

De la volonté générale à l'opinion électorale : réflexion sur l'électoralisation de la volonté collective

Du point de vue juridique, la question « A qui appartient la volonté générale ? » peut recevoir plusieurs significations. Une première, consistant à savoir qui la possède comme l'on détient une propriété n'a, en réalité, guère de sens : la volonté générale est censée n'appartenir à personne en particulier puisqu'elle est réputée être une volonté collective, plus exactement celle de l'être collectif qu'est le souverain qu'il soit, en France, nommé peuple ou nation. Certes, l'article 3 de la Constitution française de 1958 pose, par la formule concordataire que l'on sait, que la souveraineté nationale *appartient* au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum, c'est-à-dire, si l'on suit la manière dont nos Constitutions ont, depuis 1791, pensé la dévolution du pouvoir politique, par l'exercice du pouvoir législatif autrement dit par le vote de la loi expression de la volonté générale. Mais cette dernière n'est pas pour autant un bien appropriable au sens que le droit civil peut donner à ce terme. Le droit la désigne comme un attribut collectif de souveraineté par lequel sont exprimés les choix communs dans la généralité tant de leur contenu que de leurs destinataires, produit autant qu'instrument de la dépersonnalisation du pouvoir permettant de le fonder rationnellement et de justifier du caractère obligatoire du droit¹. C'est pourquoi, une seconde signification de la question, qui a davantage de sens, semble s'imposer. Elle consiste à se demander qui en est juridiquement le titulaire. En droit, cela conduit à se demander à qui elle est imputée, autrement dit de quel sujet elle est la volonté et, si ce sujet est souverain, de s'attacher à ce qu'il n'existe pas de volonté supérieure à la sienne. Question complexe qui a reçu plusieurs réponses dépendant de la doctrine à

¹ Sur la généralité de la volonté générale et ses transformations, on lira la brillante synthèse de P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 6 [5-19]. Sur la notion même de loi et ses évolutions, les études anciennes de G. Burdeau demeurent magistrales, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 7-55 ; « Le déclin de la loi », *ibid.*, 1963, p. 35-41, reproduits ds G. Burdeau, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, (textes réunis et préfacés par J.-M. Denquin), Editions Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2011 respectivement p. 71-109 et p. 381-387.

laquelle elle se rattache mais a aussi soulevé nombre d'autres d'interrogations pas moins délicates dans l'histoire constitutionnelle française : le titulaire de la souveraineté, donc de la volonté générale, doit-il être le peuple ou la nation ?² Sont-ils la même chose ou bien sont-ils distincts ? Procèdent-ils l'un de l'autre ? Pourquoi choisir l'un plutôt que l'autre ? Ont-ils seulement une existence extérieure au droit et une expression en dehors de la volonté qu'il va leur donner ? Et d'ailleurs comment la leur donner ? Par la loi ou le suffrage ? Et si la loi exprime la volonté du peuple ou de la nation, au sens où elle est imputée à une entité appelée peuple ou nation, quelle volonté exprime la Constitution ? La volonté générale ? Mais est-ce alors la même volonté ou une autre voire celle d'une autre entité et alors laquelle ? Peut-il exister deux volontés générales fussent-elles de niveaux différents, l'un législatif, l'autre constitutionnel ? Gît-elle, enfin, ailleurs que dans les normes que le peuple se donne et si oui où, ou bien est-elle découverte et alors par qui ?³ D'autant que, pour ne rien simplifier, la question juridique de la « possession » de la volonté générale à travers l'identification de son titulaire ne tarde pas à en appeler une autre, pas moins complexe : en droit le titulaire de la volonté générale n'existe guère qu'à travers les décisions qu'il prend mais qu'il lui est difficile de prendre lui-même puisqu'il n'est jamais qu'un être fictif. De là la nécessité de lui donner des organes chargés de l'énoncer. C'est le Parlement qui, dans la tradition constitutionnelle française, est le titulaire de la fonction législative consistant précisément à voter la loi, expression de la volonté générale. Cette dernière sera imputée au titulaire de la souveraineté afin qu'il soit, en dernière analyse, le seul sujet de ces règles censées exprimer des choix collectifs. Le ou les organes du titulaire de la volonté générale ne sont certes pas l'être souverain à laquelle cette volonté est imputée, mais leur rôle n'en est pas moins fondamental car il ne saurait exister de volonté générale sans expression de cette dernière. Il est donc capital de savoir qui est habilité à pareille mission, car c'est par son expression que passera son appropriation, et en quoi consiste cette habilitation. Non seulement parce que les deux notions font corps en droit : pas de titulaire de la volonté générale sans capacité pour lui d'énoncer cette volonté. Mais aussi car il est toujours à craindre que celui voire ceux qui sont chargés de l'exprimer (un ou plusieurs organes qu'ils soient individuels ou collectifs) ne l'accaparent à leur profit soit en prétendant devenir le souverain au nom duquel cette volonté est prise à la place de celui qui est désigné comme tel par la Constitution, soit en tentant de devenir le maître

² Comme l'a montré M. Troper, notamment dans « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la Constitution de 1958 », in L. Jaume et M. Troper, *1789 et l'invention de la Constitution*, LGDJ-Bruylant, 1993, p. 249-261 ou « Le titulaire de la souveraineté », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. "Léviathan", 2001, p. 283-298.

³ Toutes questions juridiques dont on a récemment montré, à propos du concept de souveraineté, combien elles étaient tributaires du langage utilisé pour en rendre compte, v. D. Baranger, « Notes sur l'apparition de la souveraineté », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, volume 4, 2012, p. 259-308.

de son expression en faisant passer leur volonté pour celle du souverain et, ce faisant, un choix individuel pour un choix collectif sous le label légitimant de la volonté générale.

Du point de vue juridique, ce type d'appropriation de la volonté générale revêt une signification précise qui n'est cependant pas très éloignée de celle que la politique peut spontanément donner à ce terme : la privatisation par les organes qui sont chargés de la dire, soit par un détournement de l'expression vers la défense d'autres intérêts que ceux du souverain dont elle est pourtant réputée dire la volonté, soit par la monopolisation de son édicton à son profit afin de faire passer leur volonté pour la sienne. C'est le second sens que R. Carré de Malberg avait retenu pour rendre compte du rôle du Parlement de la III^e République l'ayant capté à son profit dans son important ouvrage, *La loi, expression de la volonté générale*⁴.

Pourtant, cette question de l'appropriation de la volonté générale, qui a tant passionné la doctrine publiciste depuis la III^e République et suscité les plus vives dénonciations d'un Parlement qui, chargé de l'exprimer, était passé du statut d'organe du souverain à celui de souverain lui-même, semble avoir disparu. Moins parce que l'on refuserait de l'évoquer que parce qu'elle ne semble plus avoir d'intérêt ou de sens. D'abord parce que le sens juridique de ce qu'est la loi aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et partant, de ce qu'est l'énonciation de la volonté collective, semble avoir été perdu : quel citoyen pense encore que la loi, désormais considérée comme la principale des modalités du bavardage normatif, produit du caprice des gouvernants ou de la contrainte extérieure qu'elle soit technique ou européenne, est juridiquement l'expression de la volonté du souverain puisque que c'est à lui qu'elle est imputée et, partant, comme tout le monde peut le lire au bas de chacune d'entre elles dans le *Journal officiel* qui la publie, est « exécutée comme loi de l'État » ? Ensuite parce que l'omnipotence du Parlement a elle-même disparue et que d'autres l'ont remplacée sans toutefois encourir les mêmes critiques : juges et médias se partagent, en droit ou en fait, les rôles de « contre-pouvoirs » au point de donner le sentiment qu'ils dominent ceux qu'ils sont seulement censés contrôler. Certes, s'agissant des seconds, l'on dénonce parfois le poids des sondages et autres micro-trottoirs comme des « avatars de la volonté générale »⁵ qu'ils seraient, en outre, et pas sans raison, soupçonnés de contribuer à conditionner sous le nom « d'opinion publique ». De même, pour les premiers, la question de la légitimité d'un contrôle de constitutionnalité de la loi par des juges accusés de faire prévaloir leur volonté sur celle

⁴ Sirey, 1931, réed. Economica, 1984, *passim*.

⁵ V. J.-M. Cotteret, *Les avatars de la volonté générale*, Michalon, 2011, *passim*.

du Parlement est une préoccupation constante de la doctrine. Et de fait, si un juge constitutionnel contrôle la conformité de la loi à la Constitution n'est-il pas, lui aussi, un organe d'expression de cette volonté d'autant que, comme nul ne l'ignore plus, la volonté générale n'est plus exprimée, depuis que le Conseil constitutionnel en a jugé ainsi (85-197 DC du 23 août 1985), que dans le respect de la Constitution. Ne peut-il pas alors être tenté de se l'approprier au point de rendre difficile la justification de son existence dans un État dit « démocratique »⁶. Mais si l'on admet ces questions touchant au contrôle du pouvoir, c'est souvent pour mieux s'accorder sur un point qui n'est guère censé faire débat et frôle même le consensus : la question de l'énonciation de la volonté collective. Cette dernière aurait trouvé sa réponse institutionnelle non plus autour d'un acte ou d'une fonction mais d'un organe : le président de la République, autrement dit l'un des deux titulaires du pouvoir dit « exécutif » qui, n'ayant plus d'exécutif que le nom, se voit reconnaître la capacité à cristalliser sur lui la volonté du peuple, pour la recueillir autant que pour « l'incarner ». Cette dernière, dont on oublie qu'elle *est* la volonté générale, est en effet réputée être dite lors des élections, et plus spécialement l'élection présidentielle, selon le mécanisme suivant : le peuple s'exprime lors des scrutins par la désignation de « représentants » puis le législateur élu dans son sillon et sur son soutien met en forme cette volonté « électorale », via la loi et/ou le règlement selon le domaine concerné conformément au programme électoral présidentiel au point que c'est avec l'élection de ceux que l'on nomme par commodité les « gouvernants » qu'est réputée naître la volonté générale.

Cette présentation des choses, aussi commune soit-elle devenue, pose pourtant d'importants problèmes au regard de la manière dont la théorie juridique de l'État fait naître, depuis la Révolution française, la volonté générale : si, en droit, dès lors que l'on ne se situe pas dans une perspective kelsenienne⁷, être est d'abord vouloir, alors le peuple, en tout cas celui qui est désigné comme le titulaire de la souveraineté, ne peut vouloir et donc exister, préalablement à l'expression de sa volonté, c'est-à-dire avant que les organes chargés de parler en son nom, Parlement, ou corps électoral dans l'hypothèse référendaire, lui en aient donné une précisément sous la forme d'une loi qui n'est que l'autre nom de la volonté générale. Et à supposer qu'il le puisse, peut-il le faire en élisant celui qui, quels que soient ses pouvoirs qui ne comportent pas celui de faire la loi, demeure une simple branche du pouvoir exécutif, le président de la

⁶ V. M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in *La Théorie du droit, le Droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, coll. « Léviathan », p. 215-230 et aussi P. Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, *passim*.

⁷ M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », art. cité, p. 216 et 222.

République, quand bien même serait-il élu au suffrage universel, son mode de désignation étant jusqu'à présent, en droit, étranger à l'édition de la volonté générale ?

D'autant que cette mécanique est aussi porteuse d'une forte incertitude sur la notion même de la volonté générale : l'on sait qu'elle implique la généralité de la règle qu'elle pose mais comment la connaître si l'on ignore comment elle apparaît ? Est-elle encore exprimée par la loi conçue juridiquement pour la révéler et, ce faisant, la contenir et l'absorber ou bien la loi n'est-elle plus qu'un acte subordonné à une volonté préalable, « populaire », spécialement électorale, qui serait antérieure à sa manifestation légale et se dégagerait des scrutins – tous en général mais un, surtout, en particulier - par lesquels le peuple est, dit-on, censé « parler » ?

Certes, dans ce monde de fictions qu'est le droit tout est censé être possible : si plusieurs peuples sont réputés pouvoir cohabiter au sein d'une même Constitution dès lors qu'elle le désigne sous plusieurs espèces, de même que plusieurs niveaux de volonté du peuple ou, si l'on préfère, des peuples « à plusieurs niveaux » – constitutionnel et législatif - sont censés pouvoir exister et même coexister - alors la succession de deux volontés, celles des urnes et celle de la loi, doit pouvoir être possible. Reste cependant à savoir quelles « urnes » la font apparaître, comment, si elles existent, ces volontés concurrentes se hiérarchisent entre elles et pourquoi, si la volonté du peuple est déjà exprimée par le corps électoral à travers des scrutins électifs, il y aurait besoin de dire quelle est sa volonté à travers la loi. Et, à supposer qu'il le puisse, comment départage-t-on ses deux volontés successivement exprimées ? En somme, quel peut être le statut d'un acte qui n'est plus qu'une simple mise en forme technique d'une volonté antérieure dont le support premier serait l'élection, en particulier présidentielle, qui révélerait les volontés d'un peuple qui n'aurait plus besoin de la loi pour parler ? Car dans l'hypothèse où c'est moins une norme qui est censée exprimer la volonté générale que le « vote », devenu, quel que soit l'objet de la consultation électorale, le support premier d'une volonté jugée d'autant plus « populaire » qu'elle est exprimée directement par les électeurs censés ne faire qu'un avec le peuple, la loi n'est alors plus perçue que comme une mise en forme des engagements électoraux des différents candidats et nullement comme le moment de volonté initiale produit de la délibération collective de représentants qui cherchent à la faire naître. Elle n'est plus pensée comme le moment d'expression de la volonté populaire mais comme la conséquence d'une volonté dont elle prend acte et qu'elle est seulement chargée de retranscrire indépendamment, à travers un débat parlementaire qui n'a plus de débat que le nom. Le mécanisme est même totalement inversé : la loi n'est plus réputée énoncer mais seulement reprendre une volonté populaire préexistante arrêtée dans l'élection sans que

la délibération parlementaire, normalement faite pour faire naître les choix collectifs d'une discussion ne prédéterminant pas leur sens, autrement dit découvrir la volonté générale, puisse l'inverser ou même simplement l'éclairer.

Cette para-théorie constitutionnelle qui n'a pourtant rien d'une évidence du point de vue de notre théorie de l'État héritée de la Révolution française n'est pas née de rien. Elle se fonde sur d'autres constructions produites par le droit constitutionnel, dont deux au moins doivent retenir l'attention bien qu'elles soient indépendantes l'une de l'autre conceptuellement et chronologiquement : la théorie de la délégation de volonté, laquelle se prolonge par ce que le doyen Vedel appelait le « présidentielisme majoritaire ».

La première énonce qu'en élisant ses représentants, lesquels seraient tels de ce seul fait, le peuple exercerait sa souveraineté. Non point seulement en ce qu'il désignerait des individus chargés, par le vote de la loi, de vouloir à sa place, ou même comme il l'entend, mais bien pour ce qu'il exprimerait, *par elle*, de sa volonté souveraine. En cela, l'élection est consacrée comme le fondement implicite de l'ordre politique, celui à l'origine duquel se ramènerait la vie politique tout entière et où se trouverait le principe démocratique même : la désignation des « gouvernants » par les « gouvernés »⁸.

Le second postule que les choix collectifs sont essentiellement faits désormais lors de l'élection présidentielle : l'élection sur un programme de gouvernement du président de la République réduit la majorité parlementaire, qui est élue dans son sillage, à mettre en œuvre sous forme de loi cette volonté sous le contrôle du Gouvernement dirigé par un Premier ministre entièrement soumis à la volonté du chef de l'État, en tout cas à celle qu'il est capable d'avoir dans le cadre des contraintes qui sont les siennes. Le présidentielisme « majoritaire » se fait alors « programmatique » puisque le programme présidentiel tient lieu de programme législatif et de gouvernement.

Pourtant, quoi qu'en dise la présentation commune – et pas seulement journalistique – de ce système passant pour le fonctionnement « normal » des institutions de la V^e République, ce dernier n'a rien d'évident sur le plan de la théorie constitutionnelle. Il est même assez difficilement compatible avec le cadre juridique

⁸ Processus encore récemment regardé comme constituant le processus représentatif par J.-M. Cotteret, *Les avatars de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 27-47 et 49-61.

dans lequel a été et est toujours pensée et organisée l'expression des choix collectifs au sein d'une structure étatique. Car dire que la loi est l'expression de la volonté générale découverte dans une délibération n'est pas la même chose que de dire qu'elle est le produit d'une volonté électorale qu'elle se borne à consacrer. Ce sont même là deux raisonnements contraires et contraires à la manière dont notre théorie juridique de l'État issue de la Révolution française a pensé la notion de volonté collective et son élaboration. La rupture qu'il implique, non seulement avec ces conceptions classiques du consentement au pouvoir, mais aussi avec la manière dont le droit les pense et les organise, est considérable.

On voudrait ici non point se borner à constater cette mutation, en prendre acte d'un point de vue purement descriptif, mais en montrer le cheminement, et ce d'autant plus qu'elle est devenue aussi familière qu'elle est en fait remarquable au regard de la manière dont la théorie constitutionnelle a, jusqu'à présent, pensé la manière de donner une volonté au peuple (I) ainsi que souligner les conséquences – voire les risques – qu'elle fait courir à la notion même de volonté générale (II).

I. La consistance de la mutation

Le plus intéressant dans les mutations de la volonté générale semble autant tenir à la fin de la « fiction » (qui, avec tant d'autres, peuple le monde du droit) selon laquelle « il n'y a plus beaucoup de place pour une loi entendue au sens d'une volonté initiale, impersonnelle et produite par délibération »⁹, que dans les causes de l'inversion de l'ordre des volontés faisant passer en quelque sorte d'une « loi initiale » à une « loi résultat », d'une loi produisant une volonté à une loi déduite d'une volonté. Parmi elles, les conditions d'élaboration de cette « nouvelle » volonté générale doivent retenir l'attention.

Elles se caractérisent par deux phénomènes qui s'inscrivent dans le temps long du droit constitutionnel : d'abord le fait qu'elle soit essentiellement désormais censée être le produit d'une volonté électorale, ce que nous désignons sous le nom de « l'électoralisation » de la volonté générale (A), ensuite le fait que ladite volonté électorale est réputée se dégager essentiellement, sous la V^e République post-gaulliste, à l'occasion de l'élection présidentielle (B).

⁹ P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ?... », art. cité, p. 7.

A) L'électoralisation de la volonté générale

On pardonnera ce néologisme destiné à qualifier le phénomène décrit en introduction, autrement dit l'élection perçue comme une manifestation d'expression de la volonté populaire. Pour le comprendre, c'est-à-dire en comprendre l'originalité au regard des principes structurant notre théorie de l'État, il faut partir du fait que, dans la théorie révolutionnaire de l'État, la volonté générale n'est pas liée à la volonté politique exprimée dans et par l'élection mais à celle qui est exprimée par les organes chargés de représenter la volonté de la nation ayant pour compétence, par le vote de la loi, de dire ce qu'est la volonté générale qui est en même temps une volonté nationale. La volonté du peuple ou de la nation, la distinction des deux notions ayant finalement peu d'incidence du point de vue du droit, est le produit de la délibération des représentants dont on sait qu'ils ne sont pas tous élus, à commencer par le roi, qualifié de représentant de la nation dans la Constitution de 1791. C'est eux, et eux seuls, qui ont qualité – on dirait aujourd'hui « compétence » – pour dire quelle est la volonté générale par un geste aussi simple que solennel que le vote de la loi qui est réputée en être l'expression.

Cette idée s'imposera longtemps, même avec différentes intensités, comme un point cardinal du droit public. Le peuple, qui n'existe que par l'expression de sa volonté, ne saurait être ailleurs que dans la loi. C'est tout le sens des définitions que l'on donne encore du concept au milieu du XIX^e siècle : « La loi moderne apparaît donc également dans sa forme, non comme la volonté du gouvernement, *mais comme l'expression la plus catégorique de la volonté nationale. C'est ainsi que se manifeste l'esprit démocratique de la société moderne.* Le besoin de liberté et d'émancipation qui pénètre chaque citoyen, trouve ainsi sa satisfaction par la participation au pouvoir législatif, et par la résistance contre toute loi à laquelle il est resté étranger »¹⁰. La manière dont un R. Bonnard rendait compte de la distinction entre une loi et un règlement à la fin de la III^e République confirme cette idée largement présente dans la doctrine de l'époque : « le règlement se présente comme un acte non initial et conditionné et comme un acte d'exécution des lois parce que les autorités administratives sont subordonnées au parlement *en tant que le parlement est le représentant de la nation, exprimant par représentation la volonté générale et chargé de cette fonction d'extérioriser cette volonté générale* »¹¹.

¹⁰ M. Bluntschli, v° « Loi », in M. Block, *Dictionnaire général de la politique, op. cit.*, II, p. 221 [217-226]. Nous soulignons.

¹¹ Dans sa note sous le célèbre arrêt du Conseil d'État du 3 juillet 1931, *Ville de Clamart*, Sirey, 1932, III, 1 [p. 3]. Nous soulignons.

Ainsi, le simple procédé de désignation de représentants, fussent-ils élus au suffrage universel, ne se voyait pas assigner le statut d'expression de la volonté du souverain en lieu et place de la loi dont on finira par oublier l'objet même, si bien énoncé par G. Vedel à une époque où la chose semblait encore aller de soi : la loi est « la procédure par laquelle s'exprime la volonté nationale »¹². La volonté générale n'a ainsi d'autre existence « que celle qui lui vient de son expression en forme législative »¹³.

Et si ce cadre est théoriquement toujours le nôtre du point de vue juridique pour l'expression juridique de la volonté du peuple, les perceptions communes se sont transformées. Il est pourtant aussi difficile de rendre compte de ces transformations du point de vue du droit que de les nier. Deux données s'imposent néanmoins. D'abord l'apparition d'une notion qui semble aussi évidente au sens commun qu'elle est loin de l'être en droit : l'existence d'une « volonté électorale » (1). C'est cette dernière qui va permettre le passage de la volonté générale à ce que l'on pourrait appeler « l'opinion électorale » censée en constituer le fondement (2).

1. La naissance de la volonté électorale

La notion de volonté électorale comme volonté populaire est doublement complexe. D'abord parce qu'il est difficile d'en rendre compte sur le plan juridique pour la bonne raison qu'elle n'est pas censée exister : le peuple, du moins celui qui est désigné comme le titulaire de la souveraineté, n'ayant d'existence qu'à travers la volonté qui va lui être imputée par des organes chargés de parler en son nom, ne saurait exprimer de volonté qui lui soit imputable au stade de l'élection de ses représentants. Il le peut d'autant moins d'ailleurs, qu'à supposer le corps électoral qualifié de peuple souverain, on se demande quel sens juridique peut être donné à une multitude d'élections dont le signification, à la supposer acquise en elle-même, est insusceptible d'être ramenée à l'unité quand bien même le résultat serait structuré par une affiliation partisane¹⁴. Ensuite parce que, à la supposer existante, il est difficile d'en dater la naissance. Si l'on s'accorde sur le fait que l'avènement et l'enracinement du suffrage

¹² *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 496.

¹³ Pour le dire comme M. Troper, « L'expérience américaine et la Constitution française du 3 septembre 1791 », ds *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴ Ce qui n'empêchait pas Hauriou de considérer que quand bien même cette volonté « électorale » se serait « formée de façon composite », « *Nous sommes en présence d'une volonté de personne morale présumée une et homogène, parce qu'elle est projetée au dehors toute formée*, nous sommes dans la cuisine intérieure d'une formation collective », *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd., 1929 (rééd. CNRS, 1965), p. 554.

universel masculin est un élément majeur de son apparition, elle ne s'est guère traduite en droit dans les structures constitutionnelles de la plupart des constitutions qui se sont succédées : représentatives elles étaient, représentatives elles sont demeurées. La portée symbolique du suffrage universel n'a jamais été une donnée juridique : ce dernier ne s'est pas en lui-même substitué au support législatif pour porter la volonté commune. Il n'est qu'un moyen et non une fin.

Pourtant, il semble désormais aller de soi, non seulement qu'une volonté populaire est exprimée lors des élections analysées comme une manière, pour le peuple, de parler, mais que cette volonté politique précède celle que peut lui donner la loi qu'elle soit exprimée par les représentants du peuple ou que celle du corps électoral lui soit directement imputée par voie de référendum. Elle se structurerait lors des élections à travers les programmes des partis politiques que ces derniers sont réputés faire émerger. La notion s'est assez tôt imposée comme un fait dont il fallait rendre compte. M. Hauriou utilisera ainsi le concept dans sa théorie du « pouvoir de suffrage » en évoquant expressément le corps électoral comme un « organe de volonté électorale »¹⁵. Mais, alors que ce dernier prenait bien soin de préciser qu'il ne fallait « pas considérer l'organisation du suffrage comme étant celle de la volonté nationale » mais « simplement l'organisation de la volonté électorale, autrement dit de la volonté du corps électoral, lequel est un représentant de la nation »¹⁶, distinguant ainsi deux niveaux successifs de volonté de deux types différents, la tendance à prendre l'une pour l'autre ne va cesser de s'accroître au point de considérer que cette volonté était une volonté au moins aussi souveraine que celle exprimée par la loi puisque produit de la volonté du suffrage universel, lui-même assimilé à la souveraineté qu'il deviendra difficile de considérer étrangère à la volonté générale.

Ce phénomène, baroque juridiquement, s'explique politiquement. L'instauration du suffrage universel à partir de 1848 – fût-ce avec les restrictions que l'on sait – donnera en effet l'illusion d'une fusion entre le peuple concret, sociologique

¹⁵ *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 553 sqq. De ce point de vue la distinction de Duguit entre l'État démocratique moderne et le système représentatif (« Dans la conception de l'État démocratique moderne, écrit-il, le corps des citoyens exprime directement la volonté de la nation. Mais dans le système représentatif, le corps des citoyens ne prend pas de décision : il n'a pas d'autre fonction que d'élire directement ou indirectement des organes de représentation. D'où le nom de corps électoral qui lui est donné habituellement et par lequel nous le désignons. On peut dire que le corps électoral est aujourd'hui l'organe suprême de l'État français, en ce sens que tous les agents dérivent directement ou indirectement de lui », *Manuel de droit constitutionnel*, Fontemoing, 2^e éd., 1911, p. 287) perd de son sens dès lors que l'on en viendra à considérer que la *démocratie* pouvait être *représentative* ouvrant la voie à l'idée que le corps électoral pouvait être le titulaire de la souveraineté.

¹⁶ *Ibid.*, p. 553.

ou historique et le corps électoral, le « peuple des électeurs » en quelque sorte, prenant alors chair de manière autrement plus tangible qu'en 1791 où les électeurs étaient désignés en tant que peuple (art. 3 du Titre III de la Constitution du 3 septembre) mais où la souveraineté appartenait à la Nation. Et si, progressivement, jusqu'à la formule concordataire de la Constitution de 1958, la souveraineté nationale appartient désormais au peuple, que le peuple est l'ensemble des citoyens et que, par le suffrage universel, tous les citoyens sont électeurs, c'est que donc les électeurs sont le peuple et que par n'importe lequel de ses « votes » il exprime la « volonté populaire ». Là semble se faire le point de basculement théorique du dédoublement de la volonté du peuple : si le peuple est un être réel composé d'une addition de citoyens-électeurs et souverains, et que chacun de ses actes, à commencer par l'élection, est réputé avoir la puissance de sa souveraineté et la souveraineté de sa volonté, alors la volonté du peuple repose dans les urnes quelles qu'en soient ses manifestations et le cadre que la Constitution donne à ces dernières et non dans la loi, pourtant réputée en être la manifestation puisqu'elle n'est autre que la volonté générale. Le corps électoral se trouve en quelque sorte transfiguré par l'élection qui le transforme en peuple électoral censé s'exprimer en dehors des conditions d'expression que la théorie constitutionnelle issue de la théorie révolutionnaire de l'État avait pensé pour lui, fût-ce au prix considérable du risque du dédoublement de la volonté nationale, précédée d'une sorte de volonté « populaire » sortant des urnes et pourtant difficilement justifiable en droit dans un État dont la force dépend de l'unité de sa volonté qui donnera le sentiment de se faire par le suffrage universel et non par la loi¹⁷. Le corps électoral, parce qu'il est un regroupement d'individus identifiables existant dans l'État et intervenant dans des mécanismes institutionnels, facilite la croyance dans l'existence d'un peuple réel – ce que l'on nommera de manière révélatrice le « peuple actuel » par opposition au « peuple

¹⁷ La réduction du peuple au suffrage universel par Hauriou en dit long sur cette assimilation qui sera le nouveau socle du concept de « démocratie » : « Il est à noter que la conception du « peuple en corps », qui était celle du *démos*, a très vite cédé la place chez nous à celle de « l'universalité des citoyens », laquelle elle-même s'est résolue pratiquement en l'institution du suffrage universel considéré comme un droit individuel, de telle sorte que la démocratie est devenu un régime individualiste tout comme l'aristocratie, avec cette seule différence que l'aristocratie est un régime individualiste inégalitaire, tandis que la démocratie est un régime individualiste égalitaire où tous les individus jouissent des mêmes droits politiques et de la même part de souveraineté », *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 140.

perpétuel »¹⁸ - pouvant s'exprimer par les élections, nouvelle manière de faire connaître sa volonté valant point de repère¹⁹.

Les conséquences de ce phénomène, difficilement datable à supposer même qu'il soit le résultat d'un processus conscient, seront considérables pour la théorie constitutionnelle. La définition socio-politique du peuple, auquel le droit ne peut que donner le statut d'entité constitutionnelle voire méta-constitutionnelle, éclipsera sa dimension juridique, voire tendra à la remplacer dans les catégories mêmes du droit, malgré les dénégations de forme faites par le même M. Hauriou théorisant la volonté électorale tout en la distinguant de la volonté nationale²⁰. La Chambre sera dite « investie par le peuple »²¹, et les *représentants élus* du peuple deviendront les *représentants élus par le peuple*. Alors qu'on ne saurait être élu *par le peuple*, ce dernier n'existant pas avant que lui soit imputée une volonté prise par des organes habilités à parler en son nom, son assimilation au corps électoral - d'autant plus aisée que le peuple est pensé plus concret et immédiat que la nation, regardée comme une entité abstraite et lointaine - va créer les conditions de la croyance en l'existence d'une volonté précédant la norme et ne demandant qu'à être révélée dans cette tendance naturelle et éternelle des hommes à hypostasier ainsi que l'a remarqué M. Troper. On pourrait même parler d'élection « normative » en quelque sorte puisque c'est la volonté des électeurs pris pour le peuple souverain, elle-même en réalité engendrée par les partis politiques, qui est réputée structurer la volonté collective exprimée sous forme de loi.

Dès lors, l'affirmation du peuple actif par son suffrage, et avant tout par lui, s'offrira comme une évidence pouvant être comprise par n'importe qui. Non point que quelqu'un ait un jour conceptualisé la dégradation d'une théologie constitutionnelle en catéchisme infra-civique à destination du commun : aujourd'hui comme hier, en assimilant le peuple au corps électoral, nul citoyen n'a le sentiment de se livrer à une mutilation d'une théorie constitutionnelle autrement plus complexe, mais seulement de se conformer à une logique des choses corroborée par une pratique politique

¹⁸ M. Gauchet, *La Révolution des pouvoirs*, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1995, p. 45. P. Rosanvallon le dira autrement : « À travers les élections, il existe sous une forme instantanée et évanescence », *La démocratie inachevée, Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 2000, p. 408.

¹⁹ Hauriou considérait ainsi que si « le corps électoral est la première et plus rudimentaire des organisations nationales » c'est aussi « la plus proche possible de la nation » même si elle ne se confond pas avec elle, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 553.

²⁰ Et ce dès ses *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, p. 707 sqq.

²¹ Ainsi que le suggère F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9^e éd., Sirey, 1921, p. 160. Même idée chez R. Bonnard pour se borner à cet exemple, v. *Précis de droit public*, Sirey, 1939, p. 17.

correspondant à l'idée que l'on peut se faire d'un pouvoir philosophiquement dit « démocratique » où l'autorité est censée venir d'en bas et plus d'en haut.

Et cette illusion aura tout pour être tenace et restreindre la compréhension du phénomène juridique de la volonté générale. Dès lors en effet que le peuple, entendu comme la « collection de tous les citoyens sans distinction de rangs ni d'ordres »²², est finalement réduit au corps électoral, forme sous laquelle il sera désormais possible de l'identifier et de le rencontrer et que la notion de « peuple électoral » se voit peu à peu consacrée²³, alors ne peut que lui être reconnue une autonomie de volonté quel qu'en soit le support ou la fin. La volonté considérée comme « réelle » primera dès lors la volonté légale pour finir par l'absorber. Le peuple, confondu avec les électeurs, est fait source du pouvoir indépendamment de l'expression de la volonté générale qu'il est réputé faire naître et dont il ne procède plus. Le phénomène aura pour conséquence, invisible politiquement mais majeure juridiquement, l'expulsion de la volonté générale du processus représentatif, déjà censée résider dans le corps électoral assimilé au peuple, pris comme être réel et souverain, et qui n'aurait nul besoin d'une médiation normative pour en assurer l'expression au point que la volonté générale sera réputée procéder désormais de la seule volonté électorale elle-même réduite à la vague expression d'affiliations partisans.

2. De la volonté générale à l'opinion électorale

Cette idée d'une volonté populaire présente dès les « urnes » (comme disent politologues et journalistes) va conduire à une triple césure : la volonté générale censée être exprimée par la loi votée par le Parlement, acte de représentation de la volonté du peuple, ne va plus être perçue comme étant cette volonté. Elle ne sera plus guère qu'une sorte de mise en forme normative d'une action qui vient appuyer – ou démentir – une volonté générale exprimée dans l'élection des représentants de la nation²⁴, et, avant elle chronologiquement et hiérarchiquement, dans celle du président de la République. Or,

²² Selon la définition de F. Hélie, v° « Nation, Peuple », *Dictionnaire général de la politique*, Paris, O. Lorenz, 1863, II, p. 357. « Ainsi tous les hommes qui vivent sous le même gouvernement composent le peuple de l'État, poursuit-il. D'après la théorie démocratique aujourd'hui presque universellement acceptée en France, et qui est entrée dans nos lois, ils constituent le souverain et ils sont égaux en droit politique. Vis-à-vis de l'État, les citoyens forment le peuple, et vis-à-vis du genre humain, ils forment la nation ».

²³ *Ibid.*, p. 412.

²⁴ C'est ce que semble écrire J.-M. Cotteret : « La volonté générale ne peut s'exprimer qu'au jour de l'élection (...) ; les élus doivent être en phase avec les évolutions de cette volonté générale. Elle doit s'exprimer en permanence et primer sur une volonté générale intermittente », *Les avatars de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 63.

une fois l'élection érigée en acte de volonté réputée exprimer « l'opinion du peuple », la loi ne pourra que perdre son rang hiérarchiquement supérieur d'acte exprimant la volonté générale, qui n'est jamais que l'autre nom de la volonté populaire, pour n'être plus que celui qui prend acte d'une volonté qui la précède et ne la constitue plus. Le moment structurant la volonté collective ne sera plus la loi mais l'élection des « représentants » qui seront regardés comme disposant de cette qualité du seul fait d'avoir été élus et ce quelle que soit l'élection en cause. C'est là que sont censées s'exprimer, diverses et éparses, les « volontés du peuple », pris pour un être réel et réduit au corps électoral, et non plus dans la représentation de sa volonté qu'elle soit le fait de ses représentants ou, à l'autre bout de la chaîne, du corps électoral dans l'hypothèse référendaire. La représentation est censée désormais être déduite de la volonté préexistante du peuple et non produite par elle. Le peuple n'est plus censé faire un avec le Parlement qui, par le vote de la loi, le représentait par l'expression de sa volonté mais s'exprimer par n'importe quel scrutin.

La notion floue et englobante de « vote » si chère aux politistes, censée présenter telle ou telle caractéristique en fonction de la conjoncture électorale, donnera d'ailleurs l'illusion de l'existence d'une expression de volonté populaire spontanée, fût-elle détachée de sa finalité et déconnectée de tout rapport à l'expression d'une volonté générale souveraine que le Parlement – et le corps électoral dans le cadre d'une procédure référendaire – étaient pourtant chargés de représenter²⁵. La représentation n'est plus que l'élection et l'élection n'est plus qu'une mesure de l'opinion des électeurs qui mobilisera politologues et journalistes avec d'autant plus de zèle qu'elle sera considérée comme épuisant l'idée démocratique. Elle aura tendance à être considérée, dans une sorte d'immanence absolue, comme la manifestation la plus tangible de la volonté générale au point que l'opinion électorale sera perçue comme étant la volonté générale et la manière la plus notable pour les « gouvernés » de consentir au pouvoir. Et ce phénomène de volonté « générale-électorale » va prendre des proportions aussi considérables qu'inattendues avec l'élection au suffrage universel du chef de l'État sous la V^e République à partir de 1962.

²⁵ Il faut redire ici, avec E. Maulin, que la représentation de la volonté du peuple n'est pas le monopole du Parlement. Le corps électoral assure, lui aussi, la représentation de la volonté du peuple dans l'hypothèse référendaire, la différence étant que le corps électoral le fait directement sans avoir recours à des représentants, élus ou non, en imputant sa volonté au peuple comme si elle était la sienne : « Le peuple ne s'exprime jamais lui-même, mais il est toujours représenté, même au travers de procédures dites « de démocratie directe », de sorte que la représentation du peuple est la condition transcendante de son apparition et de sa présence », v. « Compétence, capacité, pouvoir », in AFDA, *La Compétence*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008, Lexis-Nexis Litec, 2008, p. 35 [33-50].

B) La présidentialisation de la volonté électorale

Ce que l'on nomme présidentialisation de la volonté électorale ne sera autre chose que le transfert, puis la monopolisation, de l'expression de la volonté électorale au profit du président de la République depuis son élection au suffrage universel. Car s'il n'est pas le seul à être élu, il aura tendance à être considéré hiérarchiquement comme le premier « des élus ». D'une part parce que l'on associe son élection à la plus large expression de volonté populaire laquelle est d'abord censée s'exprimer par le vote des électeurs qui a tendance à être perçue comme ne faisant plus qu'un avec la volonté générale (1). D'autre part, parce que cette dernière est censée avaliser un programme de gouvernement réputé structurer cette volonté (2).

1. Primauté de l'élection présidentielle et primauté de la volonté électorale.

Comme tous les phénomènes apparemment bien connus, son originalité a fini par être perdue de vue. Il n'en est donc guère rendu compte dans toute sa dimension théorique. Il repose non seulement sur l'idée que, puisque le peuple souverain est dans le corps électoral alors toute expression de volonté de celui-ci est une volonté souveraine indépendamment de son support ou de sa finalité, mais qu'une hiérarchie existe entre elles selon la manière dont elle est exprimée. En élisant le président de la République à l'occasion d'un scrutin national ayant lieu le même jour dans une même circonscription, le « peuple » exprimerait une volonté d'une force qu'aucun autre organe, notamment parlementaire, n'est en mesure de revendiquer. Déclinaison de la fameuse théorie développée dans sa conférence de presse de 1967 par le général de Gaulle sur la légitimité supérieure du président de la République, « l'élu de la nation » sur les députés issus, eux, des « 487 compétitions locales »²⁶, elle semble ne voir de « légitimité démocratique » que dans le suffrage au détriment des formes normatives d'expression de volonté du peuple.

²⁶ Expression prononcée semble-t-il à plusieurs reprises par le général de Gaulle et d'abord publiquement lors de sa conférence de presse du 16 mai 1967 à la suite des élections législatives de la même année : « Théoriquement, les élections n'avaient pas pour objet les institutions de la République. Ce n'était pas un référendum national. À cet égard, c'était simplement – quand je dis “simplement” c'est une manière de dire – 487 compétitions locales », in C. de Gaulle, *Discours et messages*, vol. 5, « Vers le terme », Plon, 1970, p. 157 [155-174], également cité par J. Massot, *Alternance et cohabitation sous la V^e République*, La documentation française, 1997, p. 33. On en retrouve la trace avec des variantes, comme l'évocation du « kaléidoscope » des élections législatives face à l'unité et à la solennité de l'élection présidentielle sous la plume d'A. Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, Fayard, tome III, 2000, p. 87-90.

Alors que le pouvoir exécutif, fût-il élu au suffrage universel, ne saurait représenter la volonté du peuple, puisque, depuis la Révolution, on ne représente pas le peuple dans l'exécution de sa volonté²⁷, la fonction de représentation étant liée à une habilitation constitutionnelle à « vouloir pour la nation » et non à une élection, laquelle ne saurait du point de vue juridique être regardée comme une preuve de « légitimité démocratique » censée en principe tenir tout entière dans la norme qui est prise au nom du peuple, la désignation au suffrage universel du président de la République est réputée faire de lui le point de fixation d'une volonté collective. Vécue comme « représentative » parce que regardée comme déléguant une volonté « souveraine », elle est aussi regardée comme *électorale* car exprimée lors d'une élection et *générale* puisque valant expression de souveraineté censée être désormais liée au suffrage universel impliquant la « généralité » du peuple puisque concernant la totalité des électeurs au terme d'un renversement inouï de perspective²⁸. Une volonté ne semble plus être considérée comme démocratique du seul fait qu'elle est imputée au peuple souverain mais en raison de ce que l'on croit être son « origine », c'est-à-dire son lien avec le suffrage universel considéré comme ne faisant qu'un avec la souveraineté. Peu importe que cela revienne implicitement à considérer que le peuple, que l'on prend pour un être réel, gît ailleurs que dans l'expression de sa volonté, laquelle n'est pas réputée être « populaire » avec la même intensité selon qu'elle se trouve dans la norme ou dans le suffrage, tout en refusant d'aller jusqu'au bout de ce qu'implique un tel raisonnement : se demander de qui, alors, la loi et la Constitution sont-elles la volonté si l'on considère qu'il n'est de volonté populaire que dans le suffrage des électeurs. Ce n'est donc pas de sa participation au processus législatif par le biais de l'article 16 ou même par l'influence qu'il peut avoir sur les autres organes de l'État en matière de législation (*i. e.* être un « agent » législatif indirect par le biais de « *la* » – de « *sa* » –

²⁷ Selon la formule de Hérault de Séchelles, *AP*, 10 juin 1793, 1^{ère} série, LXVI, p. 259.

²⁸ Fait notablement affirmé pour le président de la République en des termes dépourvus de toute ambiguïté ayant parfois le mérite de la clarté : « La thématique de la représentation de la nation est, en réalité, aussi ancienne que le nouveau droit constitutionnel issu de la Révolution française, celui qui interdit le fractionnement de la souveraineté nationale, qui défend l'intérêt général contre les intérêts particuliers et qui, en conséquence, prohibe le mandat impératif. Elle est en relation avec le suffrage universel (Const., art. 3, al. 3), source de tout pouvoir politique dans une démocratie, de sorte que l'élection au suffrage universel de tout organe central de l'État devrait suffire à le considérer comme une représentation de la nation », écrit ainsi O. Gohin, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 2010, p. 1065. La représentation nationale est alors considérée comme purement électorale : « l'élection du Président de la République au suffrage universel direct (Const., art. 6 al. 1^{er}) depuis la révision constitutionnelle de 1962 a fait passer le Président de la République du statut de grand sénateur à celui de grand député : son élection au suffrage universel suffit à le faire regarder comme un représentant de la nation, alors même que, comme chacun des députés à l'Assemblée nationale, il est élu, depuis décembre 1965, au suffrage universel direct ; au demeurant, sa circonscription électorale couvre la totalité du territoire français, de sorte que la majorité absolue des suffrages exprimés atteinte, il est bien élu du peuple tout entier », écrit encore O. Gohin, *ibid.*, p. 1066.

majorité parlementaire qui applique *son* programme en votant les projets de loi qu'il décide de lui soumettre par l'intermédiaire de *son* Gouvernement ou des parlementaires qui soutiennent *son* action)²⁹, que le chef de l'État est réputé tenir sa qualité de représentant du peuple, mais du seul fait qu'il est élu. La confusion du peuple (d'autant plus aisée que c'est à lui qu'est réputée appartenir la souveraineté nationale d'après l'article 3 de la Constitution de 1958) avec le corps électoral entraînera l'idée qu'être élu « par le peuple » conduit nécessairement à être son représentant, d'autant plus qu'il sera réputé élu par « toute la nation », comprendre tous les électeurs sur l'ensemble du territoire, y compris si aucune fonction de représentation de la volonté, autrement dit de compétence à exprimer la volonté du souverain, ne lui est confiée directement par la Constitution indépendamment de la manière dont elle est mise en œuvre en pratique. Le suffrage universel sera réputé transformer un pouvoir second en pouvoir premier et l'habiliter à énoncer la volonté collective qui est censé s'exprimer en la personne du chef de l'État. L'autre phénomène, qui va augmenter encore la portée du premier et va même rétroagir sur lui, est ce que l'on pourrait appeler la « programmatisation » de l'élection présidentielle.

2. La programmatisation de l'élection présidentielle

Ce néologisme rend compte du processus rétrospectivement jugé évident selon lequel, en même temps qu'ils désignent un homme, les électeurs votent aussi pour un programme que ce dernier est censé mettre en œuvre. Le thème de la « programmatisation » de l'élection présidentielle, ou du « développement de la fonction programmatique du président de la République » pour reprendre les termes de J. Massot³⁰, l'un des premiers à l'avoir mis en exergue, a radicalement bouleversé tant la nature et la fonction de ce scrutin que, par voie de conséquence, la fonction présidentielle elle-même. De 1974 à 2012, la tendance n'a cessé de se confirmer, de s'aggraver serait-on tenté de dire, les « soixante engagements pour la France » de F. Hollande en étant le dernier exemple en date. Elle a même fini par impliquer qu'un candidat à l'élection présidentielle *devait* se présenter « sur » un programme de gouvernement pour paraître à la hauteur de ce que la fonction, et en même temps

²⁹ Qui aboutissent parfois à des formules étonnantes prononcées par le président de la République et passant pourtant parfaitement inaperçues comme par exemple le 14 juillet 2013 : « Je n'augmenterai pas les impôts ».

³⁰ Dans l'ordre de leur parution, *La présidence de la République en France*, La documentation française, 1977, p. 112-113 ; ainsi que du même éditeur, *Le chef du gouvernement en France*, 1979, p. 47-50 ; *La présidence de la République en France, vingt ans d'élection au suffrage universel 1965-1985*, 1986, p. 114-119 ; *L'arbitre et le capitaine*, coll. Champs, Flammarion, 1987, p. 193-195 ; *Chef de l'État et chef du gouvernement, dyarchie et hiérarchie*, La documentation française, 1^{ère} éd., 1993, p. 43-45 et 2^e éd., 2008, p. 53-55.

qu'elle, la campagne électorale, est réputée commander. Peu importe qu'il n'ait guère, dans la Constitution, la mission constitutionnelle de le faire ni les pouvoirs qui permettent de gouverner au sens de ses articles 20 et 21 si l'on veut bien la considérer en dehors des théories conventionnalistes convoquées pour permettre de regarder comme « pratique » ce que d'autres appellent « violation ». Le programme présidentiel est censé, toujours plus nettement depuis une trentaine d'années, être « la charte de l'action gouvernementale » comme l'avait soutenu en son temps François Mitterrand dans son message au Parlement du 8 juillet 1981 (« *J'ai dit à plusieurs reprises que mes engagements constituaient la charte de l'action gouvernementale. J'ajouterai, puisque le suffrage universel s'est prononcé une deuxième fois, qu'ils sont devenus la charte de votre action législative* »³¹). C'est lui qui sera mis en œuvre par un Parlement réduit à l'état de simple auxiliaire de la volonté présidentielle et surtout, si l'on ose dire, de « metteur en scène » juridique de cette volonté, au point que, de plus en plus, tout point du programme – tout « thème de campagne » voire une simple déclaration faite durant la brigue des suffrages – est réputé avoir été approuvé « par le peuple », l'élection présidentielle étant alors présentée comme valant référendum. Ainsi pour le principe de l'adoption et la ratification non référendaire d'un texte alternatif au traité portant Constitution pour l'Europe rejeté par référendum le 29 mai 2005, futur traité dit « de Lisbonne » : en élisant le président de la République le 6 mai 2007 les électeurs, du simple fait qu'il était évoqué dans son programme, auraient approuvé le principe de l'adoption (parlementaire) d'un autre traité reprenant, à quelques détails près, le texte initial. Plus récemment, c'est le débat sur le mariage dit « pour tous » qui a donné lieu à la reprise de cette ritournelle : pour rejeter l'idée d'un référendum d'initiative gouvernementale, les défenseurs du projet de loi ont répondu non au motif, revenant systématiquement dès que l'issue référendaire était souhaitée ou même seulement évoquée dans les échanges, que le référendum ne serait pas nécessaire puisque les Français étaient déjà réputés avoir acquiescé à la réforme à travers l'élection du président de la République le 6 mai 2012. La fin de non-recevoir référendaire se terminait invariablement par cet argument : le mariage homosexuel était le 34^e engagement du candidat François Hollande dans son « programme de gouvernement » et, en votant pour l'un, les électeurs auraient voté pour l'autre.

Dans les deux cas, l'élection était réputée avoir valeur de référendum, fût-ce au prix d'une véritable mutilation des concepts de la théorie constitutionnelle fût-elle involontaire et même inconsciente : la volonté du peuple n'est plus censée être celle exprimée par ses représentants en forme de loi – quand bien même tiendrait-on le

³¹ *J.O.*, Débats de l'Assemblée nationale, 9 juillet 1981, p. 46.

président de la République pour un représentant de la nation sachant qu'il ne possède pas même, pourtant, l'initiative des lois – ou par le corps électoral consulté par référendum, sa volonté étant alors imputée au peuple, mais être celle énoncée dans l'élection du chef de l'État au suffrage universel lequel l'impose, pour cette raison, au législateur désormais chargé de la mise en œuvre des « volontés populaires » préexistantes à son intervention. L'élection devient ratification d'une mesure, voire, à en croire responsables politiques et journalistes, le vote même de la loi au mépris de la notion de débat parlementaire qui s'en trouve remise en cause et qui n'est plus réputée avoir de sens que dans la mesure où il permet d'aboutir à l'engagement présidentiel, celui en tous cas auquel le chef de l'État est décidé à donner une issue favorable. L'élection n'est alors plus seulement le moyen de désigner le titulaire de la fonction présidentielle mais d'adopter des normes à travers des individus. N'importe quelle idée, voire n'importe quelle lubie présidentielle, sera dès lors réputée avoir valeur de volonté souveraine puisque ratifiée par le suffrage universel en même temps que son élection et donc valeur de loi en devenir, le chef de l'État étant censé avoir soumis sa personne et, ce faisant, ses pensées voire ses arrières pensées à l'appréciation du « peuple ». Certes, les promesses, qui n'engagent comme chacun sait que ceux qui les reçoivent, sont à géométrie variable : si l'élection au suffrage universel justifie que l'on ne débâte pas des engagements présidentiels que le chef de l'État a décidé de tenir, elle ne va pas jusqu'à lui imposer qu'il honore l'ensemble des autres ou qu'il renonce à décider de mesures qu'il n'avait pas prévu de prendre quand bien même elles seraient en rupture avec ses serments électoraux. Reste que la justification avancée pour imposer une volonté qui s'offre comme générale dans sa provenance, plus que dans sa consistance, est le suffrage universel. Les conséquences d'une telle mutation, dont tout est fait pour qu'elle soit considérée comme une conséquence « naturelle » de l'évolution de nos institutions, sont pourtant immenses.

II. Les conséquences de la mutation

La perte de sens du mode d'énonciation juridique de la volonté collective entraîne corrélativement la perte de sens de ce qu'est la volonté collective voire celle du consentement au pouvoir (1) pouvant même aboutir à ce que l'on pourrait appeler la privatisation de la volonté générale (2).

A) La perte du sens du consentement au pouvoir

Elle se traduit par deux glissements. La perte du sens de l'expression des choix collectifs par la loi désormais remplacé par le suffrage (1) entraînant elle-même la perte du sens de ce qu'est la représentation politique (2).

1. La perte du sens de l'expression des choix collectifs par la loi

Si la conception électorale de l'expression des choix collectifs n'est guère une nouveauté puisqu'elle accompagne, fût-ce de manière ambiguë, l'histoire du gouvernement parlementaire même, elle n'a jamais été jusqu'à remettre en cause l'idée que la loi était l'expression première du consentement du pouvoir. C'est pourtant la conséquence première de l'électoralisation de la volonté générale. Cette dernière devient une conséquence de décisions prises antérieurement et non le produit de la délibération censée faire apparaître cette volonté. L'ensemble du processus s'inverse. Le sentiment que le peuple veut par la loi se perd, le peuple n'étant plus censé s'exprimer que par les urnes. La loi devient alors une simple mise en forme, parmi d'autres, d'une volonté populaire préexistante mais soumise à maintes sujétions, et la décision parlementaire non le fruit de la délibération mais la confirmation d'engagements antérieurs. La volonté populaire n'est plus censée émerger par la loi, expression de la volonté générale, ni même par la Constitution comme manifestation de l'unité politique de l'État, qui ne semble plus en mesure de « retranscrire sa suprématie »³². La loi n'est plus perçue que comme une contrainte, plus ou moins arbitraire, produit technique de la nécessité gestionnaire à la fabrique de laquelle le commun n'a pas accès ; elle ne semble plus être comprise comme l'expression d'une volonté imputable à un être souverain dont elle serait la manière la plus efficace qu'il ait été possible de trouver pour lui de vouloir en même temps que la seule justification possible de l'application du droit dans un cadre où le peuple est dit souverain, mais comme une sorte d'acte de police du droit dont l'auteur n'est plus qu'une espèce de législateur lointain et mécanique dont les praticiens du droit s'appliqueront à rechercher méthodiquement la volonté quand, à la faveur d'un contentieux, elle sera considérée comme obscure, mais ne songeront guère à l'imputer au peuple. On comprend mieux pourquoi l'on a été conduit à se demander ce qu'il pouvait bien rester de la volonté générale³³.

Il est possible d'objecter que cette évolution n'est en rien étonnante dès lors qu'est morte la vieille lune de la loi expression inconditionnée de la volonté générale laquelle ne l'est plus, comme chacun est réputé le savoir depuis une certaine décision du

³² Pour reprendre l'expression de D. Baranger traduisant le fait majeur du constitutionnalisme, *Le droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2002, p. 104.

³³ P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ?... », art. cité, *passim*.

Conseil constitutionnel, que dans le respect de la Constitution, cette dernière ne pouvant guère être autre chose que la volonté du peuple à un niveau supra-législatif. Et d'ailleurs à quoi bon, au pays du droit, se formaliser du remplacement d'une fiction par une autre fiction fût-elle d'une aussi grande ampleur ? Reste qu'il ne semble guère, en pratique, que les citoyens voient dans la Constitution davantage que dans la loi l'expression de la volonté populaire. Paradoxal constat à l'heure de la question prioritaire de constitutionnalité et de l'État de droit qu'elle est réputée « parfaire », rétorquera-t-on en permettant aux citoyens – en réalité à quelques justiciables, qualité réputée constituer le degré le plus achevé de la citoyenneté dans un État qui n'est plus que « de droit » – de se réapproprier la Constitution, *leur* Constitution. D'abord parce qu'elle n'est censée les concerner que pour les « droits et libertés » qu'elle garantit et non pour l'acte de souveraineté qu'elle pose. Ensuite parce que la Constitution semble moins fonder un pouvoir, qu'au demeurant dans un même acte elle limite, que subir les assauts d'autres pouvoirs débouchant sur des révisions constitutionnelles à répétition censées l'adapter aux impératifs de la construction européenne ou à ceux de la « modernité » et la ravalant de fait au rang de texte technique à ajuster en fonction des besoins du moment. Constat paradoxal donc que celui de la fin d'un « art constitutionnel » à l'heure où la Constitution est réputée triompher, mais pourtant bien réel comme le souligne récemment Jacky Hummel : « au moment où les mythes du constitutionnalisme libéral se dissocient de plus en plus ouvertement des faits, où la théorie de l'État sur laquelle repose la doctrine constitutionnelle classique se vide de sa substance, à l'heure où le droit politique s'internationalise, son prestige est fragilisé. L'idée désormais fort répandue de la Constitution comme source de l'ensemble du système juridique n'épuise pas totalement la vérité : en effet, si la notion de Constitution ne peut, par hypothèse, être formellement dévalorisée dans la mesure où sa force juridique s'y oppose, elle se désacralise toutefois progressivement et inéluctablement »³⁴. Une certaine manière de présenter la représentation politique atteste d'ailleurs de cette évolution.

2. La perte du sens de la représentation

D'un point de vue conceptuel, les conséquences de ce changement de paradigme constitutionnel sont en effet immenses. La représentation, qui consistait essentiellement en l'acte de création de la volonté du peuple, c'est-à-dire de la volonté générale, se voit implicitement reconnaître une autre fonction, distincte de celle de légiférer, donc d'exprimer cette volonté, l'action de vouloir étant censée se confondre

³⁴ *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris, Michel Houdiard éditeur, 2010, p. 9.

avec l'élection des représentants. La représentation ne sert plus à caractériser la fonction législative, mais à en désigner une autre qui n'est plus liée à la compétence de la production normative qui faisait corps avec l'expression de la volonté générale. Fonction représentative et fonction législative sont distinguées et dissociées au prix d'une mutation-mutilation proprement inouïe de la théorie représentative. La représentation change d'objet : représenter n'est plus légiférer par l'expression de la volonté générale. Elle n'est donc plus liée à l'expression légale d'une volonté ni ne se confond plus avec la législation et se voit en quelque sorte affecter une *fonction* « non représentative » qui ne correspond plus à aucune compétence ni même à aucune justification d'une compétence au point que l'on ne sait plus guère quelle signification les députés donnent à la notion de « représentation nationale » quand, par cette expression, ils désignent avec emphase l'Assemblée nationale ou s'adressent à elle. On en vient même à se demander s'ils savent ce qu'ils font du point de vue constitutionnel quand ils votent la loi. Étrange fonction sans compétence ni pouvoir, tel le couteau sans manche ni lame de Lichtenberg : une représentation sans présentation pour le dire comme J.-M. Denquin³⁵. La qualité de représentant n'est ainsi plus conférée par le fait d'exprimer la volonté générale sous forme de loi qui sera imputée au peuple, mais déduite du procédé de désignation : être élu, c'est être, considère-t-on implicitement, « envoyé » par le souverain pour parler en son nom en traduisant des volontés réputées être exprimées *dans l'élection* ayant la force que leur donne leur origine.

La dérive électorale de la représentation va avoir pour conséquence de créer une représentation non normative, purement élective, affectant toute la construction théorique de l'édiction de la volonté générale produite par le constitutionnalisme. Dès lors, c'est à une multiplication des représentants que l'on va assister : non point de ceux qui seraient censés dire quelle est la volonté générale mais ceux qui, réputés désignés « par le peuple », revendiquent à ce seul titre la qualité de représentant de ce dernier quelles que soient les élections et les fonctions exercées. C'est alors par le qualificatif d'« élus » qu'ils seront désignés, expression aussi large que creuse dont le succès prodigieux cache la vacuité tant elle confond en un seul mot des personnes, des organes et surtout des fonctions, que le juriste devrait s'employer à dissocier. Tous les « élus » seront ainsi réputés être des « représentants du peuple » puisque élu « par lui » : du président de la République au moindre conseiller général ou municipal. Ces derniers ne seront plus hiérarchisés en fonction de leurs compétences, en particulier dans leur rapport à l'édiction de la volonté générale pourtant irréductible à l'expression d'une

³⁵ « Pour en finir avec la crise de la représentation », *Jus politicum*, n 2, Dalloz, « Institut Villey », 2010, p. 165-202.

simple opinion électorale n'ayant d'ailleurs guère de consistance juridique en dehors des conséquences qu'elle a sur le financement des partis politiques, mais en fonction de leur rapport au suffrage qui sera considéré comme plus « légitime » à mesure qu'il sera plus « large » et plus « direct ». Tous revendiqueront d'être associés par leur élection à la manifestation des choix collectifs.

Parmi eux, on l'a souligné, le président de la République sera perçu comme le plus fondé à le faire puisqu'élus sur un programme par le plus grand nombre. Pas davantage que les autres, il ne se considérera donc comme un représentant au sens d'autorité habilitée à vouloir pour la nation en exprimant la volonté générale. Sa seule élection « par le peuple » lui suffira. De là sa tendance à vouloir « incarner » la volonté générale : non point parce qu'il aurait un pouvoir normatif de vouloir pour la nation mais parce que la nation – ou le peuple – ayant été réputée s'exprimer par son élection, il se considère à son tour capable de dire quelle est sa volonté, voire que cette volonté s'incarnerait dans sa personne. On comprend pourquoi l'on prêtera à un chef de l'État français une formule qui en dit long sur cette confusion : « Puisque je suis élu, je suis la volonté générale »³⁶. On saisit aussi malgré les mises en garde qui, de Rousseau à Simone Weil, soulignaient que la volonté générale ne pouvait avoir aucune relation avec un choix de personne³⁷, combien la maîtrise des choix collectifs est désormais prisonnière d'une logique électorale personnalisée, puisque présidentielle, qui n'est elle-même pas étrangère, qu'elle en soit une cause ou une conséquence, à un mouvement de « privatisation » de la volonté générale.

B) La privatisation de la volonté générale

Ce que l'on se propose d'appeler « privatisation » de la volonté générale nous paraît reposer sur la colonisation par certains acteurs de ces nouveaux mécanismes d'expression de la volonté générale dans le prétendu mode électoral de son énonciation

³⁶ P. Rosanvallon, « Le pouvoir contre l'intérêt général », *Le Monde*, 21 septembre 2010, p. 19.

³⁷ « L'élection des chefs est une fonction du gouvernement et non de la souveraineté », écrit Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, IV, III. La même idée est développée dans l'Émile : « Les actes du souverain ne peuvent être que des actes de volonté générale, des lois ; il faut ensuite des actes déterminants, des actes de force ou de gouvernement, pour l'exécution de ces mêmes lois ; et ceux-ci, au contraire ne peuvent avoir au contraire que des objets particuliers. Ainsi l'acte par lequel le souverain statue qu'on élira un chef est une loi, et l'acte par lequel on élit ce chef en exécution de la loi n'est qu'un acte de gouvernement. (...) l'acte d'élection n'étant pas une loi, et dans cet acte le peuple n'étant pas souverain lui-même, on ne voit point comment alors il peut transférer un droit qu'il n'a pas », *Émile ou de l'éducation*, Livre V, Garnier-Flammarion, 1966, p. 605. Pour Simone Weil, v. *Note sur la suppression générale des partis politiques*, Climats, 2006, p. 32.

et qui n'hésitent parfois pas à la détourner à leur profit : les partis politiques (1) et les sondages (2).

1. Le poids des partis

Il n'est plus guère de ton de le dénoncer depuis que ces derniers, largement subventionnés par l'État, se voient consacrés par la Constitution de 1958 comme « concourant à l'expression du suffrage » (art. 4). Le temps de la méfiance est passé. Dénoncés à la fin de la IV^e République, les voilà parés de toutes les vertus civiques, et ceux sans lesquels il n'est, dit-on, pas de démocratie possible. Leur rôle dans la sélection des dirigeants politiques comme dans l'élaboration des programmes de gouvernement est loué. Il n'est pourtant pas sans inconvénients. Car la volonté émergeant dans le cadre des partis politiques par l'élaboration de programmes ne laissant aux électeurs que la possibilité de la ratifier lors des élections ne leur aménage guère de place malgré la dernière innovation destinée à faire croire le contraire : les « primaires citoyennes ». Car ces dernières, censées permettre à n'importe quelle personne se reconnaissant dans les « valeurs » d'un camp de choisir le candidat du parti, semblent davantage faites pour donner l'illusion d'une « participation » des citoyens et être même soigneusement conçues pour organiser la désignation de certains candidats présélectionnés par le parti et correspondant tant à un certain profil qu'à une certaine ligne politique. Dans cette hypothèse, les partis politiques, largement financés par l'État, ne se bornent plus seulement à concourir à l'expression du suffrage, ils revendiquent d'être des antichambres de la volonté générale et ce faisant de détenir une sorte de monopole de son orientation légitime. Et de fait, en l'orientant, ils contribuent à la faire. Comment alors ne pas songer aux lignes que le politologue italien Giovanni Sartori consacra, à la fin des années cinquante, à ce qu'il appelait « la représentation par les partis », c'est-à-dire la captation à leur profit de l'élaboration de la volonté générale : « Une vision réaliste de la représentation à notre époque nous fait donc constater un processus en deux étapes, ou même un processus coupé en deux : une relation entre les électeurs et leur parti, et une relation entre le parti et ses représentants. Et on soutient que la désignation des partis, autrement dit la cooptation par les partis, tend à être la véritable élection ; car si les électeurs choisissent le parti, les élus sont en fait choisis par le parti »³⁸. C'est désormais, en effet, aux partis politiques que les représentants doivent des comptes bien davantage qu'à leurs électeurs comme on le dit traditionnellement pour souligner les failles de la théorie représentative censée récuser tout « mandat

³⁸ « Les systèmes représentatifs », in *Théorie de la démocratie*, Armand Colin, coll. « Analyse politique », p. 392.

impératif ». Et en devant des comptes à leur parti, ils font allégeance à celui auquel ils doivent leur élection, quel que soit le mode de scrutin - et dont la proportionnelle n'a nullement le monopole contrairement à une idée aussi fausse que tenace comme l'atteste l'expérience française du scrutin majoritaire uninominal à deux tours - mais ils doivent aussi des comptes à ceux qui, groupes de pression en tous genre, les influencent au point parfois de renoncer à toute liberté dans l'élaboration de la loi. La boucle sera bouclée en faisant en sorte qu'entre deux élections, la volonté du peuple, anciennement volonté générale, soit mesurée par les sondages, sans plus même recourir à l'élection.

2. *Le poids des sondages*

C'est donc logiquement qu'ils vont s'imposer comme le moyen réputé le plus fiable pour mesurer une « opinion » entre deux élections. Parfois pour mesurer les effets d'une politique ; parfois pour connaître ses attentes ; d'autres fois encore pour tenter de l'influencer. Le concept vague d'opinion va lui-même se substituer à celui de peuple au point d'avoir la prétention de se dire volonté générale sans être loi. On a récemment dit toute l'ambiguïté de ces « avatars de la volonté générale » : « Les médias sont apparus à la fois comme *relais* et *support* de la volonté générale : il en va de même pour les sondages, et maintenant pour Internet »³⁹. Mais ils n'ont pu apparaître tels que parce que l'idée d'un peuple réel et réellement consulté avait été rendu possible par l'hypostasie du peuple électoral. Les sondeurs – et ceux qui commandent ou exploitent leur travail – ne se gêneront ainsi nullement pour affirmer ce que pense le peuple sur tel ou tel sujet qu'ils assimileront de bonne ou mauvaise foi à la volonté générale. Reste toutefois à déterminer le fondement de ce type de procédé commercial à venir concurrencer en fait les expressions institutionnalisées de la volonté du peuple, à commencer par les lois votées par les représentants du peuple ou celles – trop rares – qui lui sont directement imputées lorsque le corps électoral a été appelé à se prononcer sans leur intermédiaire par la voie du référendum. Car lorsqu'il est dit que « 75% des Français » se disent favorables à telle ou telle politique, se prononcent en faveur de telle ou telle mesure ou voteront pour telle ou telle personne, il est souvent perdu de vue que c'est là seulement le résultat d'un échantillon statistique extrapolé à l'ensemble d'une catégorie déterminée (les Français, les électeurs...) et non l'expression d'une volonté souveraine pouvant être imputée à un quelconque être juridique et de nature à pouvoir produire des effets de droit. L'ambiguïté n'en est pas moins savamment entretenue par sondeurs et médias sur la volonté qu'il exprime au point que le sondage se présente pour ce qu'il n'est pas : une forme virtuelle de volonté générale dont les prétendus titulaires ne peuvent exercer aucun contrôle sur la manière dont cette volonté, supposée être la leur, est découverte puis brandie comme preuve de « participation » et donc de « démocratie ».

Le sondage ne serait-il d'ailleurs finalement que l'ultime étape d'une privatisation de la volonté générale et d'un gouvernement représentatif qui ne serait plus même soucieux de convoquer les électeurs aux urnes, et plus encore, l'expression la plus achevée de la « commercialisation du politique » jadis évoquée par Georges Burdeau ?

³⁹ J.-M. Cotteret, *Les avatars de la volonté générale*, op. cit., p. 63.

*

**

Les évolutions électorales des modalités de l'énonciation de la volonté générale constituent moins un changement de structure du droit qu'un changement de perception de ces dernières. Il est donc difficile d'en rendre compte d'un point de vue juridique car si elles ont bouleversé le rapport à la notion de volonté générale, tout entière réduite à la manière dont elle est prétendument énoncée lors des élections, elles sont demeurées – à la complexe question du contrôle de constitutionnalité des lois près – dans le cadre des concepts traditionnels issus de la théorie révolutionnaire de l'État, sauf à considérer qu'il s'agit d'autres concepts de représentation et de volonté générale⁴⁰. Surtout, elles prospèrent sur l'ambiguïté du langage du droit politique qui, tout en usant des mots du langage commun, leur donne une signification fort différente. Elles traduisent, ce faisant, la tension permanente entre le droit et la politique.

Bruno Daugeron

Professeur à l'université Lumière Lyon 2

⁴⁰ Comme le suggère M. Troper dans le cadre d'une analyse à portée plus générale, « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C.-M. Herrera et A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Editions Kimé, 2012, p. 75-94.