

La constitution matérielle de la démocratie

Colloque “*Why Lefort Matters in 2021*”

ULB 23-24 septembre 2021

Si Claude Lefort compte et comptera encore en théorie politique au-delà de 2021, c’est sans conteste pour avoir montré que la démocratie est indissociable du conflit, que la compétition réglée pour le pouvoir procédait de l’irréductibilité de la division dans la société : « *l’aménagement d’une scène politique, sur laquelle se produit cette compétition, fait apparaître la division, d’une manière générale, comme constitutive de l’unité même de la société. Ou, en d’autres termes, la légitimation du conflit purement politique contient le principe d’une légitimité du conflit social sous toutes ses formes* »¹.

En définissant la démocratie par « *l’institutionnalisation du conflit* »², Lefort opère un déplacement décisif tant par rapport aux doctrines de la souveraineté populaire (inspirées de Rousseau) que par rapport aux théories libérales (héritières de Locke) : les premières, en visant l’élimination de toute hétéronomie entre gouvernants et gouvernés, recèlent, aux yeux de Lefort, un fantasme d’homogénéité et d’indivision du social dont se nourrit l’imaginaire totalitaire, tandis que les secondes, abusées par « *la croyance à la vertu d’un marché qui se réglerait de lui-même* »³, et visant à « *laisser à la société civile une pleine autonomie* », ont débouché sur une conception d’un « *l’État libéral (qui) s’est fait, en principe, le gardien des libertés civiles (...)* (mais qui), *dans la pratique, a assuré la protection des intérêts dominants, avec une constance que seule put ébranler la longue lutte de masses mobilisées pour la conquête de leurs droits* »⁴.

Lefort adresse donc un reproche similaire aux deux grands paradigmes de la démocratie : celui de refouler le conflit – qu’il s’agisse, à travers le mythe de la souveraineté populaire, de refouler le conflit sur l’axe politique (« vertical ») des rapports entre gouvernants et gouvernés (en supposant leur identité réalisable), ou, dans le cas du libéralisme, de refouler le conflit sur l’axe social (« horizontal ») des rapports entre classes sociales (en supposant la société composée de pures individualités conduites à l’harmonie par quelque « main invisible »).

Quant à ces deux aspects, Karl Marx agit chez Lefort comme un véritable « révélateur » : d’un côté, Lefort crédite Marx d’avoir mis au jour la réalité crue des rapports de domination et de la lutte des classes entre travailleurs et propriétaires (« *l’histoire des sociétés jusqu’à nos jours est l’histoire de la lutte des classes* ») ; mais d’un autre côté, sa pensée est aussi révélatrice d’une volonté d’édifier une société autonome cherchant à dépasser le conflit et à s’accomplir sous la forme de l’indivision (« *l’histoire des sociétés jusqu’à nos jours est l’histoire de la lutte des classes* »). S’il est essentiel, pour Lefort, de se défaire de cette illusion communiste d’un Peuple-Un, d’une société réconciliée avec elle-même, où il repère la matrice symbolique du totalitarisme, « *encore faut-il ne pas revenir en deçà de (la) pensée (de Marx)* »⁵ et de sa critique incontournable de la domination capitaliste.

¹ Claude Lefort, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, Seuil, 1986, p.28.

² *Ibid.*, p.27. Cf. aussi p.267.

³ Claude Lefort, « Libéralisme et démocratie », in *Le temps présent. Écrits 1945-2005*, Belin, 2007, p.750.

⁴ *Ibid.*

⁵ Claude Lefort, *L’invention démocratique*, Seuil, 1981, p.52.

Tout ceci est bien connu des lecteurs de Lefort. Je voudrais quant à moi m'interroger sur l'articulation entre les deux axes de la division sociale : l'hétéronomie irréductible sur l'axe politique des rapports gouvernants/gouvernés, d'un côté, et la lutte tout aussi irréductible entre classes sur l'axe des rapports sociaux, de l'autre côté. Si le champ politique est structuré par un *double* axe de conflictualité, cela signifie qu'il est en fait constitué non de deux mais de *trois* pôles de pouvoir irréductibles : les gouvernants, les propriétaires et tous ceux qui se trouvent en position de subalternité par rapport aux deux premiers⁶. Outre que cette triangulation dissout en effet toute illusion d'une homogénéité ou identité du « peuple », elle révèle que la division politique ne se joue pas dans l'élément de l'antagonisme « nous/eux » (comme le pensent par exemple Ernesto Laclau et Chantal Mouffe⁷) mais dans l'élément du tiers, de l'altérité. C'est ce que Lefort veut dire, sans doute, quand il écrit que dans la démocratie, « *la division sociale n'est définissable que pour autant qu'elle figure une division interne, qu'elle est prise dans un même milieu, une même chair (pour reprendre le mot de Merleau-Ponty)* »⁸, alors que par contraste, dans le totalitarisme, « *la division ne paraît plus constitutive de la société ; elle prend la figure d'une division externe, celle qui sépare la vraie société (...) de (ses) ennemis (...). Le principe d'une division, d'une altérité internes est aboli, tandis que l'autre se voit rejeté au-dehors* »⁹.

Lefort envisage une telle institutionnalisation du conflit comme une mutation d'ordre *symbolique* qu'il aborde grâce aux outils d'une phénoménologie de la chair et du corps. Avec la démocratie, le lieu du pouvoir devient en effet, selon Lefort, un *lieu vide*, au sens où il est interdit aux gouvernants de s'approprier, de s'incorporer le pouvoir. Les mécanismes de l'exercice du pouvoir demeurent, mais le lieu du pouvoir s'avère quant à lui infigurable. Or, cet effacement de toute autorité incontestée au sommet de l'État entraîne celle de l'unité substantielle de la société. Car si le pouvoir n'est plus incorporé dans une personne ou un groupe, la société ne peut plus se figurer elle-même comme un corps ; désormais les différenciations anthropologiques qui traversent les rapports sociaux cessent de paraître intangibles. Autrement dit, « *la démocratie s'institue et se maintient dans la dissolution des repères de certitude. Elle inaugure une histoire dans laquelle les hommes font l'épreuve d'une indétermination dernière, quant au fondement de la Loi, du Pouvoir et du Savoir, et au fondement de la relation de l'un avec l'autre, sur tous les registres de la vie sociale* »¹⁰.

Je voudrais explorer pour mon compte une autre voie compatible, j'en suis convaincu, avec la voie lefortienne : celle de la théorie du droit et plus précisément de la théorie de la constitution¹¹. À vrai

⁶ Dans un tableau à deux entrées, il y a en principe quatre pôles. Mais précisément, ce sont les mêmes groupes sociaux qui se trouvent en position de subalternité sur les deux axes, politique et social. Il est cependant essentiel de les distinguer, pour éviter les deux formes symétriques de réductionnisme contre lesquelles Lefort n'a cessé de lutter : le « juridicisme » libéral qui tend à immuniser les rapports politiques de tout empiètement du social, et l'économisme marxiste qui, inversement, fait de la politique (« superstructure ») le simple masque des rapports sociaux (« infrastructure »).

⁷ Ernesto Laclau, *La raison populiste* (2005), trad. J-P. Ricard, Seuil, 2008 ; Chantal Mouffe, *Agonistique. Penser politiquement le monde*, trad. D. Beaulieu, Beaux-Arts de Paris, 2014.

⁸ Claude Lefort, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, Seuil, 1986, p.257.

⁹ Claude Lefort, *L'invention démocratique*, Seuil, 1981, p.127.

¹⁰ Claude Lefort, *Essais sur le politique. XIX^e-XX^e siècles*, Seuil, 1986, p.299.

¹¹ Que le droit soit un phénomène éminemment symbolique est un thème qui a été exploré par de nombreux auteurs, notamment Pierre Legendre et Alain Supiot. Mais il faudrait certainement approfondir la question des rapports entre *institution* et *constitution* – ce qui nous mènerait naturellement à Castoriadis, dont la pensée entretient des liens aussi étroits que complexes avec celle de Lefort. Cf. Nicolas Poirier, *L'ontologie politique de Castoriadis* (Payot, 2011), en particulier le chapitre « Castoriadis et Lefort : le projet d'autonomie et le problème de la division sociale ».

dire, la piste qui va nous mener à l'idée de « constitution matérielle de la démocratie » a été arpentée par Lefort lui-même : c'est la piste machiavélienne, précisément irréductible aux paradigmes libéral et marxiste, et qui constitue, de ce fait, une forme parfaitement originale de « républicanisme »¹².

L'approche machiavélienne du politique tient en trois grandes thèses ultra-connues : (1) il faut envisager le politique *à la fois* du point de vue « d'en bas », celui du peuple, et du point de vue « d'en haut », celui du prince (axe politique)¹³ ; (2) « *dans toute République, il a deux partis : celui des grands et celui du peuple ; et toutes les lois favorables à la liberté ne naissent que de leur opposition* » (axe social) ; (3) le Prince est en position de tiers, d'arbitre entre le peuple et les grands (telle est sa fonction), mais il doit néanmoins prendre le parti du peuple (telle est sa vocation, et tel est aussi, du reste, son intérêt), de même que le peuple ne peut résister au désir de possession et de domination des Grands qu'en s'appuyant sur le pouvoir d'un Prince : « *une multitude sans chefs ne peut rien faire* »¹⁴.

Le résultat de ces trois thèses, c'est que « *les bonnes lois sont le fruit de ces agitations (tumulti) que la plupart condamnent si inconsidérément* »¹⁵.

De ces thèses machiavéliennes, la théorie de la constitution peut tirer trois conséquences. Premièrement, que la *forme* d'une constitution (monarchie, aristocratie ou démocratie) est indissociable de la *matérialité* des conflits qui la traversent, c'est-à-dire du jeu toujours ouvert entre les trois pôles de pouvoir que sont la force, la richesse et le nombre (le prince, les grands et le peuple). Toute constitution, de ce fait, est (deuxième conséquence) une constitution « mixte » qui distribue le pouvoir de manière variable entre chacun des trois pôles, avant de dégénérer et de céder la place à une autre constitution, selon un schéma « anacyclique » que Machiavel hérite de l'historien gréco-romain Polybe¹⁶. Toutefois (troisième conséquence), à la différence de Polybe, de Cicéron ou de Guichardin, Machiavel ne fait nullement de la constitution mixte un idéal, comme s'il existait un meilleur régime réalisant l'équilibre entre monarchie, aristocratie et démocratie. Machiavel, Lefort y insiste, abandonne l'idée même d'une société harmonieuse. Toute Cité est irréductiblement aux prises avec la triple matérialité que constituent le pouvoir de coercition du prince, le désir de posséder et de commander des Grands et le désir insurrectionnel du peuple de résister et ne pas être opprimé¹⁷.

¹² Contre le néo-républicanisme de Skinner ou Pocock, une lecture originale du Florentin, centrée sur le thème de la conflictualité sociale, a été rendue possible par ce que Serge Audier a appelé le « *moment machiavélien français* » porté par Aron et Merleau-Ponty, avant Lefort lui-même. Cf. Serge Audier, *Machiavel, conflit et liberté*, Vrin/EHESS, 2005.

¹³ Je fais allusion à la fameuse « Dédicace à Laurent de Médicis » du *Prince*, où Machiavel, se comparant à un peintre qui se place dans la plaine pour dessiner la montagne, et au sommet de la montagne pour dessiner les lieux d'en bas, énonce que « *pour connaître bien la nature des peuples (populi), il faut être prince (esser principe) ; et pour connaître bien celle des princes, il convient d'être du peuple (esser popolare)* ». A ce sujet, on lira l'interprétation subtile d'Étienne Balibar, « *Esser principe, esser popolare : l'épistémologie conflictuelle de Machiavel* », in *Passions du concept. Épistémologie, théologie et politique. Écrits II*, La Découverte, 2020.

¹⁴ *Ibid.* (I, 44), p.476.

¹⁵ *Ibid.* (I,4), p.390.

¹⁶ Sur la constitution mixte chez Machiavel, dans une perspective fortement inspirée par Lefort, cf. M. Gaille-Nikodimov, « A la recherche d'une définition des institutions de la liberté. La médecine, langage du politique chez Machiavel », in *Astérian. Philosophie, histoire des idées, pensée politique*, 1/2003.

¹⁷ « *La meilleure république – entendons celle dont les institutions ne sont pas vouées à se figer, tout au service d'une préservation d'une oligarchie, celle où il y a "le plus de vie" – ne donne pas une solution au problème politique. Elle se distingue bien plutôt par un abandon tacite de l'idée de solution, par l'acquiescement qu'elle fait à la division et, sous l'effet de celle-ci, au changement et, du même coup, par les chances qu'elle offre à l'action* ». Claude Lefort, *Écrire à l'épreuve du politique*, Calmann-Lévy, 1992, p.170 sq.

On objectera que cette théorie du gouvernement « mixte », même « conflictualisée » par Machiavel, n'est plus d'actualité depuis Montesquieu et Sieyès, qui lui ont substitué la seule polarité « État de droit » *versus* despotisme¹⁸. Je crois au contraire qu'il est opportun de réactiver le paradigme polybien-machiavélien, comme nous y invite Étienne Balibar dans *La Proposition de l'égaliberté*, où il commence par souligner ce qui sépare les constitutions anciennes, qui étaient en effet des constitutions matérielles « centrées sur la distribution des droits entre les catégories de la population, (...) la définition des pouvoirs et des contre-pouvoirs » (et Balibar de faire référence au tribunat de la plèbe de la constitution romaine « sur lequel a tant réfléchi Machiavel »), d'un côté, et les constitutions modernes, « rédigées dans le langage du droit, ce qui correspond – comme l'a bien vu le positivisme juridique – à l'autonomisation de l'État et à son monopole de représentation de la communauté »¹⁹, d'un autre côté. Mais Balibar poursuit en soulignant le potentiel critique indéniable que recèle l'idée de « constitution matérielle » pour analyser l'évolution de nos États durant le XX^e siècle, et les enjeux qui se posent à eux aujourd'hui. Dans un texte de 2015 intitulé « Pseudo-fédéralisme et moment constituant »²⁰, contemporain du *diktat* budgétaire imposé par l'Europe à la Grèce de Tsipras, Balibar convoque le concept de « constitution matérielle » pour interroger les propositions de Jürgen Habermas visant à doter l'Europe d'une constitution démocratique similaire à celle présente à l'intérieur des États²¹. C'est en partant d'une définition très classique de la démocratie comme autonomie des citoyens, et de l'État démocratique comme condition d'effectivité de cette autonomie, que Habermas aboutit à son projet de constitution de l'Europe. En effet, l'État-nation n'étant plus aujourd'hui en mesure d'appréhender des phénomènes globaux tels que les risques écologiques, la mobilité des capitaux, les entreprises globales, les mouvements migratoires, etc., la seule manière de rendre effective l'autolégislation, donc la démocratie, est de construire un système politique démocratique à l'échelle internationale.

Balibar, lui aussi européen convaincu, ne remet pas en cause le projet fédéraliste habermassien. Il lui reproche néanmoins « une vision très formelle de la démocratie » « imaginée sur le seul plan constitutionnel, abstraction faite des intérêts et des forces sociales qui donnent leur contenu aux institutions »²². Selon Balibar, Habermas se berce d'illusions en pensant que la citoyenneté européenne pourrait, « du seul fait que certaines formes institutionnelles sont mises en place », orienter les politiques européennes dans une autre direction que celle actuellement imposée par la gouvernance néolibérale²³. Le discours de Habermas, écrit Balibar, « jette une sorte de voile d'ignorance sur les conflits d'intérêts qui structurent la constitution matérielle de l'Europe actuelle et qui traversent les nations elles-mêmes »²⁴. En d'autres termes, « nous n'avons pas seulement besoin d'un projet constitutionnel mais d'un moment constituant où les alternatives viennent au jour et s'affrontent comme telles dans la sphère publique »²⁵.

¹⁸ Sur le changement de signification du mot de constitution au XVIII^e, et le rôle de « pivot » de Montesquieu, cf. Olivier Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, Autour de la notion de Constitution, n°3, 2009.

¹⁹ Étienne Balibar, *La proposition de l'égaliberté. Essais politiques 1999-2009*, PUF, p.22.

²⁰ Repris in Étienne Balibar, *Europe, crise et fin ?*, Le Bord de l'Eau, 2016.

²¹ Jürgen Habermas, *La constitution de l'Europe* (2011), Gallimard, 2012. Pour une présentation critique du constitutionalisme habermassien, cf. Pierre Auriel, « La démocratie au-delà de l'État. La nécessité d'une constitution internationale et européenne dans l'œuvre de Jürgen Habermas », *Jus Politicum* n°19, janvier 2018.

²² Étienne Balibar, *Europe, crise et fin ?*, Le Bord de l'Eau, 2016, p.217.

²³ Pour dénoncer cette gouvernance, Habermas a forgé une délicieuse expression : « *postdemokratischer Exekutiv-föderalismus* » (« exécutif fédéral post-démocratique »).

²⁴ Étienne Balibar, *Europe, crise et fin ?*, Le Bord de l'Eau, 2016, p.218.

²⁵ *Ibid.*, p.219.

Cette expression « moment constituant », Balibar l'emprunte au philosophe italien Sandro Mezzadra²⁶. Celui-ci observe que, malgré l'échec du projet de Traité constitutionnel de 2004, il y a bien une constitution de l'Europe, qui est une constitution *matérielle* au sens d'un ensemble mobile et conflictuel d'institutions et de règles situés à des niveaux juridiques différents (traités, directives, arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne, etc.) – constitution dont « l'auteur » (le « pouvoir constituant ») est lui-même un composé mobile et conflictuel d'acteurs publics et privés, nationaux et transnationaux. Sur cette base, Mezzadra propose une reconstruction de l'histoire de l'Europe depuis 1945 en trois grands « moments constituants ».

Le premier moment constituant européen, au sortir de la seconde guerre mondiale, pose les conditions de la mise en place de l'État social (sécurité sociale ; droit du travail ; services publics) et des leviers nécessaires à leur développement (régulation keynésienne de la monnaie, du crédit et de l'investissement ; redistribution *via* la fiscalité ; mécanismes de concertation sociale)²⁷. Cette constitution « social-démocrate », dont l'objectif est la démarchandisation des conditions de toute existence épanouie, est de facture typiquement machiavélienne, qui s'appuie à la fois sur les mouvements sociaux d'en bas (« le peuple ») et l'intervention de l'État d'en-haut (« le prince ») pour maîtriser les marchés (« les Grands »). Mezzadra utilise d'ailleurs l'expression forgée par Balibar pour décrire cette « démocratie conflictuelle » : « le Théorème de Machiavel », dont l'énoncé est le suivant : « *c'est dans la mesure où les luttes de classes (qui forment le noyau ou – à d'autres égards – le modèle d'un ensemble de mouvements sociaux) conduisent la « communauté » au point de rupture (ou au bord de la dissolution) qu'elles contraignent le pouvoir de l'État (et les classes dominantes) à l'inventivité institutionnelle, à laquelle elles fournissent en retour une matière non pas simplement « sociale » mais proprement politique* »²⁸ ;

Le deuxième moment constituant est le « tournant néo-ordo-libéral »²⁹, dès l'entame des années 1970³⁰. Ici, la constitution matérielle prend la forme d'une « *constitution économique* »³¹ dont l'idée directrice est que l'organisation juridique des rapports de production, d'échange et de propriété ne peut relever de l'autonomie du corps politique, mais doit être régie par des principes extérieurs (les « lois du marché » prétendument naturelles) qu'il faut pouvoir opposer, si nécessaire, à la volonté démocratique³². Le paradoxe évident, mais parfaitement assumé, est que cette sanctuarisation du marché à distance du politique suppose un processus lui-même éminemment politique de

²⁶ Sandro Mezzadra, « Seizing Europe. Crisis management, constitutional transformations, constituent movements » (2013) disponible en anglais sur le site « Euronomadé » : <http://www.euronomadé.info/?p=462>.

²⁷ Édouard Delruelle, *Philosophie de l'État social. Civilité et dissensus au XXI^e siècle*, Kimé, 2020.

²⁸ Étienne Balibar, *L'Europe, l'Amérique, la guerre. Réflexions sur la médiation européenne*, La découverte, 2005, p.127.

²⁹ Au sein d'une énorme littérature sur le sujet, rappelons, dans le seul champ français, la divergence cruciale entre ceux qui estiment que les doctrines ordo-libérales (Eucken, Röpke, Böhm) et néolibérales (Hayek, von Mises, Friedmann) sont intrinsèquement plurielles (S. Audier, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Grasset, 2012 ; Cl. Mongachou, « Les difficultés d'une interprétation ordolibérale de la constitution micro-économique de l'Union européenne », in G. Grégoire et X. Miny, *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2022) et ceux pour qui elles participent d'une même rationalité, irréductible au libéralisme classique (P. Dardot et C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la nouvelle société néolibérale*, La découverte, 2009).

³⁰ Mezzadra identifie 1973 comme l'année symbolique d'entrée en scène historique du néolibéralisme. Cette année-là, le Président Nixon décide de mettre fin à la parité or-dollar, et ordonne à la CIA de fomenter le coup d'État de Pinochet au Chili.

³¹ G. Grégoire et X. Miny, *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2022.

³² G. Grégoire et X. Miny, « Introduction : la « constitution économique » : approche contextuelle et perspective interdisciplinaires », in *The Idea of Economic Constitution in Europe. Genealogy and Overview*, op. cite.

constitutionalisation à la fois interne aux ordres juridiques étatiques et liant ceux-ci à travers toute une série de traités internationaux – un double processus qui se révèle à l'état chimiquement pur dans la construction européenne.

Mezzadra montre bien que les politiques néolibérales, bien qu'adoptées dans le respect des « formes » démocratiques, affectent pourtant directement la substance, le *cadre* même de la démocratie. Que l'on songe au transfert de la régulation de l'économie vers les marchés financiers ou des organismes (telle la BCE) soustraits à tout contrôle politique, ou au « *principe de subsidiarité* » dont l'application principale consiste à cantonner la négociation des politiques sociales au niveau national, cependant que la politique monétaire était portée au niveau fédéral, etc. Une constitution néo-ordo-libérale a donc été substituée à la constitution social-démocrate de « 45 », avec pour conséquence non la destruction pure et simple des institutions de protection sociale, mais leur remarchandisation forcée : privatisation des services publics ; dérégulation du droit du travail³³ ; dénaturation de la sécurité sociale (réforme des retraites, dégressivité des allocations de chômage, approche gestionnaire des soins de santé).

La constitution ordo-néolibérale n'est-elle pas aujourd'hui entrée à son tour dans une crise systémique ? Pour affronter et surmonter cette crise, je pense, comme Mezzadra (et Balibar), que nous avons moins besoin aujourd'hui, pour l'Europe, d'une constitution formelle que d'un nouveau « *moment constituant* » qui condenserait en un « bloc historique » les mouvements « d'en bas » (mouvements sociaux, climatiques, féministes, décoloniaux, etc.) et des forces « d'en haut » (pouvoir de régulation et de coercition de l'État) pour ébranler la toute-puissance des marchés³⁴.

Si sa pertinence *politique* est évidente, le concept de constitution matérielle souffre cependant d'un déficit d'élaboration *théorique*, même s'il fait aujourd'hui l'objet de recherches de plus en plus nombreuses et diverses, tel l'ouvrage collectif *La constitution matérielle de l'Europe* (sous la direction de Cécile Jouin)³⁵ ou les travaux pionniers de Marco Goldoni³⁶, qui se situent eux-mêmes dans le sillage du courant britannique du *Political Constitutionalism*³⁷. Le même auteur a récemment coordonné un imposant *Cambridge Handbook of the Material Constitution*³⁸. Sans avoir la prétention

³³ Ainsi les trois arrêts fameux de la Cour de justice de l'Union Européenne de 2007-2008 (Viking, Laval et Rüffert) qui consacrent de manière particulièrement brutale la primauté des droits du marché sur le droit du travail.

³⁴ Erik Olin Wright a théorisé ce double mouvement sous le terme « stratégie de l'érosion » dans son ouvrage posthume, *Stratégies anticapitalistes pour le XXI^e siècle*. trad. de l'anglais Ch. Jacquet et R. Toulouse. Postface de L. Jeanpierre, La Découverte, 2020.

³⁵ Céline Jouin, *La constitution matérielle de l'Europe*, Éditions Pedone, 2019.

³⁶ On lira en priorité l'article séminal de Marco Goldoni & Michael A. Wilkinson, "The Material Constitution", in *Law, Society Economy Working Papers*, 20/2016 (disponible www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm and the Social Sciences Research Network electronic library at: <http://ssrn.com/abstract=2875774>). Cf. aussi : M. Goldoni and Ch. McCorkindale, "Three Waves of Political Constitutionalism"; M. Croce & M. Goldoni, "The Legacy of Pluralism", *The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford University press, 2020; LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2022; M. Goldoni, "The Material Study of Global Constitutional Law: A Preliminary Analysis"; "The materiality of political Jurisprudence"

³⁷ JAG Griffith, 'The Political Constitution' (1979), LSE Archive, *Modern Law Review*; Martin Loughlin, "The Political Constitution Revisited", LSE Law, *Society and Economy Working Papers* 18/2017 ; Richard Bellamy, "The Democratic Constitution: Why Europeans Should Avoid American Style Constitutional Judicial Review", 4th *Martin Hollis Memorial Lecture* (disponible sur internet).

³⁸ Marco Goldoni & Michael A. Wilkinson (éds.), *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge University Press, 2023.

d’embrasser une aussi riche documentation, je vais me contenter de poser quatre jalons en vue d’une théorie de la constitution matérielle.

Premier jalon : il convient tout d’abord de sortir le concept de « constitution matérielle » de l’usage restrictif qu’en font les juristes, chez qui il n’est que le corrélat de celui de « constitution formelle ». Dans une perspective kelsénienne classique, on entend en effet par constitution formelle *le sommet de la hiérarchie* des normes, la loi suprême à laquelle toutes les autres règles doivent être conformes ; et par constitution matérielle, l’ensemble des normes qui sont considérées comme *fondamentales* pour un ordre juridique donné. Théoriquement, la constitution formelle recoupe la constitution matérielle, mais la coïncidence n’est jamais totale et ne peut pas l’être. Outre le cas de pays qui ne disposent pas de constitution formelle proprement dite (comme le Royaume-Uni), il existe des règles constitutionnelles qui ne sont pas fondamentales (par exemple un article de la Constitution stipule que les Parlementaires ont droit à la gratuité des transports publics), comme il existe (et ceci est plus intéressant pour notre propos) des normes tout à fait fondamentales pour l’organisation de la société, qui ne figurent pourtant pas dans le texte constitutionnel. Ainsi « *le droit à la sécurité sociale* » est certes garanti par l’article 23 de la Constitution belge, mais sans que ses institutions proprement dites (leurs structures, leurs finalités) soient seulement mentionnées dans le texte constitutionnel. La sécurité sociale, véritable « institution de la démocratie »³⁹, dont le budget absorbe 30% du PIB, repose en fait juridiquement que sur de simples lois, qu’un simple vote du Parlement suffirait à abroger.

Pour autant, il ne s’agit pas de nier purement et simplement la validité de l’usage kelsénien de « constitution matérielle »⁴⁰. C’est pourquoi je suis sans réserve Céline Jouin quand elle propose de « *distinguer constitution matérielle au sens de la structure réelle du pouvoir (sens 1) et au sens de l’élément matériel de la constitution (sens 2)* ». Ce second sens, celui des juristes, désigne les contenus considérés comme constitutionnels (à titre principal : la séparation des pouvoirs et le catalogue des droits fondamentaux), tandis que le premier sens « *désigne l’équilibre des pouvoirs, des corps sociaux et politiques et le conflit réglé des classes et des acteurs politiques. Il renvoie à la distribution réelle des pouvoirs, au diagramme des rapports entre « pouvoir de fait » et « pouvoir légitime », par-delà les constitutions écrites* »⁴¹. La crise politique aiguë ouverte par la réforme des retraites d’Emmanuel Macron a justement révélé l’écart béant qui existait entre la constitution *formelle*, dont le gouvernement s’est autorisé pour recourir au « 49.3 », et la constitution *matérielle* (au sens 1 décrit plus haut) implicitement invoquée par ses opposants pour pointer l’illégitimité sociale de ladite réforme⁴². Pour parler dans les termes de Hegel, ce qui est « constitué » *matériellement* à travers des institutions comme celles de l’État social relève moins des normes écrites (*Konstitution*) que de l’ordre concret ressaisi dans le temps long de l’histoire politico-constitutionnelle (*Verfassung*).

³⁹ Colette Bec, *La sécurité sociale. Une institution de la démocratie*, Gallimard, 2014.

⁴⁰ Lars Vinx, VINX Lars, “Hans Kelsen and the Material Constitution of Democracy”, in *Jurisprudence*, 12 (4): 466-490, 2021.

⁴¹ Céline Jouin, « La constitution matérielle de l’Europe. Par-delà le pouvoir constituant », *Noesis*, 30-31/2018, p.391-407.

⁴² Comme le dit Pierre Rosanvallon, « *si le gouvernement peut invoquer la légitimité procédurale née de l’élection, il ne peut invoquer celle « sociale », fondée sur l’intérêt général* ». (« Le débat sur la réforme des retraites est le signe d’un ébranlement de notre démocratie », in *Le Monde*, 24 février 2023).

Deuxième jalon : si toute constitution matérielle se joue dans la triangulation dynamique entre gouvernants, propriétaires et subalternes (« prince », « grands », « peuple »), c'est qu'elle est forcément toujours une constitution mixte, tantôt plutôt *démocratique* (alliance du « prince » avec le « peuple »), tantôt plutôt *oligarchique* (alliance du « prince » avec les « grands »)⁴³. À la typologie libérale dominante, qui ne connaît en fin de compte que l'opposition « État de droit » *versus* « régimes autoritaires », on substituera donc l'opposition « démocratie » *versus* « oligarchie », dans une veine machiavélienne aujourd'hui réactivée de façon particulièrement féconde⁴⁴ – une veine que l'on pourrait toutefois faire remonter à Aristote lui-même⁴⁵. Le caractère mixte ou mélangé de toute constitution matérielle exige du coup que l'on adopte une approche résolument « post-révolutionnaire », c'est-à-dire que l'on abandonne tout horizon de résolution finale des conflits sociaux⁴⁶. On rejoint donc ici à nouveau Lefort dans sa tentative de se déprendre à la fois du libéralisme et du marxisme.

Troisième jalon : une telle approche en termes de « constitution matérielle » met au jour une dimension de la démocratie irréductible à ses définitions « classiques » comme État de droit (libéralisme) et/ou souveraineté populaire (républicanisme). Selon la métaphore de la démocratie comme jeu (qu'on retrouve par exemple chez Kelsen⁴⁷ et Bobbio⁴⁸), les institutions de État de droit répondent à la question « *quelles sont les règles du jeu ?* », « *comment joue-t-on ?* » (c'est-à-dire : *comment gouverne-t-on ?*), tandis que les institutions de la souveraineté populaire répondent à la question : « *qui sont les protagonistes du jeu ?* », « *qui est autorisé à jouer ?* » (c'est-à-dire : *qui gouverne ?*)⁴⁹. Mais une analyse en termes de constitution matérielle soulève une troisième question : « *à quel jeu joue-t-on ?* », « *quel est le but du jeu ?* » (c'est-à-dire : « *pourquoi gouverne-t-on ?* »). Tel est l'enjeu de tout « pacte social », comme de toute révolution ou contre-révolution : définir ou redéfinir le « jeu de société » auquel on joue, c'est-à-dire la fin politique que s'assigne la collectivité, les enjeux et défis qu'elle se lance à elle-même. Évidemment, cette élaboration collective est le produit d'un rapport de forces.

Cette « troisième dimension » de la démocratie, qui en constitue la matérialité même, est soigneusement occultée par le libéralisme qui ne désire nullement que soit mis en question « le jeu » auquel nous jouons depuis deux siècles : le capitalisme ... Le cœur du constitutionnalisme libéral, c'est la scission formellement exigée entre les sphères de l'État et de la société civile – scission dont le but n'est pas tant de protéger les droits fondamentaux des individus contre l'arbitraire de l'État, que d'immuniser le marché de toute interférence politique.

⁴³ Ce qui correspond tendanciellement aux deux « moments constitutifs » européens identifiés par Mezzadra : la constitution « social-démocrate » (le « pacte de 45 ») puis la constitution « néolibérale » (la « contre-révolution ordo-néo-libérale de « 73 »).

⁴⁴ Entre autres Camila Vergara, *Systemic Corruption. Constitutional Ideas for an Anti-Oligarchic Republic*, Princeton University Press, 2020 ; J. Fishkin & W.E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Harvard University Press, 2022. Toutefois, on ne négligera pas les avertissements quant à la possibilité d'appliquer le concept de constitution mixte à la période contemporaine (cf. Antonio Rivera García, « La constitution mixte : un concept prémoderne pour le XXI^e siècle ? », Conferencia pronunciada en el Workshop *Rhetoric, Ethics and Politics*, celebrado en la University of Jyväskylä (Finlandia), 15-16 Agosto de 2011 (disponible sur Internet).

⁴⁵ « *Car la politie (politeia) c'est, en somme, un mélange d'oligarchie et de démocratie* » (Aristote, *Politique*, IV, 7-8 (1293 b 27 – 94 a 11), trad. J. Aubonnet, Les Belles Lettres / Gallimard, 1993, p. 131.

⁴⁶ Olga Bashkina, « Constituent Power(s) in a Dualistic Democracy », Symposium on Constituent power, 41/2020.

⁴⁷ Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur* (1932), trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 2004

⁴⁸ Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie* (1984), trad. S. Gherardi et J-L. Pouthier, Seuil, 2007.

⁴⁹ Commentant la théorie de la démocratie de Bobbio, André Tosel use de cette métaphore dans *Démocratie et libéralismes*, Kimé, 1995, p.157.

Pourtant la question ne cesse de faire retour, notamment chez les auteurs soucieux d'articuler les trois dimensions – je songe à Bobbio, qui part d'une définition « classique » de la démocratie comme État de droit et comme souveraineté du peuple, mais qui a beaucoup insisté sur le fait que l'enjeu crucial pour la démocratie n'était pas le passage de la démocratie indirecte à la démocratie directe, mais le passage de la « *démocratie politique* » à la « *démocratie sociale* », autrement dit l'extension du jeu démocratique à d'autres sphères que la sphère proprement politique – en priorité celles de la bureaucratie et de l'entreprise ⁵⁰.

Sur un plan plus généalogique, il faudrait aussi réinvestir, sous l'angle de la constitution matérielle, les débats autour de la Constitution de Weimar, dominés par la confrontation entre Kelsen et Schmitt⁵¹. Ce qui se joue entre le « normativisme » du premier et le « décisionnisme » du second, c'est bien la question de l'effectivité matérielle de la constitution, qu'ont cherché à thématiquer, à l'aide d'une conceptualité très proche de ce que j'entends ici par constitution matérielle, des auteurs comme Hermann Heller, constitutionnaliste allemand de tendance social-démocrate et surtout Costantino Mortati, juriste italien proche du fascisme (avant de rejoindre opportunément la démocratie chrétienne dès la chute du régime). Son maître-ouvrage, *La costituzione in senso materiale* (1940)⁵² (non traduit) se propose explicitement d'explorer « *la zone grise entre droit et politique* », ce lieu où les forces sociales dominantes fixent la « *fin politique* » (« *fine politico* ») de tout ordre juridique ⁵³.

Quatrième et dernier jalon : l'apport du marxisme à la théorie de la constitution matérielle – et vice et versa⁵⁴. La transition avec le point précédent est facile, puisque Mortati est un auteur dont s'inspire ouvertement Antonio Negri dans *Le pouvoir constituant*, ouvrage qui érige Machiavel (avant Spinoza et Marx) en théoricien fondateur du pouvoir constituant tel que Negri le conçoit : « *force qui fait irruption, qui coupe, interrompt, écartèle tout équilibre préexistant et toute possibilité de continuité* »⁵⁵, force indomptable, irréductible à tout ordre étatique, constitutionnel. Pour Negri, le rapport de la « Multitude » à la constitution ne peut être que celui de la tension, de la crise – de la révolution. D'où chez lui le rejet de toute constitution « mixte » (sinon comme schéma permettant de décrire

⁵⁰ Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie* (1984), trad. S. Gherardi et J-L. Pouthier, Seuil, 2007

⁵¹ Cf. à ce sujet Marco Goldoni, « From Structure to Integration : The trajectory of the Material Constitution », in Céline Jouin, *La constitution matérielle de l'Europe, op. cit.*, pp.29-48. On pourrait montrer que chez Kelsen, la question de la constitution matérielle (à quel jeu joue-t-on ?) est constamment rabattue sur celle de l'État de droit (quelles sont les règles du jeu ?), tandis que chez Schmitt, à l'inverse, elle est rabattue sur la souveraineté populaire (qui joue ?) (l'identité d'un peuple étant indissociable chez lui de la discrimination amis/ennemis).

⁵² Costantino Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè Editore, Milano, 1998. Il existe très peu de littérature secondaire en langue française. On lira l'article (à charge) de Franck Laffaille, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati. La « zone grise » du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n°7, 2012 ; et l'article (plutôt à décharge) de Giacinto Bisogni, « L'actualité de la pensée de Costantino Mortati et la constitution matérielle de l'Union européenne », in Céline Jouin, *La constitution matérielle de l'Europe, op. cit.*, p.49-60. En langue anglaise, cf. l'article nuancé et très complet de Lucia Rubinelli, « Costantino Mortati and the idea of material constitution », *History of Political Thought* n°40, p.515-546.

⁵³ La constitution matérielle, selon Mortati, est constituée de deux éléments fondamentaux : (1) la fin politique qui définit le contenu de la constitution et (2) l'ensemble des éléments normatifs fondamentaux qui dessine les contours de ce contenu essentiel. « *La constitution matérielle, écrit-il, n'indique pas seulement les objectifs à atteindre, mais exprime aussi la pertinence des valeurs du groupe dominant et crée une organisation visant à leur maintien* » (*La Costituzione in senso materiale, op. cit.*, p. 206).

⁵⁴ M. Goldoni, « The Tradition of the Material Constitution in Western Marxism », in M. Goldoni and M. A. Wilkinson (eds) *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, Cambridge University Press, 2023, p. 100-112.

⁵⁵ Antonio Negri, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité* (1992), trad. É. Balibar & F. Matheron, PUF, 1997, p.15.

le fonctionnement de « l'Empire » capitaliste ⁵⁶), et partant, le rejet de toute triangulation au profit d'un pur affrontement dual entre les forces de la multitude et les forces de l'Empire. En dépit de son intérêt majeur, une telle conception s'expose cependant au reproche adressé par Lefort au communisme en général, celui de ne concevoir la lutte des classes que dans l'horizon d'une société réconciliée avec elle-même ⁵⁷.

C'est pourquoi dans le champ du marxisme, les deux auteurs les plus proches de la voie que j'explore ici sont (sans surprise ...) Nicos Poulantzas et Antonio Gramsci⁵⁸. Chez Poulantzas, je songe à sa définition suggestive de l'État comme « *champ stratégique* », comme « *condensation matérielle d'un rapport de forces entre les classes* »⁵⁹, qui entraîne (à rebours d'auteurs comme Negri précisément) une ontologie triangulaire et non dual du politique – puisque l'État est crédité chez lui d'une réelle autonomie par rapport au doublet capital/prolétariat. Une même ontologie est à l'œuvre, à l'évidence, dans la pensée de Gramsci. Impossible de s'attaquer ici à ce « monstre » de la pensée politique moderne. J'ouvre néanmoins brièvement, en guise de conclusion, trois pistes de réflexion et de recherche :

- 1) À travers le concept d'« *hégémonie* », Gramsci désigne la forme que prend toute domination quand elle se *stabilise* en un composé variable de coercition et de consentement qui se cristallise à la fois dans l'État *stricto sensu* (pour ce qui est de la coercition) et des éléments de la société civile (pour ce qui est du consentement). C'est ce que Gramsci appelle « *l'État intégral* », qui correspond assez exactement à ce que j'entends par constitution matérielle (ou Hegel, par *Sittlichkeit*). Sous cet angle, je pense qu'on tirerait profit à relire Gramsci avec des lunettes moins orientées vers la théorie de la culture et des discours ⁶⁰, et davantage vers la théorie du droit et la théorie de la constitution. On dispose, je crois, de solides arguments pour aller dans ce sens ⁶¹ ;
- 2) Du concept de « *bloc historique* » ensuite, l'approche machiavélique du politique a tiré l'idée d'un double mouvement (que Balibar nomme le « Théorème de Machiavel ») à la fois par le bas (lutte « spontanée » des subalternes) et par le haut (élaboration « intellectuelle » d'une conscience critique et d'une nouvelle conception du monde) pour arriver à une « *direction consciente* » du mouvement d'émancipation. Mais il faudrait montrer qu'un bloc historique n'est pas seulement une alliance de classes mais aussi l'unité organique qui se réalise à chaque époque entre économie, politique et culture, c'est-à-dire entre infrastructure et superstructure. Ma thèse, ici aussi, est que cette unité organique est de nature juridique, constitutionnelle, et non « idéologique » (comme une lecture superficielle de Gramsci peut y conduire)⁶² ;
- 3) Enfin, les passages ultra-célèbres sur le « *Prince moderne* » ne laissent pas de doute sur la filiation machiavélique de Gramsci, ni sur la nécessité de répondre, comme Justine Lacroix et Jean-

⁵⁶ Michael Hardt & Antonio Negri, *Empire*, trad. D-A. Canal, Exils, 2000, p.371-393.

⁵⁷ Cette critique sera reprise par Chantal Mouffe in « Communisme et démocratie radicale », *Actuel Marx*, n°48, 2010, « Communisme ? »

⁵⁸ Panagiotis Sotiris, « Le dialogue continu de Poulantzas avec Gramsci », *revueperiode.net*

⁵⁹ Nicos Poulantzas, *L'État, le pouvoir, le socialisme* (1978), Prairies Ordinaires, 2013, p.191.

⁶⁰ C'est la voie dans laquelle se sont engouffrés les *Cultural Studies*, *Postcolonial Studies*, *Subaltern Studies*, etc. Il est vrai que Gramsci lui-même, linguiste de formation, y invitait.

⁶¹ Geminello Preterossi, « La pensée gramscienne du droit dans les *Cahiers de prison* », in « Marx et le droit », *Droit & Philosophie*, n°10, novembre 2018 n° coordonné par J. Couillerot, É. Djordjevic, M. Plouviez et S. Tortorella ; Douglas Litowitz, « Gramsci, Hegemony and the Law », *Brigham Young University Law Review*, 2000/515.

⁶² A ce sujet, l'article éclairant de Panagiotis Sotiris, « Gramsci et la stratégie de la gauche contemporaine : le « bloc historique » comme concept stratégique », trad. Y. Douet et A. Feron, disponible sur *revueperiode.net*.

Yves Pranchère nous invite à la fin du *Procès des droits de l'homme*, à « la question de savoir comment constituer et réguler une démocratie au-delà des mouvements insurrectionnels »⁶³. Au moins l'image du Prince-centaure donne-t-elle une indication sur la double nature de toute politique, celle d'être à la fois un tiers, un arbitre (ce que Machiavel appelle « *commander par les lois* ») et un parti, un protagoniste (« *commander par la force* »). C'est de cette dualité ou dialectique que le concept de constitution matérielle essaie aussi de rendre compte.

On l'aura compris, le concept de « constitution matérielle » présente un intérêt politique autant que théorique. Il peut nous permettre de nous orienter dans la « *crise organique* » actuelle du néolibéralisme – double crise : crise de la *dette* (qui révèle la contradiction *économique* mortifère du capitalisme, entre compression des salaires et besoin d'une demande solvable pour la consommation) et crise de *l'anthropocène* (qui révèle une seconde contradiction mortifère du capitalisme, *écologique* cette fois : la destruction de ses propres conditions environnementales de possibilité). Cette crise ne pourra être surmontée que si l'on prend la mesure qu'il s'agit d'une crise *constitutionnelle*, qui remet en cause les « pactes sociaux » fondamentaux sur lesquels repose notre société, à commencer par ce pacte que Pierre Charbonnier appelle le « Pacte liberté-abondance » qui, depuis deux siècles, fait de la croissance intensive et extensive le véhicule de l'émancipation politique⁶⁴. La remise en question de ce pacte représenterait bel et bien un moment constituant, dont l'enjeu est clair : soit l'objectif d'abondance se poursuit, mais au détriment de la liberté du plus grand nombre : c'est ce que cherchent à imposer les « *élites obscurcissantes* » (Bruno Latour) à travers une constitution matérielle oligarchique (alliance du « prince » et des « grands ») ; soit le projet de liberté et d'émancipation pour le plus grand nombre est maintenu, à condition de renoncer au rêve d'abondance, en réinventant la liberté dans une relation socialisatrice et durable avec le monde matériel, à travers une constitution matérielle démocratique (alliance du « prince » et du « peuple »

...

Je suis convaincu que soulever cette question en termes de constitution matérielle est la plus pertinente, en ce qu'elle évite à la fois le mirage techniciste et la pente moralisatrice à travers lesquels les enjeux contemporains sont souvent abordés. Une telle perspective résolument *politique* est assurément en consonance avec la pensée de Claude Lefort ...

⁶³ Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme européen*, Seuil, 2016, p.320.

⁶⁴ Pierre Charbonnier, *Abondance et liberté. Une histoire environnementale des idées politiques*, La Découverte, 2020.