluralisme (re)pose la question de l'identité du *Sujet politique* de la démocratie. Qui est ce « nous » porteur de la volonté générale ? Comment est constituée cette entité collective que l'on appelle, dans le discours profane, « la France » – cette France qui « parle » et « veut » le jour des élections –, ce « *demos* » que les juristes français, quant à eux, désignent par une série de termes aux contours fluctuants, dont « peuple », « nation », « citoyens », « corps électoral », « population », « gouvernés », etc. ? S'agit-il d'un sujet unitaire, c'est-à-dire unique et homogène, parlant d'une seule voix – il n'existe qu'un peuple : le peuple français – ou, au contraire, d'un sujet intrinsèquement pluriel, complexe car composé de plusieurs entités – il existe des peuples – dont les voix sont multiples, voire contradictoires ? Quelle est l'image du sujet démocratique projetée précisé-

* Luc HEUSCHLING, Professeur de droit public, Université de Lille 2. Le texte a été présenté lors de la 2^e Rencontre Franco-Allemande pour le Droit Public, cf. la Préface, *supra* p. 321. L'article sera publié ultérieurement en langue allemande in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ) vol. 33 (2006), pp. 338-353.

¹ Cf. J. CHEVALLIER, « La crise de la démocratie : mythe ou réalité ? », *Mélanges Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 361 sq. ; *id.*, *L'État post-moderne*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2004, p. 135 sq. ; L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre in Frankreich », in H. Bauer, P.M. Huber & K.-P. Sommermann (dir.), *Demokratie in Europa*, Tübingen, Mohr 2005, p. 33 sq.

² Ainsi le thème du pluralisme est le fil rouge de l'ouvrage de C. GREWE & C. GUSY (dir.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden, Nomos, 2002 (voir spéc. les contributions de C. Gusy, C. Grewe, C.M. Herrera, H.E. Folz, O. Jouanjan). Selon J. CHEVALLIER, « L'État post-moderne. Retour sur une hypothèse », *Droits*, n° 39, 2004, p. 108 sq., le pluralisme est l'un des indices majeurs de la postmodernité.

³ N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, 1994, p. 385 : « Pour un juriste français de stricte obédience, tous ces propos sonnent comme le tocsin. Les notions de pluralisme, de communautés, de spécificités culturelles sont perçues comme autant de menaces graves par rapport à la mythologie juridique fondatrice du régime républicain ».

⁴ Loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes religieux à l'école.

ment par le *droit*, par le *droit français*, et quels en sont – pour le juriste – les enjeux en termes de *légitimité* ?

L'objectif de la présente étude est donc d'analyser la structure moniste et/ou pluraliste de la légitimité démocratique en France.⁵ Or, en tant que comparatiste, je ne peux m'empêcher de constater qu'il s'agit là d'une façon très allemande de poser les termes de la problématique. Pour le dire autrement, et non sans un brin de provocation : voilà fédérés en une seule problématique, trois concepts – celui de démocratie, de légitimité et de pluralisme – dont chacun mériterait à lui seul une étude monographique, et dont, hélas, aucun n'a attiré spécialement l'attention de la doctrine juridique française...

C'est pourquoi, avant de répondre à la question posée (2^e partie), il convient d'abord d'interroger les termes mêmes de la question (1^{re} partie). Le but de cette première démarche est double : il s'agit, d'une part, dans une perspective épistémologique, de définir l'objet et la méthode de l'étude et, d'autre part, dans une perspective cette fois-ci comparatiste, de s'interroger sur le contexte scientifique français qui fait que ces questions ne sont précisément *pas* posées, ou du moins pas de *cette* façon – d'une façon aussi générale et systématique.

I. Le contexte épistémologique et doctrinal de la problématique en France

On verra successivement les trois termes de la question et en quoi chacun d'eux pose des difficultés méthodologiques.

A. Le concept de démocratie : un sujet paradoxalement peu exploré

1. L'atonie des recherches sur le concept juridique de démocratie

Dire que, dans la patrie – adoptive – de Rousseau, le concept général de démocratie est peu exploré peut paraître paradoxal, si ce n'est iconoclaste.⁶ Encore ne faut-il pas se tromper de cible, ni d'enjeu. La (relative) atonie de la réflexion sur le *concept* de démocratie est un phénomène particulier à la science *juridique*. Ailleurs, que ce soit dans le débat politique et/ou dans les autres champs académiques (en sciences politiques, en historiographie, en sociologie, etc.), il existe au contraire un débat animé sur ce qu'est, ou n'est pas, la démocratie. Celle-ci est loin d'être un objet évident, même en France.⁷ Cette situation propre à la doctrine juridique s'explique par un certain contexte épistémologique, par la façon dont les juristes français perçoivent leur rôle scientifique et leur statut social. Deux facteurs méritent d'être relevés ici.

D'une part, comme l'on sait, le statut de la théorie générale de l'État est assez précaire au sein de la science juridique française.⁸ La réflexion sur les soubassements à la fois axiologiques et sociologiques de l'État, du droit et de la démocratie a émigré en grande partie – depuis la fin de l'âge d'or de la science du droit public sous la III^e République – vers d'autres disciplines du savoir, dont les sciences politiques qui ont détrôné le droit comme première science sociale. Comparé à son collègue d'outre-Rhin, le juriste français est, comme l'avait déjà noté Michel Fromont, attiré davantage par des analyses concrètes de dogmatique juridique que par des systématisations d'envergure théorique. Ce constat général se vérifie dans le cas particulier du champ de recherche sur la démocratie : s'il ne manque pas de débats d'une grande richesse, ceux-ci sont circonscrits en général à des sous-thèmes de la démocratie. Ce qui fait défaut est le regard systématique⁹ ou un regard conceptuel neuf.¹⁰ Les différents commentaires de l'article 1^{er} de la Constitution française de 1958 – « La France est une Répu-

blique (...) démocratique » – en sont une illustration éloquente. La doctrine s'avère incapable de reconnaître à cet article un quelconque intérêt *propre*, soit théorique soit dogmatique. Celui-ci se réduit à une simple clause de style ; il ne fait qu'annoncer les dispositions techniques du corps du texte, dont seules l'analyse importe. Dès lors, les annotateurs hésitent sur l'attitude à adopter : si les plus catégoriques ne s'arrêtent même plus à cet article, les autres se contentent de quelques généralités sans trop s'attarder.¹¹

D'autre part, cette évolution a été consolidée par l'influence croissante de la posture normativiste en théorie du droit. L'épistémologie kelsénienne a servi et sert encore de caution à une clôture du droit sur lui-même et débouche, dans la dogmatique du droit constitutionnel, sur un positivisme des décisions du Conseil constitutionnel. Or, focalisée sur les dires des neuf sages du Palais Royal, la doctrine est désarmée face à une jurisprudence succincte, elliptique,

⁵ L'exposé français de ce séminaire devait initialement s'intituler : « Pluralité ou unité des structures de la légitimité démocratique ». Ce titre présuppose l'existence d'une opposition entre « pluralité » et « unité ». Ce faisant, il suggère déjà, sans le dire, l'une des thèses du débat, à savoir celle défendue par les révolutionnaires français, selon lesquels l'unité suppose l'absence de toute diversité. Unité = uniformité. La pluralité est nécessairement un ferment d'esprit séparatiste. Discutable, cette thèse est de plus en plus discutée en France. L'unité peut en effet exister *dans* (et non pas seulement *contre*) la diversité. Aussi ai-je préféré utiliser le terme de « monisme » (qui renvoie à une certaine façon de penser l'unité, l'unité *par-delà* la diversité) alors que le pluralisme est lui aussi une théorie de l'unité, mais d'une autre forme d'unité (l'unité *dans* la diversité).

⁶ Pour de plus amples détails, cf. L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie... », *op. cit.* (note 1).

⁷ À en croire Pierre ROSANVALLON (*Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, p. 449), la France aurait même une difficulté particulière à penser la démocratie.

⁸ Cf. O. BEAUD, « La théorie générale de l'État (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié » et C. SCHÖNBERGER, « Der «Staat» der Allgemeinen Staatslehre : Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich » in O. Beaud & E.V. Heyen (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ?*, Baden-Baden, Nomos, 1999. Voir aussi les actes du premier séminaire franco-allemand de droit public (« Faut-il une théorie de l'État au droit constitutionnel ? »), avec les contributions d'O. Lepsius et d'O. Jouanjan, RUDH 2003, p. 85 sq. ou EuGRZ 2004, p. 370 sq.

⁹ Rare exception (à notre connaissance) : les travaux interdisciplinaires de Jacques CHEVALLIER.

¹⁰ Les développements théoriques présents sont souvent imprégnés d'un certain classicisme. Ainsi la célèbre distinction de CARRÉ DE MALBERG entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale reste un passage obligé dans les manuels, alors même que sa valeur heuristique est contestée depuis longue date.

¹¹ Cf. F. LUCHAIRE & G. CONAC (dir.), *La Constitution de la République française*, 2^e éd., Paris, Economica, 1987, p. 156 (l'ancien art. 2 al. 1^{er}, comm. J.C. Maestre : estimant que le concept de démocratie est *évident*, l'auteur lui consacre en tout et pour tout huit lignes dans un ouvrage comportant pas moins de... 1400 pages) et p. 221 (art. 4 ; comm. J.-J. ISRAËL : étant *trop complexe*, le concept de démocratie ne peut faire l'objet d'aucune définition ; il est aussitôt évacué) ; G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris, Seuil, 6^e éd., 2004, p. 41 (une seule phrase : « L'affirmation démocratique est la pétition d'un principe que toute la Constitution a vocation à mettre en œuvre ») ; Th. RENOUX & M. de VILLIERS, *Code constitutionnel*, 3^e éd., Paris, Litec, 2004, p. 329 sq. ; J.-C. CABANNE, « À propos de l'article 2 (al. 1^{er}) de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » (1979), repris in *id.*, *Écrits politiques et constitutionnels*, Presses universitaires de Toulouse, 2002, p. 23 sq.

voire silencieuse. En effet, si le Conseil constitutionnel s'est penché sur certains aspects de la démocratie (référendum, élections, pluralisme des opinions, souveraineté du pouvoir de révision, etc.), il n'en a jamais donné une définition générale. Il a même esquivé certains débats théoriques délicats. Ainsi il s'est rangé sans sourciller à l'avis du monde politique, en validant la constitutionnalité du phénomène des autorités administratives indépendantes dont – il est vrai – il n'a été saisi que tardivement.¹²

2. Quel concept représentatif de la démocratie en France ?

Quoi qu'il en soit, quel est le concept de démocratie qu'il convient de retenir ici afin de délimiter notre objet d'étude ? Dans le ciel des concepts phares politiques, dont l'aura est source de légitimité pour celui qui s'en revendique, gravitent en effet, à côté de la référence à la démocratie, d'autres notions telles que la République (aussi importante, voire peut-être plus importante) et, dans une moindre mesure, l'État de droit.¹³ Est-ce à dire qu'il faut définir la démocratie comme un concept strictement formel ? Un tel concept, formel ou procédural, pourrait être déconstruit en quatre éléments :

- a. le *sujet* : le « peuple », la « nation », etc. ;
- b. l'*objet* : le pouvoir politique au sens institutionnel (en termes juridiques on parlera, en France,¹⁴ de la souveraineté) ;
- c. un ou plusieurs *lien(s) ascendant(s)* allant du sujet vers l'objet : la volonté du sujet, relayée par divers canaux, est censée inspirer et/ou contrôler l'action des gouvernants ;
- d. un *lien descendant* : les actes des gouvernants s'imposent aux gouvernés, aux destinataires des normes, à raison de la contrainte (*obligatio in foro externo*) et/ou de leur légitimité (*obligatio in foro interno*).

Si cette définition strictement formelle connaît un certain succès,¹⁵ une autre vision, plus large, dans laquelle les deux critères du suffrage universel et des droits de l'homme s'imbriquent intimement,¹⁶ prédomine en France, que ce soit dans le discours des hommes politiques, des acteurs sociaux ou des juristes. À rebours d'un certain *Trennungsgedenken*, dont Carl Schmitt s'est fait outre-Rhin le héraut, la France contemporaine adhère à une perspective intellectuelle plus syncrétique, qui peut se réclamer d'une certaine tradition historique. Elle s'appuie non seulement sur l'histoire politique (la recherche d'une symbiose entre liberté politique et liberté individuelle depuis 1789), mais aussi sur l'histoire de la sémantique (la définition extensive du mot démocratie depuis la première moitié du XIX^e siècle¹⁷). Opposé à une autre tradition (une certaine pensée moniste alibérale, sur laquelle on reviendra), ce syncrétisme a trouvé un nouveau vecteur dans le discours actuel du pluralisme. Selon cette définition, les droits de l'homme sont un élément inhérent au concept de la démocratie et, partant, de la légitimité démocratique : ils sont incorporés tantôt dans le 1^{er} élément (le peuple est pensé, à travers le prisme de la philosophie individualiste, comme l'ensemble des citoyens libres et égaux), tantôt dans le 2^e élément (la souveraineté est nationale¹⁸ et non populaire ; elle est intrinsèquement limitée), tantôt dans le 3^e élément (il n'y a d'élections, au sens strict du terme, que s'il y a choix, que si le pluralisme des opinions et des partis est garanti), tantôt dans le 4^e élément (une loi, votée par la majorité, n'exprime la volonté générale que dans le respect des droits de l'homme consacrés dans la Constitution).

B. La légitimité : un concept épistémologiquement douteux

1. Un concept utile ? Un concept scientifique ?

Le concept de légitimité ne suscite guère qu'un intérêt relatif au sein de la doctrine juridique française.¹⁹ Non pas

que le juriste français ne soit pas amené à l'occasion, au détour de tel développement dogmatique, à s'en servir ! C'est au niveau théorique qu'une certaine suspicion, latente, pèse sur cette notion dont la pertinence pour le juriste, voire pour tout scientifique, est loin d'être acquise. Tout se passe comme si, sous l'influence tantôt de la rigueur de l'école de Vienne, tantôt d'un vague positivisme « de bon sens », la doctrine hexagonale avait fait sienne la célèbre maxime d'Anschütz : « La légitimité n'est pas un critère de la puissance de l'État (*Legitimität ist kein Wesensmoment der Staatsgewalt*) ».²⁰ Il n'y a plus lieu de se référer à la légitimité, à un horizon axiologique ou, plus techniquement, à ce que les juristes appelaient d'antan l'*obligatio in foro interno*. Dans cette récusation convergent deux arguments distincts. D'une part, le caractère obligatoire du droit (sa nature de *Sollen*) est assuré par le renvoi à l'existence d'une sanction. Au mieux, si l'on se départ de cette vision, la question de l'obéissance se réduit à la question d'une hypothétique norme fondamentale. D'autre part, à supposer même que l'on voudrait s'engager dans cette voie, on ne pourrait le faire en tant que scientifique faute d'outils méthodologiques. Étant donné le relativisme des valeurs (la « guerre des dieux » de Max Weber), il est impossible, du point de vue épistémologique, de savoir ce qui est, en soi, juste ou injuste, légitime ou illégitime. Au mieux, selon Weber, le scientifique peut décrire dans le temps et dans l'espace les différents systèmes de croyances et de valeurs, sans toute-

¹² J.L. AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *Rev. adm.*, 1988, p. 333 sq.

¹³ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 4^e éd., Paris, Monchrestien, 2003 ; L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 et « État de droit », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 455 sq.

¹⁴ Équation que réfuterait une partie de la doctrine allemande contemporaine. Cf. O. LEPSIUS, « Staatstheorie und Demokratie-begriff in der Weimarer Republik », in C. Gusy (dir.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Nomos, Baden-Baden, 2000, spéc. p. 367 sq.

¹⁵ Cf. par ex., F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 2002, p. 197 sq.

¹⁶ Parmi tant d'autres, cf. G. CARCASSONNE, *op. cit.* (note 11), p. 21 ; M.A. COHENDET, « Démocratie », in *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Montchrestien, 2002, p. 113. : « Pour mériter le substantif «démocratie», il faut, mais il suffit, que soient garantis la liberté et les droits de l'homme, dans le cadre général d'un système au sein duquel le pouvoir est attribué, à intervalles réguliers, à l'occasion d'élections libres et disputées ».

¹⁷ P. ROSANVALLON, « L'histoire du mot démocratie à l'époque moderne », *La pensée politique*, n° 1, 1993, p. 11 sq. ; *id.*, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 22 sq.

¹⁸ Art. 3 Const. de 1946 ; art. 3 Const. de 1958.

¹⁹ Cf. J.M. FÉVRIER, « De l'idée de légitimité », *RRJ*, 2002, p. 367 sq. ; M.A. COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », *Mélanges Avril*, Montchrestien, 2001, p. 201 sq. ; O. BEAUD, « Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen », in A. Auer & J.-F. Flauss (dir.), *Le référendum européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, spéc. p. 130 sq. Dans les dictionnaires juridiques, la rubrique « légitimité » est souvent rédigée par un philosophe ou un politiste : O. Duhamel & Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 565 (D. COLAS) ; S. Rials & D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, p. 929 (S. GOYARD-FABRE) ; Ph. Raynaud & S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 3^e éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 388 sq. (S. GOYARD-FABRE).

²⁰ G. MEYER & G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7^e éd., 1914, p. 26.

fois se prononcer, d'un point de vue prescriptif, sur ce qu'est la légitimité.²¹ Du principe de neutralité axiologique du scientifique, Kelsen a tiré la conclusion la plus radicale pour ce qui est du juriste : au professeur de droit, s'il entend faire de la science, de se limiter à décrire le droit positif. Quant à la sphère de la légitimité prise comme un objet distinct de, car supérieur à la légalité, elle lui est strictement interdite.

Or les deux arguments à l'encontre d'une prise en compte de la notion de légitimité – son inutilité et son ascientificité – sont contestables.

D'une part, ainsi que l'a remarqué Bobbio, il « est une donnée de fait que tout ordre [juridique] compte aussi sur l'obligation morale d'obéir ».²² Le concept de légitimité, au sens le plus étroit, renvoie précisément à la capacité des gouvernants à se faire obéir par les individus en dehors du recours à la force. Le concept de légitimité devient dès lors l'horizon indépassable d'une connaissance approfondie du phénomène du pouvoir. Cela vaut non seulement pour la science politique (c'est acquis de longue date), mais aussi pour la science juridique. En effet, le pouvoir, surtout dans une démocratie, est à l'affût de soutiens de la part de la « base » ; il cherche à se faire accepter et se sert aussi (et parfois surtout) de la persuasion pour agir sur les individus.²³ D'autre part, l'argument du relativisme des valeurs est écarté ici par l'adoption d'un point de vue externe modéré.²⁴ L'objectif de la présente étude est principalement cognitif et non pas prescriptif ; il s'agit de comprendre comment, à l'intérieur du droit, opère(nt) le(s) discours de légitimité. Au fond, le réductionnisme prôné par Kelsen au nom de la pureté de la science du droit, aboutit à une véritable atrophie de la connaissance par les juristes de leur propre objet, le droit, qui lui n'est pas pur. Il est un truisme que le droit s'inscrit dans une certaine vision du monde. Il déploie, à partir de et à travers ses textes et interprétations, son propre discours de justification, en se plaçant notamment sous l'aura de signes, devises et concepts à forte connotation culturelle, spirituelle et émotionnelle.²⁵ Une analyse strictement positiviste de ce type de dispositions constitutionnelles risqué d'omettre cette fonction symbolique essentielle.

2. Les concepts de légitimité et de légitimité démocratique

Est légitime, et donc justifié, ce qui est « fondé en droit, en raison ou en valeur ».²⁶ Ce qui est en jeu dans le concept de légitimité est la question du *fondement* du pouvoir, envisagé successivement sous trois points de vue : philosophique, institutionnel et sociologique.

À travers la légitimité est désignée tout d'abord, sur un plan axiologique et symbolique, la source ultime dont est censé jaillir l'ordre politique et juridique.²⁷ Cette matrice – ou « totem constitutionnel » (N. Rouland)²⁸ – est envisagée soit sous forme d'un *objet* (l'idée, le principe qui est censé inspirer le politique : la justice, la religion, la raison, les traditions, etc.), soit sous forme d'un *sujet* (à l'origine il y a Dieu, le roi, le peuple, etc.), soit sous une forme mixte articulant sujet et objet.²⁹ Cette vision philosophique appelle, ensuite – 2^e plan, institutionnel – une certaine organisation du pouvoir. L'idée du sujet politique, tel le peuple, ne prend corps qu'à travers une certaine mise en forme institutionnelle ou représentation. Des récits fondateurs sur les origines on passe à l'ingénierie des pouvoirs. Précisons toutefois que ce lien de continuité, en soi logique, entre le 1^{er} plan et le 2^e plan n'est pas toujours donné en réalité ; ainsi qu'on le verra, il peut exister un décalage entre le discours « officiel » (celui des principes de légitimité) et le discours « officieux » (celui des dispositions techniques). Enfin – 3^e plan – la légitimité rejaillit sur les actes du

pouvoir : soit elle s'ajoute à la contrainte (le recours à la violence est accepté par la majorité silencieuse, qui laisse faire, voire par celui contre lequel elle est dirigée)³⁰ ; soit elle vient en combler les lacunes et interstices (la légitimité produit de l'obéissance spontanée, *in foro interno*, en l'absence de toute coercition). Le destinataire de la norme estime tel acte légitime parce qu'il est issu de tel auteur et/ou parce qu'il est justifié en soi. Ces différentes lectures possibles se retrouvent dans le concept de la légitimité démocratique, selon qu'on définit la démocratie de façon strictement formelle (est légitime tout acte voulu par le peuple) ou qu'on lui ajoute un critère matériel (est légitime ce qui est conforme à l'idée des droits de l'homme).

C. « Le » pluralisme : un non-sujet polymorphe

La grille d'analyse qui est censée servir à décoder et à mieux comprendre l'objet « légitimité démocratique » est également à manier avec précaution. Que signifient « unité » (ou « monisme ») et surtout « pluralisme » ?

1. Le thème du pluralisme en sciences politiques et juridiques

La notion de pluralisme a suscité une vaste littérature en sciences politiques. Or la multiplicité des théories du pluralisme – notion « polymorphe » (Graziano) – est telle qu'un auteur a parlé, non sans humour, du « pluralisme des pluralismes ».³¹ Ce que l'on peut toutefois noter est que l'adjectif pluraliste, en sciences politiques, n'est pas synonyme de pluriel. Son objet est plus étroit : il désigne chez la plupart des auteurs un certain type de diversité, à savoir la pluralité née de l'existence de groupes, communautés ou minorités. Parfois, il sous-entend même un certain type d'institutionnalisation de ces intérêts sociaux, ce qui permet de différencier les doctrines pluralistes *stricto sensu* d'autres théories dont le néo-corporatisme, les réseaux de politiques publiques (*policy networks*), etc.

À l'inverse, dans le discours juridique, le sens du mot pluralisme est plus large car plus flottant. Son usage, en

²¹ Voir, en ce sens, les travaux sur les discours de justification en droit menés par M. TROPER et ses disciples.

²² N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. de l'ital., Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1998, p. 31.

²³ J. LAGROYE, *Sociologie politique*, 3^e éd., Paris, Presses de Sciences Po & Dalloz, 1997, p. 371 sq. ; Ph. BRAUD, *Sociologie politique*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 2002, p. 21 sq.

²⁴ M. VAN DE KERCHOVE & F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 26 sq.

²⁵ Sur les fonctions de la symbolique politique, cf. Ph. BRAUD, *op. cit.* (note 23), p. 96 sq.

²⁶ D. COLAS, « Légitimité », *Dictionnaire constitutionnel*, p. 565.

²⁷ Cf. P. BOURETZ, « Souveraineté », *Dictionnaire constitutionnel*, p. 989 : « La souveraineté est un principe abstrait désignant l'instance détentrice de l'autorité légitime ; d'origine divine ou humaine, elle exprime l'identité du corps politique, le foyer où se nouent la capacité à édicter des normes et le devoir d'obéissance ».

²⁸ N. ROULAND, « La tradition... », *op. cit.* (note 3), p. 386.

²⁹ Cf. la distinction entre « légitimité personnelle (au nom de qui) » et « légitimité matérielle (au nom de quoi) » chez O. BEAUD, « Souveraineté », *Dictionnaire de philosophie politique*, p. 740.

³⁰ Ce travail de légitimation de la violence à l'égard de ces deux publics apparaît nettement dans la pratique du droit pénal de l'Ancien Régime. Cf. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1975, p. 41 sq. (Chapitre 2 : « L'éclat des supplices »).

³¹ S. Ehrlich cité par L. GRAZIANO, « Le pluralisme. Une analyse conceptuelle et comparative », RFSP, 1996, p. 200.

droit public, ne s'est pas encore généralisé et se limite pour l'instant à trois champs de recherches qui semblent étanches les uns par rapport aux autres. La référence au pluralisme est visible, en ordre décroissant, à travers la question du pluralisme des idées,³² du pluralisme juridique³³ et de la question de l'État et du droit multiculturels.³⁴ Au-delà de ces trois usages, le mot ne renvoie pas, en droit, à un modèle conceptuel identifié³⁵ ou à un corpus théorique consolidé. Il n'y a donc pas un discours pluraliste, et encore moins un discours *paradigmatique*. D'ailleurs – fait révélateur – les travaux des rares auteurs français (parfois célèbres) à avoir réfléchi sur cette question sont tombés dans l'oubli.³⁶

Trois hypothèses pourraient être avancées pour expliquer ce relatif désintérêt. 1. Il n'y a pas de pensée pluraliste en l'absence d'un objet pluraliste en droit positif français (peut-être vraie dans le passé, cette lecture l'est de moins en moins aujourd'hui). 2. Il existe un certain objet pluraliste mais il est tabou. 3. Il existe un objet et une théorie pluralistes, mais sous une autre dénomination (séparation des pouvoirs, fédéralisme, multiculturalisme, différencialisme,³⁷ etc.). Ce sont ces deux derniers facteurs qui concourent à ce que les éléments pluralistes du droit français restent invisibles au sein de la doctrine française.

2. Le pluralisme comme mode d'articulation de l'unité et de la diversité

Au vu de ces éléments, quelle définition faut-il retenir ici du pluralisme ? L'acception à laquelle on aura recours est une acception large du mot : celui-ci renvoie à la question générale et omniprésente de l'articulation entre unité et diversité.

L'unité évoque l'existence de l'Un : elle donne une « image d'un *Tout* cohérent, homogène et intégré ». ³⁸ L'on serait donc tenté de penser l'unité comme un bloc monolithique. Or, s'agissant du peuple, il est impossible – sauf à tomber dans les ornières d'un anthropomorphisme abusif, et à croire que le peuple est un être réel – de ne pas penser l'unité du peuple à partir de ce fait anthropologique qu'est la diversité des individus. Quitte à évacuer cette diversité (on la relègue dans l'espace privé), à en réduire la visibilité (sur le plan des représentations de la Cité on célèbre l'unité) ou, au pire, à vouloir l'éradiquer (on supprime les libertés individuelles) ! Ressort, du coup, le caractère ambigu du vocable pluralisme qui tantôt met l'accent sur une diversité qui est *déjà* pensée dans l'unité – ainsi celle, libérale, des individus –, tantôt ajoute une *nouvelle* forme de diversité – à savoir celle des groupes et communautés.

Renvoyant à l'idée de pluralité, le concept de pluralisme reste assez nébuleux tant que l'on n'a pas défini de quel *type* de pluralité il s'agit. Quelles en sont, d'une part, les composantes, les unités de base ? Ainsi, dans les trois discours juridiques identifiés cohabitent deux visions anthropologiques opposées : l'une qui identifie le pluralisme à l'individualisme libéral (ainsi le discours sur le pluralisme des idées et des partis) ; l'autre qui défend, sous le même sigle, l'idée du communautarisme et/ou du multiculturalisme. Le pluralisme prend, d'autre part, un visage différent selon la sphère dans laquelle il est reconnu et institué : de là un pluralisme associatif, religieux, social, économique (marché), administratif, juridique, juridictionnel, électoral (partis), étatique (fédéralisation), etc.³⁹

Somme toute, la dialectique unité/diversité est une tension qui sous-tend tous les concepts majeurs du droit constitutionnel, que ce soit les concepts de peuple et/ou nation, de souveraineté (est-elle une et indivisible ou n'est-ce que la somme, divisible, de différentes marques de souveraineté ?), d'État (son organisation territoriale),

d'intérêt général (l'intérêt général est-il le compromis résultant de la confrontation des intérêts particuliers ou constitue-t-il une référence transcendante ?), des droits de l'homme (la liberté des individus et/ou des groupes est source de diversité), de la représentation (où se situe le foyer de l'unité politique : dans la volonté des représentés ou dans la seule volonté du représentant ainsi que le pensait Hobbes ?), de la séparation des pouvoirs (l'idée d'une pluralité de pouvoirs, mis en situation d'équilibre, est-elle compatible avec l'idée de l'unicité de la source de légitimité que constitue la volonté du peuple ?), du parlement (faut-il une chambre unique, reflétant la volonté du sujet unique ?), de l'élection (le mode de scrutin doit-il privilégier plutôt la diversité – et donc la représentation proportionnelle – ou plutôt l'unité, et donc le scrutin majoritaire ?), de parti politique (quel rôle confier à un parti, qui n'est qu'une partie du Tout, à l'intérieur de l'État garant de l'intérêt général ?), etc.

Même la notion de laïcité, qui, depuis l'interdiction des signes religieux à l'école, est au cœur d'un vaste débat, participe à la problématique de l'unité du sujet *politique*. Son évocation pourrait paraître hors sujet, s'agissant d'un problème que l'on serait tenté de rattacher à la sphère privée et non à la sphère politique. Or en France l'école est, depuis la III^e République, le lieu d'apprentissage par excellence de la citoyenneté républicaine ; c'est là qu'est forgé l'esprit du futur souverain.⁴⁰

En fin de compte, la question n'est pas de savoir si la France consacre « le » principe de l'unité ou celui « du » pluralisme, mais de dégager pour chaque sphère *quel type d'unité* est construit par le droit français à partir de *quel type de diversité*.

³² Cf. par ex., J.P. BIZEAU, « Pluralisme et démocratie », RDP, 1993, p. 532 sq. ; C. GREWE, « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », RDP, n° 5/6, 1998, p. 1349 sq. ; P. WACHSMANN, « Participation, communication, pluralisme », n° spécial de l'AJDA (« Droits fondamentaux »), 1998, p. 165 sq. ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 313 sq.

³³ Cf. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 74 sq. ; H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1158 sq.

³⁴ Cf. N. ROULAND, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, O. JACOB, 1995 et « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société* 2000, p. 519 sq. ; P. DE DEKKER & J.Y. FABERON (dir.), *L'État pluriculturel et les droits aux différences*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; G. KOUBI, « La « gestion » de la diversité culturelle en France », in A. Dieckhoff (dir.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 281 sq.

³⁵ Voir tout au plus P. BOURETZ, « Pluralisme », *Dictionnaire constitutionnel*, p. 756 sq.

³⁶ Pour une première exhumation (sommaire), cf. C.M. HERRERA, « Staatliche Einheit und politischer Pluralismus », in C. Grewe & Ch. Gusy (dir.), *Französisches Staatsdenken*, p. 158 sq. (note 2). Sur l'évacuation du thème précis du fédéralisme, cf. O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impensable », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, n° 3, 1999, p. 7 sq.

³⁷ O. BUI-XUAN, *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, Paris, Economica, 2004.

³⁸ H. MOUTOUH, *op. cit.* (note 33), p. 1159 (souligné par l'auteur).

³⁹ Cf. C. GREWE, *op. cit.* (note 2), p. 1354 sq. ; Y. MÉNY & Y. SUREL, *Politique comparée*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 10 ; C.M. HERRERA, *op. cit.* (note 36), p. 166 sq.

⁴⁰ Lire à ce sujet le rapport de la Commission Stasi du 11 décembre 2003 et, en comparaison, l'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989 sur le foulard islamique.

II. L'érosion du paradigme traditionnel de la démocratie moniste

L'image en droit français du sujet de la démocratie est profondément marquée par un certain dogme de l'unité (A), dans lequel et contre lequel se sont déployées de façon croissante des formes plurielles de pluralisme (B).

A. Le paradigme du monisme : l'unité par-delà la diversité

Traditionnellement, l'image que la France donne d'elle-même à l'intérieur et à l'extérieur de ses frontières est celle de l'unité, d'une unité qui rime avec homogénéité et uniformité.⁴¹ La France a été pendant longtemps l'archétype de l'État unitaire centralisé, de la « République une et indivisible ».⁴² Le dogme de l'unité a inspiré également la pensée et la pratique de la démocratie. Son influence est perceptible à de multiples endroits. Mis bout à bout, ces différents éléments, issus de sources intellectuelles et idéologiques variées, font apparaître tel un fil rouge la force avec laquelle à différents moments de son histoire « l'esprit français » – un certain esprit français, car l'histoire de la France est autrement plus riche et complexe⁴³ – a pensé l'unité, une unité qui, au pire, devient un fantasme. « La souveraineté est une, la nation est une, la volonté nationale est une » proclamait ainsi le projet de Constitution élaboré par Armand Marrast en août 1848.⁴⁴ La formule a valeur exemplaire. L'unité se décline, en effet, à tous les niveaux.

1. L'unité du peuple en tant que sujet politique

Point archimédien de la démocratie, le *demos* est pensé, construit (faute d'existence charnelle) à travers le prisme de l'unité, d'une unité qui exige un fort degré d'homogénéité et d'uniformité. Le moment clé où se cristallise la pensée unitaire du sujet est la Révolution française. Le défi d'alors est d'instituer un nouveau sujet politique qui viendrait se substituer à Dieu et au Roi. Le discours de la césure cache toutefois des continuités. Le titulaire de la souveraineté est toujours pensé au singulier, comme un être global, monolithique et monochrome (jusque dans son apparence vestimentaire⁴⁵), alors même que l'on entre dans l'ère de l'individualisme. Le paradoxe n'est qu'apparent : le sujet politique est pensé à l'image non *des* individus (*des* hommes), mais *de* l'individu *abstrait* (l'Homme). On part de la diversité pour mieux en faire abstraction. À cela s'ajoute le contexte de 1789. L'idée de l'unité répond à un impératif pratique : il faut faire vivre le sujet, la nation, *sans* et même *contre* le roi et les aristocrates.⁴⁶ quitte à verser au nom du discours anti-« fédéraliste »⁴⁷ dans la guerre contre tout opposant interne. D'où l'équation : divergence d'opinion = trahison. Toute volonté de différenciation est aussitôt identifiée à des visées de désagrégation du corps social et politique.⁴⁸

Plus précisément, la conception moniste du sujet est la résultante d'au moins quatre théories juridiques.

En premier lieu, il faut citer la conception dite universaliste du peuple.⁴⁹ Au sein du peuple (ou de la nation) viennent s'agréger, tels les atomes, non pas des groupes ou des communautés, quels qu'ils soient, mais des individus libres et égaux. La figure du citoyen qui est au cœur du peuple renvoie à un être désincarné, abstrait, dont on a gommé au nom de l'égalité les particularismes dus au sexe, à la fortune, aux origines ethniques, au milieu culturel, au statut professionnel, etc. Si ces différences identitaires peuvent se déployer dans l'espace privé, l'espace public n'en tient pas compte. La Cité ne connaît que des citoyens lisses et, selon la formule convenue, « interchangeable ». ⁵⁰ Ainsi émerge une « société polarisée »⁵¹ où rien ne doit venir s'intercaler entre, d'un côté, les individus et, de l'autre, le « grand Tout ». Tout corps intermédiaire qui prétend être une partie du tout – ce que l'article 3 al. 2 de la Constitution de 1958

appelle une « section du peuple » – est banni. Ainsi s'explique la longue tradition d'hostilité en France à l'égard des corporations et, par assimilation, des syndicats, associations et partis politiques.

Selon une deuxième théorie, éminemment rationaliste, et qui sert de présupposé tacite à nombre de doctrines, tous les êtres humains sont doués de Raison, d'une Raison qui est une, et même universelle. L'unité du sujet est construite (postulée) à partir d'un socle de principes et valeurs censés être communs à tous.⁵² L'unanimité devient dès lors l'écueil potentiel de la démocratie. Ainsi, chez Rousseau, l'unité du peuple se *reconstitue* à chaque délibération, toute fracture entre majorité et minorité étant vouée à se résorber. C'est la majorité qui exprime la volonté générale, non pas parce qu'elle est majorité, mais parce qu'elle est supposée avoir *découvert* la volonté générale – la vérité – là où la minorité s'est trompée.⁵³ Aussi la majorité peut-elle prétendre à être le Tout. La minorité doit s'incliner devant la vérité et se fondre dans la majorité. Il n'y a donc lieu ni de conférer un statut juridique à l'opposition,⁵⁴ ni d'admettre à l'intérieur d'un parti des courants (d'où le « centralisme démocratique » du PCF). Si, malgré tout, la minorité s'obstine dans son erreur, il appartient à la majorité de la contraindre à être libre.

Selon la troisième construction juridique, dont la paternité est attribuée en général à Sieyès, le titulaire de la souveraineté est non point le peuple réel (la foule), pris dans sa contingence sociologique et historique, mais la

⁴¹ P. ROSANVALLON, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Seuil, 2004. Pierre BOURETZ (« Pluralisme », *op. cit.* [note 27], p. 758) évoque, par opposition au modèle pluraliste des États-Unis, un « tropisme de la tradition républicaine française vers l'unité de la société et de la volonté politique ».

⁴² G. MARCOU, « Le principe d'indivisibilité de la République », *Pouvoirs*, n° 100, 2002, p. 45 sq.

⁴³ Cf. P. ROSANVALLON, *op. cit.* (note 41).

⁴⁴ Cité par L. JAUME, « Unité et pluralité : la souveraineté nationale », in F. Hamon & J. Lelièvre (dir.), *L'héritage politique de la Révolution française*, PU Lille, 1993, p. 55.

⁴⁵ Cf. P. ROSANVALLON, *op. cit.* (note 41), p. 33 sq.

⁴⁶ Cf. P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, O. Jacob, 1998, p. 53 sq.

⁴⁷ Sur ce redoutable anathème qui, à l'époque, ne visait pas seulement le fédéralisme territorial, mais aussi le fédéralisme des opinions, des familles, des clubs, etc., bref toute forme d'altérité, cf. L. JAUME, *op. cit.* (note 44), spéc. p. 58, 64 et 67 s ; O. BEAUD, « Fédéralisme et fédération ... », *op. cit.* (note 36), p. 16 sq.

⁴⁸ « L'uniformité, dans tous les objets de l'ordre public, est un lien de plus entre les hommes ; toute différence est une semence de discorde » affirmait ainsi Condorcet (*Œuvres complètes*, t. VIII, 1847, p. 658).

⁴⁹ CC, 9 mai 1991 (Statut de la Corse), RUDH 1991, 183 ; CC, 9 avril 1996 (LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française) ; CC, 15 juin 1999 (Ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires), RUDH 1999, 92. Cf. O. BUI-XUAN, *op. cit.* (note 37), p. 381 sq. et 423 sq.

⁵⁰ Or d'où peut alors naître la diversité des opinions ? L'interchangeabilité des citoyens n'est-elle pas le prélude logique à la « pensée unique » ?

⁵¹ P. ROSANVALLON, *op. cit.* (note 41), p. 47 sq.

⁵² « Là où il y a unité de principes, il y a unité de Société » déclarait ainsi le Jacobin Collot d'Herbois (cité par L. JAUME, *op. cit.* (note 44), p. 68).

⁵³ J.J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Livre IV, chap. 2.

⁵⁴ Sur le caractère tardif et incomplet du statut de l'opposition en droit français, cf. G. CARCASSONNE, « La place de l'opposition. Le syndrome français », *Pouvoirs*, n° 85, 1998, p. 75 sq.

nation. Entité abstraite, détachée – à première vue – de la réalité sociale, la nation reflète l'unité de la France à la fois dans l'espace (les députés sont, certes, élus *dans* les circonscriptions, mais ne sont point les élus *des* circonscriptions) et dans le temps (les députés sont censés défendre l'intérêt non seulement de la génération actuelle, mais aussi des générations passées et futures). Les retombées de cette théorie sont bien connues : la nation étant muette, il revient à un organe représentatif et à lui seul d'en exprimer la volonté. Cet organe est le parlement qui, en 1791, ne comporte qu'une chambre, dont l'homogénéité sociologique est assurée grâce au suffrage censitaire. L'unité du sujet est ainsi inscrite à la fois dans la symbolique, les dispositions institutionnelles du droit constitutionnel et, enfin, dans la sociologie du personnel politique. Le paradoxe (qui n'est pas sans raison d'être⁵⁵) est que l'on passe, tel un entonnoir, d'un sujet symbolique des plus vastes – tous les individus, sans exception aucune, sont inclus dans la nation – à un représentant politique dont l'assise sociale est assez restreinte. Une partie est ainsi le Tout.

La quatrième construction juridique concerne un *certain* usage, plébiscitaire ou unanimiste, du référendum érigé en acte quasi fusionnel.⁵⁶ Cette conception se présente sous deux versions. Soit le peuple est censé se donner à voir à lui-même dans son unité « naturelle ». Le vote se fait, comme l'ont ainsi revendiqué les sans-culottes, en public et par voie d'acclamation. Au surplus, la validité de la volonté du peuple n'est point conditionnée par le respect des formes légales. En tant qu'être réel, immédiatement présent, le peuple n'a point besoin des artifices du droit pour exister ; il suffit que sa volonté paraisse pour qu'elle s'impose aussitôt. Soit le peuple (divisé) est censé trouver (retrouver) son unité à travers son adhésion à la personne du chef de l'État. Né sous Napoléon Bonaparte, théorisé sous le concept de « démocratie césariste »⁵⁷ sous le régime de Napoléon III – lequel estimait que « le propre de la démocratie est de s'incarner dans un homme »⁵⁸ –, cet usage plébiscitaire du référendum a resurgi au XX^e siècle avec l'usage gaulliste de l'article 11 de la Constitution. Sa pratique fut antipluraliste : seul le président, président de « tous les Français », peut déclencher le processus et mobiliser cette source de légitimité ;⁵⁹ le pluralisme des idées dans les médias est restreint à raison du monopole de l'ORTF ;⁶⁰ l'appel au peuple sert, d'une part, à ressouder l'unité du peuple, par le biais d'une communion quasi mystique avec son chef charismatique et, d'autre part, à restaurer l'autorité de l'État (de Gaulle attend du peuple un vote approuvateur franc et massif) ; la démocratie semi-directe est utilisée afin de court-circuiter le Parlement dont la légitimité représentative est dénigrée à cause de la présence des partis (les « féodalités ») ; la loi référendaire est, enfin, utilisée à des fins anticonstitutionnelles, sans que le Conseil constitutionnel ne s'y oppose.⁶¹

2. L'unité de la représentation politique du sujet

L'homogénéité, plus ou moins postulée, du sujet se répercute sur la façon dont celui-ci est censé exprimer sa volonté. L'équation logique serait : un sujet = une volonté (formulée dans une seule langue, le français⁶²) = un représentant. Reste à définir qui est le porte-parole du peuple. Sur ce point le discours moniste adopte, à tour de rôle, deux positions parfaitement contradictoires.

Le premier discours défend le rôle représentatif exclusif du parlement. La nation, incapable d'agir, a délégué au parlement élu, et à lui seul, le droit de parler pour elle. Comme le clame Paul Reynaud en 1962, à l'heure où s'annonce le crépuscule de cette vision qui a connu son apogée sous les III^e et IV^e Républiques : « La France est ici

[dans l'enceinte parlementaire] et non ailleurs ».⁶³ Le peuple ne peut s'exprimer ni directement, ni par le biais d'un autre représentant. En outre, en toute rigueur, le parlement se doit d'être monocaméral.⁶⁴ Une seconde chambre ne se justifie que si elle représente des intérêts spécifiques : soit qu'il existe, à l'intérieur de la nation, différentes classes sociales (les aristocrates dans le modèle britannique), soit qu'il existe plusieurs peuples (les « *Teilvölker* » ou peuples fédérés dans un État fédéral). Aussi, ne connaissant ni l'un ni l'autre, la tradition républicaine française est-elle hostile ou du moins méfiante à l'égard du Sénat, perçu comme un corps étranger ou « anormal » (L. Jospin) au sein d'une démocratie. Enfin, au sein de la chambre unique, il revient à la majorité de représenter le tout. Elle est la France, même si elle ne reflète, compte tenu des déformations induites par le mode de scrutin, qu'une minorité du corps électoral et, *a fortiori*, une minorité de la population.

À l'inverse, à partir de 1958, le général de Gaulle revendique au profit du président de la République le rôle de représentant exclusif. Choisi par le destin, élu par le peuple lors d'un scrutin national, le chef de l'État est, selon lui, le seul à représenter le peuple dans son unité. Aussi est-ce de lui que toutes les autres autorités étatiques tiennent leur pouvoir et leur légitimité.⁶⁵ Quant au parlement, désigné dans des circonscriptions locales, et dominé par les partis et leurs querelles internes, il n'est que le reflet des divisions de la société. Ainsi, alors même que le président est élu par une majorité, et qu'il est issu d'un parti sur lequel il s'appuie pour gouverner, il se targue néanmoins d'être le représentant du Tout, de « tous les Français ».⁶⁶

⁵⁵ Si tous sont, en effet, inclus dans la nation, tous sont liés par sa volonté. L'obligation d'obéissance est donc générale (voir *infra* p. 339, 4.).

⁵⁶ Depuis 1789 la tradition référendaire en France est, en effet, double : à la vision unanimiste des sans-culottes s'oppose celle, plus individualiste et formaliste, défendue par Condorcet. Cf. F. HAMON, « L'idée de démocratie directe de la Révolution à nos jours », in F. Hamon & J. Lelièvre (dir.), *op. cit.* (note 44), p. 73 sq.

⁵⁷ Cf. P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000, p. 181 sq.

⁵⁸ Cité par B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 15^e éd., Paris, A. Colin, 1998, p. 437.

⁵⁹ À noter que la Commission VEDEL avait recommandé, sans succès, l'institution d'une initiative populaire.

⁶⁰ Cf. B. CHANTEBOUT, *op. cit.* (note 58), p. 436 sq.

⁶¹ CC, 6 novembre 1962 (Élection du Président de la République au suffrage universel direct) ; CC, 23 septembre 1992 (Maastricht III), RUDH 1992, 344.

⁶² Sur la politique linguistique de la France, voir O. BUI-XUAN, *op. cit.* (note 37), p. 382 sq. et 426 sq.

⁶³ Débat à l'Assemblée nationale du 4 octobre 1962.

⁶⁴ Ainsi que le formule THOURET : « La raison indique que le corps représentatif doit être un, comme la nation représentée est une » (*Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. VIII, p. 327).

⁶⁵ Idée défendue par de Gaulle lors de sa célèbre (et tonitruante) conférence de presse du 31 janvier 1964.

⁶⁶ Cette prétention du chef de l'État à incarner la totalité de la nation, comme le fit déjà Louis XV lors de la célèbre séance de flagellation, est un (autre) vestige de la monarchie absolue. De là l'esprit parfois obséquieux des médias français à l'égard du chef de l'État (du moins dans le passé). De là aussi la difficulté à établir un statut de l'opposition à l'égard non seulement du gouvernement, mais aussi et surtout du président. Cf. M.-C. PANTHOREAU, « Les droits de l'opposition en France. Penser une opposition présidentielle », *Pouvoirs*, n° 108, 2004, p. 101 sq., et la décision récente CE, 13 mai 2005, *Hoffer*, requête n° 279259 (Le principe du pluralisme des idées n'est pas opposable au chef d'État : lorsque celui-ci intervient en faveur du « oui » lors de la campagne référendaire sur la Constitution européenne, il ne s'exprime pas au nom d'un parti).

3. L'unité du pouvoir politique : la souveraineté

Aujourd'hui, en sciences sociales et politiques, il est acquis que le pouvoir est non pas une essence, mais, selon la célèbre définition de Dahl, un lien interactif entre deux ou plusieurs acteurs. Le pouvoir politique, en particulier, ne vient pas d'en haut, mais se déploie dans le réseau complexe et mouvant des relations sociales.⁶⁷ À l'inverse, la théorie démocratique des XVIII^e et XIX^e siècles s'appuie sur une vision unitaire, substantialiste et unilatérale du pouvoir qui est celle de la souveraineté. Selon cette conception héritée de l'Ancien Régime,⁶⁸ le pouvoir est un ; il est, depuis Bodin, identifié à « la » souveraineté, qui est une et indivisible. Ce que le pouvoir peut avoir de pluraliste – aspect relevé par le célèbre légiste d'Angers à travers sa distinction des différentes *marques* de souveraineté – est aussitôt résorbé dans la prééminence de l'une de ces marques : le pouvoir de faire la loi. Cette vision unitaire, car absolutiste, du pouvoir puise ses racines profondes dans la théologie. Le pouvoir « vient » non point d'en bas, mais d'en haut, du très haut, d'une « source » unique qui n'est autre que Dieu : *omnis potestas a Deo*. À croire que le pouvoir est une sorte de fluide – puisque l'on parle d'une « source » – enfermé dans un réceptacle dont il suffirait d'ouvrir le robinet pour en recueillir le contenu : l'obéissance des sujets ...

Héritière ou plutôt prisonnière de ces présupposés, la pensée démocratique n'a pu concevoir le *demos* qu'à travers le prisme de l'unité. Car l'unité du pouvoir – donnée historique première – appelle l'unité de celui qui en est, à partir de 1789, le nouveau titulaire.⁶⁹ Le discours juridique de la démocratie reste imprégné de ce mythe du pouvoir un et peine, du coup, à penser la division du pouvoir. Celle-ci est frappée de prime abord d'illégitimité : « Il ne doit pas y avoir des pouvoirs dans un régime démocratique ; c'est au contraire l'unité du pouvoir qui est la règle même de la démocratie ».⁷⁰ Comment concilier, en effet, l'existence d'un sujet un, dont la volonté serait une, avec le principe de la séparation des pouvoirs, où chaque pouvoir est un vrai pouvoir, doté d'une volonté propre, et où cette volonté s'enracine en outre, chez Montesquieu,⁷¹ dans une vision pluraliste de la société ? Pour résoudre cette difficulté, qui semble indiquer l'inexistence d'un centre de pouvoir unique, les défenseurs de la vision moniste de la démocratie ont eu recours à plusieurs arguments.

En ce qui concerne la séparation *horizontale*, l'argument, dans un premier temps, consiste à dire qu'il n'y a pas de pouvoir là où il ne doit pas y en avoir. On s'appuie sur le postulat déjà avancé par Bodin, selon lequel le pouvoir de faire la loi contient tous les autres pouvoirs. On suppose – à tort – que tout le droit est dans la loi et que le processus d'élaboration est clos une fois la norme générale et abstraite posée. Tout ce qui suit (l'application et l'interprétation) se réduit à un syllogisme logique. Pour qu'il y ait démocratie, il suffit donc que le pouvoir législatif (la souveraineté) soit attribué aux citoyens ou à ses représentants élus. Nul besoin de pousser plus loin la démocratisation de l'État. Ainsi s'explique pourquoi Rousseau n'est pas hostile à ce que le pouvoir exécutif reste entre les mains d'un roi.⁷² De même le pouvoir de juger, puisqu'il est « nul », peut être conféré à des magistrats nommés. Or, rapidement, apparaît le caractère factice de ce raisonnement. Le pouvoir de l'exécutif est trop réel et indispensable pour pouvoir être nié ou supprimé. Il doit au contraire être étroitement surveillé par le Parlement. À l'idée de la *balance* des pouvoirs se substitue ainsi l'idée d'une *hiérarchie* des pouvoirs, où le pouvoir suprême est toujours tenté d'absorber les deux autres. De même, une fois que le mythe de la puissance judiciaire nulle est percé – c'est-à-dire rela-

tivement tôt, dès 1789⁷³ –, tout est fait pour que ce pouvoir soit à nouveau ramené, par quelque lien que ce soit, au seul sujet légitime en démocratie. Ces liens, réels ou fictifs, institutionnels ou non, sont multiples, depuis l'institution du référé législatif et du jury populaire jusqu'aux différents canons d'interprétation du XIX^e siècle,⁷⁴ sans oublier à l'heure actuelle la théorie du « lit de justice » (Vedel, Favoreu) et le discours sur les juges représentants du peuple.

En ce qui concerne la division *verticale* des pouvoirs, les défenseurs de la vision moniste de la démocratie tentent de sauver ce qui peut l'être de l'unité de la souveraineté en réduisant celle-ci à une « essence », qui, elle, resterait intacte. C'est ce qui se passe lorsque le Conseil constitutionnel introduit en 1976 sa distinction – abandonnée par la suite – entre les « transferts de souveraineté » qui sont interdits par la Constitution et les « limitations de souveraineté » qui sont autorisées.⁷⁵ Va dans le même sens la distinction, introduite par le Conseil constitutionnel en 1992,⁷⁶ entre les « conditions » qui seraient « essentielles à l'exercice de la souveraineté nationale » et celles qui ne le seraient pas. De même, les élections ne sont pas des élections politiques⁷⁷ puisque les collectivités territoriales n'exercent pas des pouvoirs relevant de la souveraineté. Enfin, l'ultime argument réside dans le concept de la « *Kompetenz-Kompetenz* ». Si la souveraineté, certes, n'est plus une dans son *exercice*, elle l'est – elle doit

⁶⁷ Lire les critiques incisives à l'égard du concept de souveraineté chez M. FOUCAULT. *Histoire de la sexualité*, t. I : *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 107 sq.

⁶⁸ Sur cette continuité, cf. O. BEAUD, « Souveraineté », *op. cit.* (note 29), p. 740 ; L. JAUME, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989, p. 263 sq. ; N. ROULAND, « La tradition juridique ... », *op. cit.* (note 3), p. 388 ; A. HAQUET, *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris, PUF, 2004, p. 66 sq. (en 1789 seul le titulaire de la souveraineté change ; sa *nature* – absolue et indivisible – reste identique).

⁶⁹ A. HAQUET, *op. cit.* (note 68), p. 90 : « Puisque la souveraineté est indivisible, son titulaire doit par homothétie avoir une volonté unique. La logique de cette proposition régit le droit constitutionnel français ».

⁷⁰ J.P. COT, Ass. nat. const., 2^e séance du 9 avril 1946, *Journal officiel* du 10 avril 1946, p. 1622.

⁷¹ Ch. EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 165 sq.

⁷² *Contrat social*, Livre III, chap. 1 sq. À l'opposé, Kelsen dans *La démocratie. Sa nature et sa valeur* (Paris, Economica, 1988) insistera à juste titre sur la nécessité de démocratiser l'exécutif. Alors que Rousseau identifie le droit et la loi, le maître de l'école de Vienne démontre que le droit s'élabore par strates successives.

⁷³ Lire le *Rapport sur l'organisation de la justice* présenté le 17 août 1789 par BERGASSE devant l'Assemblée constituante. Pourquoi, en effet, se méfier des juges s'ils n'ont pas de pouvoir ? Ce que les révolutionnaires retiennent de Montesquieu ce n'est pas que le pouvoir des juges est nul, mais qu'il faut le rendre nul.

⁷⁴ Cf. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p. 52, 61 sq. (« La surestimation du sujet ») et *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p. 4 sq. (la conception « monologique » du droit).

⁷⁵ CC, 30 décembre 1976, Assemblée parlementaire européenne ; al. 15 du préambule de la Const. de 1946.

⁷⁶ CC, 9 avril 1992, Maastricht I, RUDH 1992, 336.

⁷⁷ CC, 9 avril 1992, Maastricht I. *Contra* : CC, 18 novembre 1982, Quotas par sexe.

l'être⁷⁸ – néanmoins dans son *essence*, définie cette fois-ci par référence au droit de pouvoir reconstituer à tout moment la totalité (défaite) de la souveraineté. Le souverain pourrait s'arroger, de façon unilatérale, toutes les prérogatives transférées vers le haut et vers le bas.

4. L'unité de l'obéissance du « peuple-objet »

Voilà l'aboutissement logique de toute la construction moniste : obéissance est due par tous – par tous ceux qui sont concernés – à l'égard de toutes les normes juridiques, individuelles et générales ! Au fondement de ce devoir (moral) d'obéissance se trouve le principe d'autonomie : est juste, légitime, et donc obligatoire, la loi que l'on s'est donnée à soi-même⁷⁹ sachant que, *a priori*, nul n'est injuste envers lui-même.⁸⁰ Appliqué à une entité collective, le principe signifie que le peuple est obligé d'obéir à sa propre volonté. Or la réflexivité ainsi suggérée est largement fictive. Le cercle des destinataires de la loi est plus large que le cercle des auteurs de la loi, étant donné que le premier inclut ceux qui n'ont pas le droit de vote (étrangers, enfants, etc.), ceux qui se sont abstenus lors de l'élection, ceux qui ont voté pour l'opposition et ceux qui, parmi les électeurs du parti majoritaire, ne s'identifient pas avec la loi faite par « leurs » élus.⁸¹ Or, pour autant, le devoir d'obéissance n'est point à géométrie variable ; il est, au contraire, un bloc monolithique. Il vaut à l'égard de tous les justiciables (la loi, une fois votée, est l'expression de la volonté générale) et à l'égard de toutes les normes (les décisions individuelles sont censées découler de la loi).⁸²

En définitive, la vision moniste de la démocratie se résume en l'équation suivante : « peuple-sujet » = une volonté = un représentant (parlement/chef d'État) = la majorité = le pouvoir (souveraineté) = la loi = le droit = la volonté générale = obéissance du « peuple-objet ».

B. Les diverses formes de pluralisme : la diversité dans l'unité

Le droit français est à la « croisée des chemins ». ⁸³ À l'idéal ancien d'une France unitaire car uniforme vient s'opposer l'idée, en partie déjà concrétisée, d'une « République plurielle », ⁸⁴ d'une France qui est à la fois « une et diverse ». ⁸⁵ À l'ombre du discours dominant, qui reste marqué par le dogme unitaire, la réalité de la démocratie en France se fait plus complexe. Le droit évolue en mélangeant les logiques monistes et pluralistes.

Le modèle moniste reste d'actualité. Si certains de ses traits saillants ont été relativisés ou emportés par le temps, d'autres résistent. Ainsi le souci de l'homogénéité du corps politique a resurgi à travers le débat sur le port de signes religieux, marquant un frein à l'idée du pluralisme. Le concept universaliste de peuple continue à séduire les esprits.⁸⁶ Il a été réaffirmé avec force par le Conseil constitutionnel qui s'est même livré à une surenchère rhétorique, en passant de « l'unité » à « l'unicité »⁸⁷ du peuple français comme pour mieux conjurer les démons pluralistes... Reste à savoir s'il ne s'agit pas là, en partie au moins, d'une victoire à la Pyrrhus. Le concept de souveraineté – un (sinon *le*) pilier fondamental du modèle moniste – est progressivement vidé de son poids normatif et de sa valeur explicative. Les barrières érigées par la Constitution et la jurisprudence du Conseil sont fragiles. À coup de révisions, le pouvoir constituant dérivé – déclaré « souverain » par le même Conseil⁸⁸ – a pu remodeler profondément le visage de la démocratie. En témoignent l'article 88-1 (la participation de la République française à l'Union européenne), l'article 3 al. 5 (parité), les articles 76 et 77 (Nouvelle Calédonie), sans oublier le nouvel article 1^{er} *in fine* (l'organisation dite « décentralisée » de la

France) auquel s'ajoute le titre XII, entièrement refondu.

Est-ce à dire qu'un changement de paradigme est en train de s'opérer sous nos yeux ? La réponse n'est pas aisée, faute de recul. Souvent ce n'est que de façon rétrospective que l'on acquiert la certitude d'une césure au sujet d'une évolution historique qui, à l'époque, s'est faite par étapes successives, au gré de demi-mesures dont la nature prêtait alors à ambiguïté.⁸⁹ On peut toutefois le penser. Reste que, dans l'ordre des représentations symboliques, le terme de pluralisme est loin d'être le nouveau mot d'ordre du discours politico-juridique. À l'heure actuelle, l'idée « du » pluralisme ressemble moins à une théorie systématique qu'à un *patchwork* d'évolutions multiples. Quatre phénomènes méritent à ce sujet une attention particulière.

1. « Le » peuple, un être complexe aux idées et intérêts pluriels

Cet aspect est assez connu et c'est aussi celui que l'on identifie le plus, en doctrine, avec l'expression « pluralisme ». On parle de « pluralisme des idées » (il faudrait y ajouter : et des intérêts). Si l'expression est récente, les idées qu'elle véhicule sont anciennes puisqu'il s'agit des principes de la tradition libérale française. Alors que, selon les tenants de

⁷⁸ Il n'est en effet pas sûr que ce droit soit consacré en droit positif. Pour ce qui est de la décentralisation, la réponse est affirmative : une révision de la constitution suffit pour la supprimer. S'agissant de l'Europe, la réponse est discutée. Ainsi l'existence d'un droit de retrait *unilatéral* des États membres de l'Union européenne est niée par une partie de la doctrine communautariste française. La France pourrait tout au plus se retirer avec l'accord des autres États, par la voie d'une révision des traités.

⁷⁹ J.J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Liv. I, chap. 6 (« Trouver une forme d'association (...) par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même ») et chap. 8 (« L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté »).

⁸⁰ I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, I. Teil : *Rechtslehre*, § 46.

⁸¹ *Contrat social*, Liv. IV, chap. 2 (« Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une ») ; J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, chap. VIII, § 96.

⁸² Seules exceptions : les clauses de conscience (celle accordée aux médecins par la loi de 1975 sur l'IVG) et les règles supplétives en droit privé.

⁸³ C. GREWE, « L'unité de l'État ... », *op. cit.* (note 32), p. 1359.

⁸⁴ O. DUHAMEL, « La République plurielle », *Le Monde*, 9 août 2000, p. 1 et 10.

⁸⁵ M. FROMONT, « La République française, une et diverse », *Mélanges Fleiner*, Editions universitaires de Fribourg, 2003, p. 27 sq. Sur le caractère évolutif des exigences du principe de l'indivisibilité de la République, cf. R. DEBBASCH, « L'indivisibilité de la République et l'existence de statuts particuliers en France », in *État, régions et droits locaux*, Paris, Economica/Institut du droit local alsacien-mosellan, 1997, p. 73 sq.

⁸⁶ Voir les écrits de D. SCHNAPPER, sociologue et membre du Conseil constitutionnel : *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Paris, Folio, 2000 et « La communauté des citoyens, utopie créatrice », *Le Monde*, 12 nov. 2004, p. 15.

⁸⁷ CC, 9 mai 1991, Statut de la Corse, cons. 11, RUDH 1991, p. 183, comm. C. GREWE, *ibid.*, pp. 381-389 ; CC, 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales et minoritaires, cons. 5.

⁸⁸ CC, 2 septembre 1992, Maastricht II, cons. 19, RUDH 1992, 341 ; CC, 26 mars 2003, Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République.

⁸⁹ Bel exemple : l'Europe. Le traité constitutionnel est-il un traité ou une constitution ? Ou est-ce – comme j'aurais tendance à le penser – un acte mixte ? L'Union européenne est-elle une organisation internationale, un État fédéral en devenir – Thomas OPPERMANN parle d'une institution « para-étatique » – ou une catégorie *sui generis* ?

la vision moniste, les mécanismes de la démocratie doivent servir à (re)produire l'unité, et donc des similitudes, la logique du pluralisme assoit la légitimité des différences. La diversité est bénéfique, indispensable ; elle découle du principe de la liberté individuelle qui est consubstantiel à l'idée de la liberté politique.

Le peuple n'est pas une entité homogène, mais il est formé d'individus qui ont des opinions et intérêts divergents.⁹⁰ C'est cette diversité qui doit s'exprimer librement dans les opérations électorales et référendaires. De là résultent la garantie, juridique et financière, de l'existence d'un large éventail de partis (art. 4 Const.)⁹¹ ainsi que la protection du pluralisme des idées dans les médias. Le respect de l'altérité exige également l'institution d'une représentation proportionnelle. Or, face à l'instabilité ministérielle sous les III^e et IV^e Républiques, les fondateurs de la Ve République ont tenu à endiguer le jeu politique par le biais du scrutin majoritaire et des mécanismes du parlementarisme rationalisé. La diversité n'est pas pour autant escamotée au sein du parlement : les intérêts particuliers sont présents,⁹² voire trop présents ; l'absence stipulée de tout lien entre élu et électeurs est, en partie, une fiction, contredite en fait et en droit ;⁹³ la minorité se voit attribuer des droits afin de pouvoir défendre ses droits et ses intérêts, notamment par le biais de la saisine du Conseil constitutionnel. Enfin, la rupture de l'équation : la majorité politique = Tout⁹⁴ est consommée avec l'institution d'un contrôle de constitutionnalité de la loi. « La loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».⁹⁵ La légitimité de la loi, à l'égard des destinataires des normes, repose désormais sur sa provenance (légitimité personnelle) et sur son contenu (légitimité matérielle).

2. Le pluralisme des représentants et le mythe de la nation une

Un autre principe du modèle moniste de la démocratie – celui qui postule : un peuple = une volonté = un représentant – a également été supplanté au cours de l'histoire française. Le pluralisme des modes d'expression du peuple est même, dans certains de ses aspects, très ancien. Toutefois son importance s'est singulièrement accrue sous la Ve République.⁹⁶ « La » volonté « du » peuple s'exprime en effet par une multiplicité de canaux, avec des contenus parfois divergents, ce qui autorise à douter de l'existence d'un sujet émetteur unique.

Ce type de pluralisme institutionnel apparaît tout d'abord à travers la redécouverte du principe de la démocratie dite *constitutionnelle* ou *constituante*. Selon ce modèle, le peuple s'exprime d'abord et surtout à travers sa Constitution. S'opère alors, au sein du concept de souveraineté (et de démocratie), un glissement : celle-ci n'est plus focalisée, comme autrefois, sur le pouvoir de faire les lois, mais sur le pouvoir constituant dont le caractère primordial est réaffirmé. Pour être légitime, la loi ordinaire doit être validée au regard des droits de l'homme garantis par la Constitution (et par la CEDH). Le fondement de cette conception plus exigeante de la légitimité démocratique est double. Soit, et c'est l'opinion doctrinale la plus répandue, l'on postule un dédoublement hiérarchique du peuple : en haut le peuple constituant, qui serait à la fois plus uni⁹⁷ (en référence au contrat social adopté à l'unanimité) et plus constant (ce serait le peuple éternel) ; en bas le peuple actuel qui statue, à la majorité simple, et qui est autrement plus faillible et versatile.⁹⁸ Soit – mais c'est plus rare, compte tenu de la coloration positiviste de la doctrine française – le fondement de la démocratie constituante est recherché dans une référence axiologique absolue : l'idée des droits de l'homme découle de la

Raison et le peuple ne peut pas ne pas vouloir ce qui, en soi, est rationnel.

À l'intérieur de la démocratie *constituée*, le pluralisme des modes d'expression du peuple est prévu de façon explicite par l'article 3 de la Constitution. Le peuple exerce sa souveraineté soit de façon directe par la voie du référendum (art. 89 et 11 Const.), soit de façon médiate par la voie de ses représentants. Depuis le départ du général de Gaulle, l'usage de l'article 11 s'est raréfié, pacifié et, en partie, juridicisé ;⁹⁹ son champ d'application a d'ailleurs été étendu en 1995. Au niveau local, la Constitution prévoit désormais trois types de mécanismes de démocratie semi-directe.¹⁰⁰ À côté, en dessous ou au dessus de la démocratie semi-directe est institué le principe de la démocratie représentative. Encore faut-il définir – ce qui est loin d'être unanimement admis – qui est représentant du peuple ! Le

⁹⁰ Outre les intérêts individuels, la Constitution reconnaît également la spécificité d'intérêts de certains groupements sociaux, dont, par ex., les « peuples/populations d'outre-mer » (cf. *infra* le point 3.).

⁹¹ Le pluralisme des partis est illimité en ce sens que la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} de l'art. 4 Const. est pour l'instant restée lettre morte.

⁹² Pour une définition philosophique de l'intérêt général comme résultante de la confrontation des intérêts particuliers, cf. B. CONSTANT, « Principes de politique », chap. V, in *De la liberté chez les modernes. Ecrits politiques*. Textes choisis, annotés et présentés par M. Gauchet, Paris, Livre de poche, 1980, p. 306.

⁹³ Deux illustrations parmi d'autres : 1) l'invalidation, en 1962, par le général de Gaulle du mandat parlementaire des députés élus dans les départements algériens ; 2) le remplacement, par la loi du 11 avril 2003, de la circonscription électorale unique par huit circonscriptions de taille régionale pour l'élection des députés du parlement européen, l'objectif affiché étant de rapprocher les élus de leurs électeurs.

⁹⁴ Équation que le député André Laignel, s'adressant en 1982 à l'opposition, avait synthétisée dans l'apostrophe restée célèbre : « Vous avez juridiquement tort, parce que vous êtes politiquement minoritaires ».

⁹⁵ CC, 23 août 1985, Évolution de la Nouvelle Calédonie, considérant 27.

⁹⁶ D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue », in *id.* (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995, p. 5 sq. ; J. CHEVALLIER, « La crise de la démocratie ... », *op. cit.* (note 1), p. 377.

⁹⁷ Sur le consensus comme nouvel idéal de la démocratie (au lieu de la majorité), cf. D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue », *op. cit.* (note 96), p. 22.

⁹⁸ D'inspiration américaine (B. ACKERMAN, « La démocratie dualiste », in M. Troper & L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ-Bruylant, 1994, p. 191 sq.), la thèse affleure sous la plume de nombreux auteurs français (E. Zoller, D. Rousseau, L. Favoreu, G. Carcassonne, P. Rosanvallon, etc.). Pour un exposé systématique, cf. P. BLACHÈRE, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, 2001, p. 185 sq.

⁹⁹ Depuis les référendums de 1962 et 1969, plus aucun président n'a eu recours à l'article 11 pour valider une révision. Par ailleurs, l'hypothèse d'un éventuel contrôle juridictionnel des lois référendaires par la voie du contrôle de la conventionnalité a été évoquée par Christine Maugué dans ses conclusions sur CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, RFDA, 1998, p. 1087.

¹⁰⁰ Sont institués le droit de pétition (art. 72-1, al. 1), le référendum sur une délibération locale (art. 72-1, al. 2) et le référendum facultatif ou obligatoire, décisif ou consultatif, en cas de changement majeur affectant le statut de la collectivité locale (art. 53 al. 3 ; art. 72-1 al. 3 ; art. 72-4 ; art. 73 al. 7 ; art. 76 et 77 Const.).

cas de l'Assemblée nationale semble indiscutable.¹⁰¹ Le cas du Sénat est déjà plus problématique : si le principe du bicamérisme a toujours été controversé au sein de la tradition républicaine, le Sénat actuel voit, en outre, sa légitimité contestée à cause de son mode de scrutin qui privilégie immanquablement les partis de droite.¹⁰² Officiellement, selon l'article 24 Const., le Sénat assure « la représentation des collectivités de la République » et, de façon accessoire, des « Français établis hors de France ». La question de sa légitimité est d'autant plus délicate qu'il détient des pouvoirs étendus en matière de révision (art. 89) et de législation (art. 45 et 46).

Reste à savoir s'il existe, au-delà du parlement, d'autres représentants du peuple, à commencer par le président de la République. Sa qualité de représentant a été affirmée avec force par de Gaulle et ses successeurs, et c'est aussi la conception que nombre de citoyens ont intériorisée. Une partie de la doctrine le conteste toutefois,¹⁰³ à tort me semble-t-il. Le président est certes élu, avance-t-on, mais, ne participant pas au pouvoir législatif, il n'exerce pas la souveraineté ; il n'exprime pas la volonté du peuple. Une telle assertion, formaliste et légaliste, est doublement critiquable. D'une part, s'il est vrai que, selon les textes, le président n'a aucun rôle dans la procédure de législation – c'est au gouvernement que revient la maîtrise de la procédure –, nul ne doute qu'il joue, sauf cas de cohabitation, un rôle crucial dans les coulisses. D'autre part, le critère de définition de la souveraineté est trop étroit : le pouvoir politique ne se réduit pas à celui de faire les lois (au sens formel), ni même à celui de faire les règles générales et abstraites (les lois au sens matériel). Or de ce double point de vue, le président dispose de prérogatives importantes.¹⁰⁴ Dès lors, il doit être considéré comme un représentant du peuple. Enfin, selon certains auteurs, cette qualité doit également être reconnue au Conseil constitutionnel. D'une part, il participe à l'exercice de la souveraineté puisqu'interpréter la loi est encore faire, refaire et parfaire la loi ; d'autre part, s'il n'est certes pas élu, le juge constitutionnel, en défendant les droits de l'homme, se fait néanmoins le porte-parole de l'opinion publique et/ou de l'intérêt objectif du peuple.¹⁰⁵

Quel que soit l'avis porté sur cette dernière thèse, il est évident qu'il existe désormais une pluralité de modes d'expression populaire. Ce pluralisme est rattaché tantôt à un seul sujet (c'est le même peuple qui élit le président de la République et l'Assemblée nationale) tantôt à deux sujets (ainsi le dédoublement entre le peuple constituant et le peuple législateur) tantôt à aucun sujet clairement identifié (le Sénat est censé représenter tantôt des territoires mais pas la population, tantôt la « nation » mais pas le « peuple »¹⁰⁶). Dans un tel système où les voies d'expression (et partant les voix) du peuple sont démultipliées, le défi majeur du droit et de la science du droit est de penser l'articulation interne de cette polyphonie afin d'éviter que celle-ci ne dégénère en cacophonie.¹⁰⁷ Loin d'être donnée, l'unité « du » peuple est à construire.

3. Le défi de la souveraineté éclatée : la pluralité de peuples dans une « démocratie à plusieurs niveaux »

Avec la fragmentation de la souveraineté, l'un des piliers du modèle moniste de démocratie se trouve ébranlé. Alors qu'en 1789 l'unité du pouvoir, concentré entre les mains du roi, *appelait* et *confortait* l'idée du peuple comme sujet un, l'éparpillement des pouvoirs oblige à un *aggiornamento* de la théorie démocratique. Il faut penser et instituer la démocratie, et son sujet, là où se trouve le pouvoir.

Déjà aperçue dans le cadre de la séparation horizontale des pouvoirs, cette problématique est de plus en plus visible

dans le cadre de la séparation verticale des pouvoirs. Cette dernière dynamique s'est accélérée de nos jours avec le double mouvement de la construction européenne (où l'on se rapproche de plus en plus d'un État fédéral européen) et de la « décentralisation » (où la question de la mutation de la France en une forme d'État régional est posée). Le droit n'est plus seulement national ; il est aussi, et de plus en plus, supranational – nul besoin d'y insister – et infranational. Placée sous le leitmotiv du plus grand respect de la *diversité* des intérêts infranationaux,¹⁰⁸ la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, relative à l'organisation dite « décentralisée » de la République, a considérablement élargi et/ou officialisé les pouvoirs normatifs variables des différents types de collectivités territoriales. Parmi les prérogatives reconnues à toutes les collectivités territoriales, il faut mentionner le pouvoir réglementaire local (art. 72 al. 3 Const.) et le célèbre droit d'expérimentation (art. 72 al. 4). À cela s'ajoutent : pour les départements et régions d'outre-mer, la possibilité d'adapter la législation nationale aux spécificités locales (art. 73) ; pour la Polynésie le pouvoir d'édicter, dans sa sphère d'autonomie, des normes générales et abstraites, auxquelles on a certes refusé le nom et le régime contentieux de la loi, mais qui n'en sont pas moins du point de vue matériel,¹⁰⁹ pour la Nouvelle Calédonie la prérogative de voter, dans tous les domaines où il y a eu transfert de souveraineté de la part de l'État, des « lois de pays » – en allemand : *Landesgesetz*...

¹⁰¹ Encore que certains estiment que sa légitimité est moindre que celle du chef de l'État. Or qui peut mieux représenter le peuple, sa diversité, qu'un organe qui est lui-même complexe ? L'incarnation du peuple dans un seul homme est, par définition, réductrice.

¹⁰² C'est un « pluralisme à sens unique ». Comme le fait remarquer de façon incisive Guy CARCASSONNE, « quand la gauche perd tout, elle perd tout ; quand la droite perd tout, elle conserve le Sénat » (« La place de l'opposition ... », *op. cit.* (note 54), p. 76).

¹⁰³ Cf. P. BRUNET, *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2004, p. 312 sq.

¹⁰⁴ Le chef de l'État joue un rôle crucial tantôt dans la suspension de règles, y inclus de règles législatives (art. 16, art. 17) tantôt dans l'élaboration de règles de droit dont certaines ont rang légal, voire supralégal (art. 11, art. 13, art. 16, art. 52, art. 74-1, ancien art. 92).

¹⁰⁵ Voir les divers écrits de D. ROUSSEAU dont *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.* (note 32), p. 477 sq. ; D. TURPIN, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, 1992, p. 381 sq.

¹⁰⁶ Voir les hésitations chez G. CARCASSONNE, *La Constitution*, *op. cit.* (note 11), p. 136 sq.

¹⁰⁷ D'où, par exemple, la réforme récente visant à faire précéder les élections législatives par les élections présidentielles. Sauf incident de parcours (dissolution, décès ou démission du président), les deux élections auront désormais lieu la même année. On veut éviter le risque d'une cohabitation : l'unité du peuple et du pouvoir politique serait ainsi garantie (exception faite du Sénat, en cas de victoire de la gauche). Pour une analyse plus poussée de ces questions d'articulation, cf. L. HEUSCHLING, « Krise der Demokratie ... », *op. cit.* (note 1).

¹⁰⁸ Cf. G. CHAVRIER, « L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ? », *Annuaire des collectivités locales*, 2004, p. 43 sq.

¹⁰⁹ Art. 74 Const. et LO du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Pour une étude au regard de l'idée de l'universalisme, cf. O. BUI-XUAN, « De la difficulté d'édifier un statut sur mesure. Le nouveau statut de la Polynésie française », *LPA*, n° 36 du 21 févr. 2005, p. 6 sq.

À la lumière de ces données, il est un fait indéniable que la souveraineté est divisible, qu'elle peut être « partagée »¹¹⁰ et qu'elle s'exerce à des niveaux géographiques multiples. L'unité de la souveraineté n'est plus que virtuelle : il existe, certes, la compétence de la compétence, mais celle-ci constitue une simple hypothèse-limite dont la réalisation est fort peu probable. Sa valeur explicative de la réalité contemporaine du pouvoir est extrêmement réduite.

Si *multi-level governance* il y a, est-il également loisible de parler d'une *multi-level democracy* ? Plus exactement : ces pouvoirs éparpillés, exercés en général par des organes élus, sont-ils rattachés à un sujet unique (le peuple national) ou à plusieurs peuples ? Sur ce point, le débat français – bloqué par le dogme moniste – peine à avancer. La traduction même de l'expression anglo-saxonne de *multi-level democracy* (*Mehrebenen-Demokratie* disent les Allemands) reste, en droit français, sinon à inventer,¹¹¹ du moins à investir. Faute de mot, on peine à concevoir la chose et à synthétiser, sous un seul terme, une série d'évolutions qui, dans le discours dominant, sont soit ignorées soit sous-exposées. Sur cette question, le droit français livre une image bigarrée, contradictoire. Il hésite entre le rappel dogmatique du principe de l'unicité du peuple et l'acceptation d'une vision pluraliste du peuple, caractérisée par « l'emboîtement des identités et des allégeances ».¹¹² Le discours républicain traditionnel, réaffirmé par le Conseil constitutionnel en 1991 dans l'affaire corse, et repris en chœur par la majorité de la doctrine,¹¹³ ne connaît qu'un seul peuple : le peuple français, qui est une « catégorie unitaire insusceptible de toute subdivision en vertu de la loi ».¹¹⁴ Or il s'agit là d'une vision partielle du droit français, qui en dénature la complexité.

a) Les « peuples/populations d'outre-mer »

Dès 1958, dans le contexte de l'empire colonial, le droit français reconnaît l'existence, à côté ou au sein du peuple français, de peuples d'outre-mer. Déjà la Constitution de 1958 est l'œuvre d'un pouvoir constituant complexe, car ambigu. D'un côté, son auteur est censé être « le peuple français » (suivant la formule de promulgation) ; de l'autre, la Constitution se présente, à l'article 1^{er} (ancienne version), comme le point de convergence entre la volonté du peuple (métropolitain) français et les volontés des « peuples des territoires d'outre-mer ».¹¹⁵ Lors du référendum du 28 septembre, les colonies avaient le choix entre le oui à la Constitution (et donc le maintien d'un lien avec la France au sein de la « Communauté ») et le non, qui équivalait à l'accession immédiate à l'indépendance (le cas de la Guinée). Dès 1958 l'altérité des peuples d'outre-mer est donc symboliquement et effectivement reconnue. L'une des conséquences est la reconnaissance du droit à l'autodétermination. De même, lorsqu'en 1991, face à des sénateurs qui agitent le spectre d'une sécession de la Corse, le Conseil constitutionnel censure la référence faite au « peuple corse », il réserve explicitement le cas des « peuples d'outre-mer » auxquels l'alinéa 2 du préambule de la Constitution reconnaît le droit à l'autodétermination.¹¹⁶ Leur identité et la spécificité de leurs intérêts sont reconnues par le Conseil, qui est amené à valider également leur droit à être consulté sur l'évolution de leur statut.¹¹⁷ En 1998 sont reconnus, dans le bloc de constitutionnalité, le « peuple kanak » ainsi que la « citoyenneté de Nouvelle Calédonie ». En 2003, le pouvoir de révision a ajouté le nouvel article 72-3, alinéa 1^{er}, selon lequel « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».¹¹⁸ Selon cet article, il existe un seul peuple français, qui est composé d'un côté de la population métropolitaine (innommée, et

qui inclut la Corse) et, de l'autre, des *populations ultramarines* (les anciennes colonies). Il en découle pour celles-ci, au titre de leur qualité de « population », des statuts d'autonomie des plus étendus et faits sur mesure.

b) Le « peuple européen »

La question de l'identité du peuple resurgit également lors du débat sur l'Europe.¹¹⁹ Ce qui est intéressant dans cette controverse est de voir comment le droit positif se transforme dans ses dispositions techniques, sans que le discours sur le droit – que ce soit le discours officiel du droit sur lui-même ou le discours doctrinal dominant – en tire toutes les conséquences au niveau symbolique. Ainsi l'on sait que, depuis le traité de Maastricht, est reconnue (très officiellement) une « citoyenneté européenne », à laquelle sont attachés plusieurs effets. Pourtant le terme de « peuple européen » est évité : même le Parlement européen est censé représenter non pas « le » peuple européen, mais « les » peuples européens, ceux des États membres (art. 189 TCE).¹²⁰ Pourtant, le peuple européen est déjà une réalité latente du droit positif. Qu'est-ce qu'en effet la reconnaissance d'une *citoyenneté* si ce n'est la reconnaissance d'un *peuple* dès lors que, selon la conception française classique, le peuple n'est rien d'autre que la ... « communauté des

¹¹⁰ J.-Y. FABERON & G. AGNIEL (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle Calédonie et en droit comparée*, Paris, La documentation française, 2000.

¹¹¹ Une première occurrence chez J.L. QUERMONNE, *L'Europe en quête de légitimité*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001, p. 100 (« démocratie à plusieurs niveaux »).

¹¹² J. CHEVALLIER, « Les transformations de la citoyenneté », *Regards sur l'actualité*, 1999, p. 17.

¹¹³ Pour un aperçu récent et exhaustif de cette vision orthodoxe, cf. A. HAQUET, *op. cit.* (note 68), p. 90-118.

¹¹⁴ CC, 9 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, considérant n° 11.

¹¹⁵ Art. 1 Const. (dans sa version d'avant 1995) : « La République et les peuples des territoires d'outre-mer qui, par un acte de libre détermination, adoptent la présente Constitution instituent une Communauté. La communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent. ». Cf. aussi l'al. 2 du préambule (inchangé). Les votes furent d'ailleurs décomptés séparément (voir les résultats officiels : RDP, 1958, p. 930).

¹¹⁶ CC, 9 mai 1991, Statut de la Corse, considérant n° 12 (souligné par nous), RUDH 1994, p. 183.

¹¹⁷ CC, 4 mai 2000, Loi organisant une consultation de la population de Mayotte ; CC, 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour la mer.

¹¹⁸ À travers la nuance sémantique – *population* d'outre-mer au lieu de *peuple* d'outre-mer – la majorité politique voulait réaffirmer l'unité du concept de peuple français. Or, en même temps, l'alinéa 2 du préambule n'a pas été modifié. Les citoyens en Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis et Futuna, Polynésie et Nouvelle Calédonie forment donc à la fois une « population » au sein du peuple français (art. 72-3) et un « peuple » potentiellement exogène au peuple français (al. 2 préambule). Cf. D. CUSTOS, « "Peuple français" et "populations d'outre-mer" », in J.-Y. Faberon, *L'outre-mer français. La nouvelle donne institutionnelle*, Paris, La documentation française, 2004, p. 57 sq.

¹¹⁹ Cf. T. SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », RDP, 2003, p. 1709 sq. ; J. CHEVALLIER, « Les transformations de la citoyenneté », *op. cit.* (note 112).

¹²⁰ Ce point est modifié par l'art I-46 al. 2 du projet de traité constitutionnel pour l'Europe, selon lequel il appartient au Parlement européen de représenter les « citoyens européens ». Voir aussi art. 191 TCE.

citoyens » !¹²¹ En tant que *demos*, et non *ethnos*, le peuple est le fruit (artificiel, car contractuel) du « vouloir vivre ensemble » (Renan) des citoyens. De même, le Parlement représente déjà « le » peuple européen, sans quoi les députés devraient logiquement siéger (et, peut-être, même voter) par délégations nationales. Du côté du droit français, le Conseil constitutionnel a également, *in catimini*, validé l'existence d'un peuple européen. En 2003, il rejette comme « inopérant »¹²² l'argument de l'unicité du peuple français avancé par les requérants pour contester la substitution de huit circonscriptions régionales à la circonscription nationale unique pour les élections européennes. Inopérant, l'argument l'est parce que, selon le Conseil, le peuple français n'est pas le sujet de légitimation de cette élection. « Les membres du Parlement européen élus en France le sont en tant que représentants des citoyens de l'Union européenne résidant en France », écrit-il. D'une part, ce n'est pas le peuple français qui, en France, désigne les députés européens, mais ce sont les « citoyens européens » ; or, parmi eux, il y a certes les citoyens français mais aussi les ressortissants d'autres États membres de l'UE habitant en France. D'autre part, les députés européens élus en France doivent défendre les intérêts non pas de la France, mais des citoyens européens, de l'Europe. Cette reconnaissance (implicite) du peuple européen – le terme même ne figure pas dans la décision du Conseil – est fondée sur l'article 88-1 de la Constitution, combiné avec les dispositions techniques des articles 17 al. 1 et 19 al. 2 TCE.¹²³

c) *Les peuples « infranationaux » métropolitains, dont le « peuple corse »*

Voilà un sujet absolument tabou qui est évoqué, au mieux, à travers la référence – aussitôt récusée – du « peuple corse, composante du peuple français ». L'expression de « peuple infranational » ou « territorial » (régional, départemental, municipal) est ignorée à la fois par le droit positif et par la doctrine.¹²⁴ Pourtant, un certain concept *fonctionnel* de peuple local innervé déjà, à l'ombre de cet interdit, les dispositions techniques du droit.¹²⁵ Ce qui est certain en droit positif – sur le plan de *l'ingénierie des pouvoirs* –, c'est que : 1° les pouvoirs et les sources du droit ont été multipliés (ainsi, en 1991, la censure par le Conseil constitutionnel de la mention légale du « peuple corse » n'a pas entraîné, ainsi que l'avaient demandé les requérants, l'invalidation du transfert de pouvoirs au profit des instances insulaires) ; 2° les organes des différents niveaux de pouvoir, depuis la commune jusqu'à l'Union européenne, sont désignés non pas par « le centre » (le niveau national), mais sont *élus par les citoyens de leur ressort respectif*. Les transferts se font donc, de la part de l'État, sans reconnaissance officielle et symbolique d'un peuple local – du moins en métropole. Frileux, le droit français se réfugie derrière les questions institutionnelles et techniques ; ce faisant, il peut évacuer les questions délicates quant à ses fondements anthropologiques...¹²⁶

Ainsi, il y aurait, paradoxalement, une démocratie locale sans qu'il y ait un peuple local. Or quel peuple règne alors au niveau local ? À qui faut-il imputer les actes pris par les collectivités territoriales dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire ? Puisqu'il n'y a pas – officiellement – de « peuple local », ce ne peut être que le peuple français. C'est la nation tout entière qui veut que, sur tel point, l'état du droit soit tel en Basse-Normandie, tel en Alsace, et soit encore autre en Corse ou ailleurs... Des volontés qui peuvent être parfaitement contradictoires sont attribuées à un seul et même sujet. Absurde, et artificielle, cette vision du droit français est en outre contredite par... le droit français, plus exactement : ses règles d'ordre institutionnel. En

vertu de celles-ci, le pouvoir local est élu, réélu et éventuellement sanctionné non pas par le « peuple français », mais par un corps électoral spécifique qui, pour l'instant, n'a pas de nom officiel (« le peuple local »), et qui inclut des citoyens français auxquels s'ajoutent, au niveau municipal, des ressortissants de l'UE. Autrement dit, la référence au peuple français est à la fois trop large et trop étroite.

En définitive, le droit français, en pleine mutation, donne une image chaotique du sujet de la démocratie. Il part de la vision classique, car moniste, d'un peuple *unique*. Or, transposé dans un système de démocratie à niveaux multiples qui est le nôtre, ce principe aboutit à des impasses logiques. Doté de l'ubiquité, ce peuple unique souffre du syndrome de « démultiplication de personnalité » : c'est, à chaque étage et à chaque endroit, le même peuple qui parle, même si sa volonté est à chaque fois différente ! En même temps, le droit français avance, de façon soit explicite soit implicite, sur la voie de la reconnaissance d'une *pluralité* de peuples. Il admet qu'un même individu puisse s'inscrire dans un réseau de liens d'appartenance multiples mais différenciés, en se disant à la fois français, européen, martiniquais, etc.¹²⁷

4. *Un peuple fractionné selon des critères ethniques ou sexuels ?*

Avec cette quatrième catégorie de phénomènes se pose la question de savoir si le droit français ne s'est pas, en partie, détourné de la vision universaliste du peuple pour épouser une vision communautariste du corps social et poli-

¹²¹ D. SCHNAPPER, « La communauté des citoyens, utopie créatrice », *Le Monde*, 12 nov. 2004, p. 15.

¹²² CC, 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen, considérant n° 38.

¹²³ À noter que l'article 189 TCE n'est pas mentionné par le Conseil.

¹²⁴ Même après la révision de 2003 – celle-là même qui a abouti à la reconnaissance des « populations d'outre-mer » – la Constitution ne reconnaît, en métropole, ni peuples ni populations locales. Elle évoque, si besoin, les « électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités » (art. 73 al. 7 C. Cf. aussi art. 72-1, al. 1, 2 et 3 ; art. 72-4, al. 1 et 2). Certains membres de la doctrine parle même simplement « d'administrés » (G. CARCASSONNE, *La constitution, op. cit.* (note 11), p. 334), ce qui est inexact puisque tous les administrés ne sont pas des électeurs.

¹²⁵ À travers ce même mot « peuple », à forte charge émotionnelle et symbolique, sont évoqués en vérité une multitude d'enjeux. Si le concept renvoie en général à l'idée du point de départ (du fondement), ses effets techniques sont variables, se situant sur le plan : 1) de la légitimation d'une révolution et/ou d'un processus constituant ; 2) de la reconnaissance en droit international et interne du droit à l'autodétermination des peuples ; 3) des modalités institutionnelles de la démocratie (à qui, à quel peuple, le pouvoir doit-il rendre des comptes ? Un député représente-t-il ses électeurs ou la totalité ? etc.) ; 4) du devoir d'obéissance des individus, etc. Ce sont le 3^e et le 4^e aspect qui inspirent nos propos subséquents sur la notion de peuple en droit des collectivités territoriales. Dans le cas de la Corse, il est vrai, le deuxième aspect a lourdement pesé sur le débat. Peut-être, pour éviter toute confusion, faudrait-il préciser par un adjectif la notion générique de peuple. En attendant, il convient, à chaque fois qu'on utilise le mot, de se demander *quel concept fonctionnel* de peuple est en jeu. Cf. T. SCHMITZ, *op. cit.* (note 119), p. 1717.

¹²⁶ Cf. la conclusion similaire de G. KOUBI, *op. cit.* (note 34), p. 295 et p. 314.

¹²⁷ Rappelons également que, s'agissant de la nationalité – lien d'allégeance le plus fort qui soit – le droit français admet, contrairement à d'autres pays, la possibilité d'une double nationalité.

tique. L'on est/serait alors face à un tout autre type de pluralisme. Le débat, fort délicat, tourne autour de deux questions.

Le premier enjeu concerne la Nouvelle Calédonie.¹²⁸ Suite à l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, négocié entre le gouvernement français et les indépendantistes kanaks, et à la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, a été reconnue et établie une « citoyenneté calédonienne » (art. 77 Const.). Seuls ont droit à cette qualité, et aux bénéfices qui en découlent (droit de participer à l'élection du Congrès et au référendum sur l'indépendance, discriminations positives sur le marché du travail), les citoyens français installés en Nouvelle Calédonie depuis au moins dix ans. Derrière ce critère formel de la durée de résidence se cache toutefois, en grande partie, un critère ethnique : en effet, le cœur symbolique (et quantitatif) du corps électoral ainsi délimité est formé par la population autochtone – les Kanaks – à laquelle s'ajoutent les Français d'origine métropolitaine, dès lors qu'ils ont fait le choix de s'installer durablement sur l'île. Les premiers craignaient en effet d'être aliénés et mis en minorité dans leur pays pour lequel ils revendiquent, à terme, l'indépendance. Aussi l'Accord de Nouméa, qui, en vertu de l'art. 77 al. 1^{er} Const., fait partie du bloc de constitutionnalité, reconnaît-il explicitement l'existence d'un « peuple kanak » et d'une « identité kanak ». Les effets de cette reconnaissance du « peuple kanak » sont tantôt directs (ainsi en matière de protection des biens culturels et coutumes kanaks, notamment à travers le rôle du Sénat coutumier¹²⁹), tantôt indirects, car médiatisés, en matière de participation politique, par le corps électoral plus large des « citoyens de Nouvelle Calédonie » qui inclut certains Français d'origine européenne. Ainsi, le référent ethnique – dont la présence est légitimée par le contexte postcolonial¹³⁰ – est à la fois visible et invisible dans la constitution du peuple d'outre-mer de Nouvelle Calédonie.

Le second enjeu concerne la parité entre hommes et femmes en matière d'accès aux fonctions politiques. Sur le fondement des articles 3 al. 4 et 4 al. 2 Const., introduits en 1999, le législateur a imposé que, dans toutes les élections à

scrutin de liste, les listes doivent comporter un nombre égal de candidats des deux sexes. Si le contenu technique de ces mesures est assez aisé à manier, sa signification théorique est l'objet d'une vive controverse. Trois lectures s'opposent radicalement à ce sujet.¹³¹ Selon une première thèse, la parité contredit de façon flagrante le principe d'égalité des citoyens et la conception universaliste du peuple. Introduire, au cœur de la Cité, l'idée d'un citoyen sexué aboutit à un « corporatisme social » (G. Vedel) et à une « revanche de Joseph de Maistre » (R. Redeker). Selon une seconde interprétation, qui a prévalu lors de l'adoption de la révision en 1999, la parité, loin de nier l'égalité, vise au contraire à concrétiser le principe d'égalité des citoyens ; celui-ci est certes proclamé en droit, mais nié en pratique (*de facto* les femmes sont marginalisées en politique). Reste que, pour établir cette égalité, il faut, ce qui peut paraître paradoxal, recourir à une différenciation... Enfin, selon une troisième vision, qui a fait quelques rares incursions dans le débat français, et qui est celle de certaines féministes radicales, la parité officialise en droit la différence essentielle qui sépare, de par leur sexe ou leur genre, les hommes et les femmes.

Ainsi, selon la lecture retenue, on dira qu'eu égard à la parité, le concept universaliste de peuple est soit aboli soit, au moins, métamorphosé. En tout état de cause, que l'on soit entré dans une ère *prémoderne* ou *postmoderne*, un fait est indéniable : le concept de peuple en droit français n'est plus ce qu'il était...

¹²⁸ O. BUI-XUAN, *Le droit public français...*, op. cit. (note 37), p. 241 sq., p. 351 sq. et p. 449 sq.

¹²⁹ Organe composé exclusivement de Kanaks, le Sénat coutumier participe, dans les matières touchant à l'identité kanak, à l'élaboration des lois de pays. Entre le Sénat et le Congrès, qui lui est élu par les « citoyens calédoniens », s'établit une navette législative au terme de laquelle le Congrès garde toutefois le dernier mot.

¹³⁰ CourEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, requête n° 66289/01.

¹³¹ Sur ce vaste débat, cf. la synthèse d'O. BUI-XUAN, op. cit. (note 37), p. 250 sq. et p. 501 sq.

L'administration entre régulation parlementaire et participation des personnes privées / Un point de vue allemand

par Christoph GUSY, Bielefeld

I. Trois remarques préliminaires	345
II. Deux modèles de légitimation et leurs conséquences	345
1. La légitimation parlementaire	345
a) Le modèle de légitimation	345
b) La régulation contrôle parlementaire	346
c) Résumé	347
2. La légitimation participative	348
a) Le modèle de légitimation	348
b) Portée et limites de la participation	348
c) Résumé	349
3. La place de l'administration entre régulation parlementaire et participation des personnes privées	349
a) La question de la forme d'organisation et du niveau décisionnel	350
b) Loi et participation : un rapport de complémentarité et non de concurrence	350
c) La légitimité de l'administration autonome	351
III. Questions subséquentes	351
1. Administration créatrice ou administration modératrice ?	351
2. Légitimation par l'expertise ?	352
3. Participation et information	353

* Christoph GUSY, Professeur de droit public, de la théorie de l'État et de l'histoire constitutionnelle, Université de Bielefeld.

Traduction française : Chaire de Christian AUTEJER, Université de Sarrebruck. Le texte a été présenté en langue allemande lors de la 2^e Rencontre Franco-Allemande pour le Droit Public, cf. la Préface, *supra* p. 321. L'article sera publié ultérieurement in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ) vol. 33 (2006), pp. 353-361.

(N.d.t.) : Le mot « régulation » peut sembler ici un peu étrange. Il traduit l'allemand « *Steuerung* », qu'on pourrait rendre par « contrôle », si, d'une part, l'on entendait certainement le contrôle actif de celui qui conditionne et oriente l'action d'autrui, et si d'autre part l'expression « contrôle parlementaire » n'avait pas un sens institutionnel précis dans la langue des juristes français, ensemble de mécanismes qui, certes, participent à la « régulation » de l'administration, mais ne constitue, comme l'on verra ci-dessous, qu'une partie limitée des instruments parlementaires dont il est ici question. D'ailleurs, la langue allemande désigne ce « contrôle parlementaire » au sens habituel par l'expression « *parlamentarische Kontrolle* », concordance qui sera respectée dans la présente traduction.