

Bruno DAUGERON

Prix spécial de l'Assemblée nationale 2010

LA NOTION D'ELECTION EN DROIT CONSTITUTIONNEL

***Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public
français***

publiée par Dalloz, « Nouvelle bibliothèque des thèses »,
vol. 103, 2011, XVI - 1298 p.

Thèse de doctorat réalisée sous la direction du professeur Jean-Marie Denquin et soutenue publiquement le 6 novembre 2009 à la faculté de droit de l'université de Paris Ouest (Nanterre-La Défense) sous le régime de l'arrêté ministériel du 8 août 2006 relatif à la formation doctorale devant un jury composé de :

M. Olivier BEAUD,

professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), *rapporteur*

M. Pierre BRUNET,

professeur à l'université de Paris Ouest (Nanterre-La Défense)

M. Guy CARCASSONNE,

professeur à l'université de Paris- Ouest (Nanterre-La Défense)

M. Jean-Marie DENQUIN,

professeur à l'université Paris-Ouest (Nanterre-La Défense), *directeur de thèse*

M. Philippe LAUVAUX,

professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

M. le doyen Jean-Claude MASCLET,

professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I), *rapporteur*

Candidat admis au grade de docteur avec mention très honorable et les félicitations du jury à l'unanimité. Thèse autorisée à être publiée en l'état et proposée pour un prix de thèse et une subvention à la publication. Prix de thèse Dalloz 2011 ; Prix Richelieu de la Chancellerie des universités de Paris (prix solennel 2010).

Résumé de la thèse :

La thèse entend revenir sur une notion apparemment bien connue des juristes tant elle est présente dans le discours sur le fondement et la légitimité du pouvoir politique et sur les différents régimes politiques : l'élection. On la sait associée à de multiples concepts du droit constitutionnel : politique, démocratie, représentation, suffrage universel, pouvoir, légitimité, citoyenneté, autorité, majorité, responsabilité..., autant de termes évocateurs qui structurent théorie et pratique constitutionnelles. Pour autant, ces associations, qui semblent découler de la force

tranquille d'une si puissante évidence, sont-elles fondées ? Ont-elles même seulement un sens en droit constitutionnel distinguable de son sens politique ? Les principes issus du droit de la Révolution française desquels découlent en grande partie notre théorie juridique de l'État tendraient plutôt à nous enseigner l'inverse : l'élection ne figure pas au nombre des concepts à travers lesquels est pensée la liberté politique au même titre que la volonté générale, la séparation des pouvoirs ou la représentation dont l'élection était, on le sait, dissociée. Elle n'est pas davantage liée à la démocratie telle qu'elle pouvait être pratiquée dans l'Antiquité grecque s'en remettant au tirage au sort, seul mode de désignation jugé « démocratique ». Sa fonction juridique ne consiste-t-elle pas, par ailleurs, à être un simple procédé de désignation, parmi d'autres, exclusif de tout lien avec une quelconque fonction ou justification ? Pourtant, chacun peut constater que les associations perdurent dans leur identité et l'élection, à la fois origine, fin et moyen, est aujourd'hui consacrée de fait comme le fondement implicite du pouvoir politique, celui qui, tout à la fois, le caractériserait, en serait la source, auquel se ramènerait la vie politique tout entière et où se trouverait, dit-on, le principe démocratique même : la désignation des « gouvernants » par les « gouvernés ». Comment voir dès lors en elle le simple procédé de désignation qu'elle est censée être en droit et non le fondement même du pouvoir dans ce que l'on nomme une « démocratie » ?

Inévitable apparaît alors la tension entre statut juridique et dimension politique et historique de l'élection laquelle devient dès lors objet d'étude en tant qu'elle produit un tel écart. De là plusieurs questions qui, pour être occultées tantôt comme trop complexes, tantôt comme tautologiques, doivent retenir l'attention du juriste car bien que banales sont fondatrices : l'élection possède-t-elle une fonction dans la théorie de l'État ? Qu'exprime-t-elle ? Le choix d'un individu ? Une préférence politique ou partisane ? La volonté du peuple ? Mais est-elle seulement une manière de vouloir pour le peuple ? Peut-elle exprimer la volonté voire la souveraineté de ce dernier ? Et qui, d'ailleurs, s'exprime en élisant : le peuple ou les électeurs ? Est-ce la même chose ? Et quelle élection ? Celle des députés ? Mais dans ce cas que vaut l'élection du président de la République et celles des organes des collectivités locales ? Et si le peuple exprime sa volonté en élisant à quoi sert la Constitution ou la loi et que devient alors le concept de volonté générale dont cette dernière est dite être l'expression ? L'élection possède-t-elle, en outre, un rôle dans la hiérarchie des organes de l'État, de ses fonctions, ou dans la définition des pouvoirs ? N'y a-t-il vraiment de « pouvoir » qu'élu ? Et qu'est-ce qui distingue l'élection d'un référendum et la sépare des autres formes de désignation si elle n'en est qu'une parmi d'autres ? Est-elle intrinsèquement liée à la politique ? Permet-elle de fonder la légitimité ? Sa finalité est-elle seulement de dégager une majorité de gouvernement ? Peut-elle, enfin, être regardée comme un mode d'engagement de la responsabilité politique des « gouvernants » ?

Envisagées du point de vue du droit constitutionnel, ces (nombreuses) questions posées par l'élection et qui sont loin de constituer un banal catalogue, montrent qu'elles ne s'inscrivent plus seulement au nombre des thèmes les plus classiques de la science politique comme l'accès au vote et les conditions de son exercice, dimensions dans lesquelles elle est trop souvent enfermée. Elles mettent au jour des enjeux qui, dépassant ceux du seul droit électoral, touchent aux concepts fondamentaux de la théorie du droit et de l'État : le peuple, la manifestation de sa volonté, l'exercice de sa souveraineté, la légitimité de son pouvoir, l'opposition de la représentation et de la démocratie. L'étude juridique de l'élection, longtemps délaissée, constitue même un préalable indispensable à une réflexion d'ordre général sur les institutions politiques en confrontant, par une autopsie juridique de la notion, les concepts politiques à l'analyse juridique. Elle permet, en outre, de s'interroger sur l'évolution dans le temps long des concepts fondamentaux de la théorie du droit public, en même temps qu'est posée, à travers elle, la question de la juridicité des phénomènes politiques, celle de l'origine du consentement au pouvoir et l'histoire de sa mutation.

La première partie de la thèse entend déterminer quelle est la place de l'élection, si elle en possède une, dans la théorie de l'État en France, en usant, au besoin, de comparaisons avec des systèmes politiques étrangers. La deuxième partie est consacrée au processus qui a conduit au lien présenté comme consubstantiel entre élection et représentation et aux multiples conséquences que va prendre la fusion de ces deux notions sur l'ensemble du droit constitutionnel, tout en vérifiant qu'elle demeure largement inachevée tant les basculements théoriques qui les fondent sont eux-mêmes sujets à caution. La troisième partie est consacrée au rapport entretenu entre l'élection et la question de la légitimité « démocratique » dont le corolaire est la responsabilité politique.

Première partie

La première partie de la thèse a eu pour objet de faire le point sur la place de l'élection dans les différents concepts de la théorie française de l'État issue de sa matrice révolutionnaire ainsi que dans certaines constructions juridiques. Malgré les apparences, l'élection n'est pas le critère pertinent que l'on croit spontanément percevoir en droit constitutionnel. Elle ne correspond en effet à aucune des fonctions implicites qui lui sont prêtées, en particulier comme critère de classification (des régimes politiques, des types de gouvernement, des fonctions de l'État, des pouvoirs publics entre eux, enfin de la notion de politique) ou d'identification (de la représentation ou de la démocratie, deux concepts d'ailleurs originellement opposés l'un à l'autre), le constitutionnalisme ayant pensé la révolution du Pouvoir à travers d'autres concepts, en particulier la séparation des pouvoirs ou la volonté générale dont l'élection n'était en rien l'expression. Mais en établissant que l'élection n'était pas le critère que l'on pouvait percevoir en elle, c'est aussi l'histoire de son émergence en tant que tel qu'il convenait de faire

expliquant peut-être pourquoi le rappel du statut juridique de l'élection n'entraîne pas la remise en ordre qu'elle devrait pourtant impliquer. Une partie de la réponse à cette question s'est trouvée dans un examen de sa transformation, accompagnant celui du concept de représentation, qui va prendre corps avec ce que l'on pourrait nommer l'avènement de l'élection-représentation ayant des conséquences allant bien au-delà de ce seul concept au point de faire sentir ses répercussions dans tous les éléments de la théorie constitutionnelle.

Deuxième partie

La deuxième partie a eu pour objet de faire un état des lieux plus précis des réponses aux interrogations de départ : le lien entre élection et représentation et son historique, plus exactement, le processus par lequel élection et représentation, distincts à l'origine, se sont retrouvés liés et comment la notion d'élection a rétroagit sur le concept de représentation. Une fois dissociée de la fonction de légiférer, la représentation va perdre toute dimension normative pour ne plus se retrouver liée qu'à la seule élection. La qualité de représentant, elle, ne tiendra plus qu'au mode de désignation puisqu'elle sera censée en découler au point que l'on finira par qualifier n'importe quel élu de « représentant », qualité en laquelle sera désormais réputée se consumer la notion, indépendamment de toute idée de représentation normative de la volonté du souverain. Représenter cessera d'être une fonction liée à l'expression de la volonté générale pour ne devenir qu'une mission dévolue à ceux qui sont choisis par l'élection, quel que soit leur niveau : du conseiller général au président de la République. L'introduction du suffrage universel accentuera cette mutation, rétrospectivement perçue comme ayant toujours été vraie. On le percevra comme le principal motif de la modification du sens des concepts et de la liaison entre les deux notions désormais unies dans le concept étrange de « démocratie représentative » sans saisir qu'elle tenait d'abord à une dichotomie entre l'expression normative de la volonté et son expression électorale. De fait, le suffrage universel ne fera que renforcer l'idée que deux volontés populaires existent mais que l'une prime l'autre au point même qu'une seule mériterait ce nom : celle exprimée par le suffrage universel assimilée à l'élection. Nouvelle volonté souveraine, elle ne sera plus censée qu'être mise en forme par le Parlement par voie législative, lequel parlement ne sera plus censé tenir sa supériorité que du fait d'avoir été élu par le souverain réputé exister *avant* la représentation de sa volonté puisque assimilé au corps électoral. De là l'émergence de concepts valorisant la volonté électorale comme une volonté contraignante, tel celui de Majorité comme « matrice de comportement » (J.-M. Denquin), et l'incompréhension suscitée par les remarques sur son absence de densité juridique, révélant la complexité de la consistance juridique de concepts politiques et la difficulté de démêler les choses dans l'interaction des facteurs politiques et des mécanismes institutionnels. De là aussi l'idée, rétrospectivement vraie, que l'élection serait non seulement la condition de la représentation mais, plus radicalement, celle de la principale fondation d'un pouvoir démocratique.

Troisième partie

La troisième partie était enfin consacrée à l'étude des rapports entre l'élection, la légitimité et la responsabilité. L'élection n'a ainsi pas simplement été associée au concept de représentation pour devenir une référence majeure dans les *justifications du pouvoir* au point d'apparaître à maints égards comme un *pouvoir de justification*. La rhétorique de la « légitimité élective » sous-produit de de la « légitimité démocratique », thème apparemment si banal de notre droit constitutionnel que l'on a fini par perdre le sens de son étrangeté, atteste de cette profonde mutation, une des plus importantes, sans doute, du droit public depuis sa matrice révolutionnaire. Le processus complexe et implicite de désolidarisation de la légalité et de la légitimité va donner naissance de l'idée qu'il pouvait exister une légitimité « démocratique », qui ne se confond plus avec la loi, expression de la volonté générale comme l'avait théorisé le constitutionnalisme, mais prenne corps dans le seul suffrage des électeurs, nouveaux souverains puisque regardés comme ne formant qu'un avec le peuple. L'élection, qui sera le moyen de l'exprimer, donnera ainsi l'illusion de l'existence d'une légitimité « démocratique » ne prenant pas forme dans la norme, c'est-à-dire dans l'expression juridique de la volonté du peuple, mais dans le suffrage réputé être son expression politique et regardé comme une expression de volonté souveraine. De le lien entre élection et démocratie débouchant sur la rhétorique de la légitimité électorale pour justifier de l'existence ou de l'action d'un pouvoir quelconque qui sera toujours suspect de n'être pas légitime, comprendre de ne pas procéder de la volonté du peuple, puisqu'il n'est pas élu. De là aussi l'idée d'une concurrence des légitimités entre autorités élues et la difficulté, dans cette optique, à les départager. De là enfin le recours massif à l'élection pour justifier du caractère « démocratique » d'un organe ou d'une action.

Mais nos développements ont également permis de montrer que, de procédé de désignation lui-même devenu synonyme et critère de la représentation politique, l'élection avait progressivement vu sa signification glisser vers le moyen de constituer une « majorité de gouvernement » et non seulement celui d'exprimer une volonté : plus exactement de n'exprimer une volonté que dans la mesure où elle débouche sur la constitution d'une majorité de gouvernement contre l'idée de la représentativité paradoxalement imposée par une autre mutation, celle de la ressemblance entre « représentants » (les « élus ») et « représentés » (les électeurs). Elle prendra enfin la figure de la conséquence qui est réputée en découler : celle d'une sanction synonyme de responsabilité politique alors qu'elle n'en présente aucune des caractéristiques théoriques, au point de finir par constituer, au total, et à elle seule, à la faveur d'une mutation sans précédent dans le droit constitutionnel français, l'instrument principal de l'attribution d'un pouvoir, celui de sa justification et de sa sanction.

*

La recherche a ainsi pu mettre au jour le véritable phénomène de reconstruction du droit constitutionnel *à partir de l'élection* permettant elle-même de dévoiler la genèse de plusieurs notions qui, bien que structurant la matière, étaient mal connues des juristes :

- celle, improbable, de « mandat représentatif » ;
- l'opposition entre les élections politiques et les élections administratives ;
- l'opposition de l'élection à la nomination ;
- la substantialisation du procédé électif de désignation ;
- la mutation de la fonction « représentative » du Parlement ;
- le renouvellement de la justification de la hiérarchie des organes ;
- l'électoratisation de la notion de peuple ;
- le rapport de l'élection et du pouvoir exécutif ;
- la naissance et l'enracinement de la notion de « légitimité élective »

L'approche juridique pensée par opposition à un certain empirisme politique se révèle donc être une approche féconde pour appréhender le réel. Elle s'affirme comme un canal privilégié pour mener une étude critique sur plusieurs croyances liées à l'élection et pour mettre en lumière nombre de lieux communs tant au regard de l'histoire constitutionnelle qu'à celui de la théorie positiviste de l'État et du droit. Les liens tenus pour nécessaires entre l'élection, la représentation, la démocratie, la légitimité, le pouvoir ou encore la survalorisation du rôle du suffrage universel n'ont ainsi pas l'évidence que l'on croit spontanément discerner. Ils sont le fruit d'une longue progression qu'aucun impératif logique ou théorique ne commandait même s'ils ont fini, par le jeu d'interactions complexes, par s'imposer dans les esprits et à le demeurer du fait de concessions essentialistes.

MOTS-CLES : élection ; représentation ; représentativité ; souveraineté ; suffrage universel ; pouvoir ; séparation des pouvoirs ; politique ; constitutionnalisme ; peuple ; volonté du peuple ; électeurs ; corps électoral ; pouvoir de suffrage ; mandat ; mandat « représentatif »/« impératif » ; droit électoral ; élections politiques et administratives ; Parlement ; fonctions du Parlement ; hiérarchie des fonctions étatiques ; hiérarchie des fonctions normatives de l'État ; légalité ; volonté générale ; autorité ; légitimité ; légitimité démocratique ; légitimité élective ; gouvernement représentatif ; semi-représentatif ; démocratie ; démocratie « représentative » ; « directe » ; « semi-directe » ; référendum ; tirage au sort.