

**CRISE POSITIVISTE ET RENOUVEAU SOCIOLOGIQUE DU DROIT  
CONSTITUTIONNEL. ( d' autres droits constitutionnels )  
Bernard Cubertafond, professeur de droit public à Paris 8.**

**Plan :**

**1- Le déclin – consécration du droit constitutionnel**

A- Consécration

- un droit débattu
- un droit authentique
- un droit dominant

B- Relégation

- les constitutionnalistes expulsés
- le droit constitutionnel débranché
- le droit constitutionnel désacralisé

**II- L'érosion du droit constitutionnel républicain**

A- La souveraineté dégradée

B- La nation démythologisée

C- Les représentants supplantés

D- La constitution déstabilisée

- Norme suprême ?
- Contrat social ?
- Norme explicite ?

E- L'Etat délégitimé

**III- Les nouveaux territoires du droit constitutionnel**

A- Les nouveaux grands récits fondateurs

B- La souveraineté préalable

C- L'interprétation créatrice

D- La subordination gouvernementale

- L'éparpillement institutionnel et normatif
- Les nouvelles contraintes

**IV- Pour un droit constitutionnel influent mais impur**

A- Le droit constitutionnel diversifié

B- Le droit constitutionnel banalisé

## TEXTE

Malaise dans le droit constitutionnel ? Pour beaucoup l'idée est absurde et il faudrait plutôt constater sa vitalité, voir le dynamisme de l'Association Française de Droit Constitutionnel, les colloques internationaux, les revues vivantes, l'ouverture et le rayonnement international, les nombreux ouvrages et traités témoignant de la variété et des transformations de la discipline, les maîtres internationalement reconnus, le champ d'étude élargi au contentieux constitutionnel, au droit comparé et à la théorie du droit ? Tel est, d'ailleurs, le constat très positif, du président de l'association française des constitutionnalistes (1).

Mais on peut aussi discerner, plutôt en dehors du milieu, dans la société, des signes inquiétants d'inadéquation de ses habituels canons et concepts. Le droit constitutionnel ne vivrait-il pas aujourd'hui une situation paradoxale de consécration juridique et de relégation, de succès académique et de désamour politique et social conduisant à s'interroger sur ses fondements ?

On objectera sans doute qu'il ne faut pas confondre un malaise personnel, déjà plusieurs fois exprimé, par rapport à la recherche et à l'enseignement en droit et par rapport au positivisme dominant (2), avec une crise réelle de la discipline : inadaptation d'un chercheur et non d'une discipline ? Écoutons quand même les alarmes pour redire qu'elles sont, décidément, infondées. Ou pour reconnaître qu'il y a là une controverse fondamentale.

On reviendra tout d'abord sur l'évolution générale et le bilan, selon nous plutôt inquiétant : alors qu'on évoque aujourd'hui en permanence les droits fondamentaux et des modes de gouvernement (ou de gouvernance ?), c'est-à-dire des questions de nature constitutionnelle, qui en débat dans la société et non dans l'entre soi des colloques ? Et qui croit aux fictions qui, traditionnellement, fondent la matière ? En réalité, l'influence sociale des constitutionnalistes se restreint ; ils sont même expulsés de leur propre champ (I- Le déclin - consécration du droit constitutionnel contemporain.

Ce déclin touche aussi aux croyances sociales. Il est déterminé par l'emprise d'autres idéologies : on ne croit plus, ou on croit moins, au grand récit républicain et à nos sortes de prêches magistraux sur l'État, la souveraineté et la constitution qui l'accompagnaient, l'orchestraient, le magnifiaient en le scientifiant. Nos fictions juridiques vacillent. Les fondements classiques du droit constitutionnel tendent à changer de contenu. On leur confère, en pratique, d'autres significations. Elles ne jouent plus, ou jouent plus difficilement, leur fonction mythique qui permettait, ou facilitait, jusqu'à maintenant, aussi bien l'intégration sociale des citoyens les plus opposés que l'exercice serein de la démocratie parlementaire. Ces pétitions de principe, reçues dans un silence déférent il y a vingt ans, peuvent susciter aujourd'hui des sarcasmes parfois bruyants (II- L'érosion du droit constitutionnel républicain).

1- Didier Maus, « Où en est le droit constitutionnel ? », *Mélanges Franck Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p. 691 à 742.

2- Bernard Cubertafond « Pour une nouvelle approche du droit, l'exemple du droit public économique », *Revue Administrative*, 1982, n° 209, p. 241 à 244 ; « Du droit au mythe, l'exemple du droit économique français », *Revue Administrative*, 1987, n° 240, p.541 à 544 et *Actes du colloque Mythe et politique*, Presses de l'IEP de Toulouse, Toulouse, 1990, p. 97 à 107 : « Du droit enrichi par ses sources », *Revue du Droit Public*, 1992, p.354 à 387 ; *La Création du Droit*, Paris, Ellipses, 1999.

Déclin aussi, sans doute, parce que de nouveaux contenus nous échappent, nous paraissant d'ailleurs hors droit, hors sujet. Pour un renouveau ne devrions-nous pas explorer, et annexer, les nouveaux territoires du droit constitutionnel libéral et du droit constitutionnel théocratique dans lesquels se pose particulièrement la question fondamentale, en revanche bien explorée de l'interprétation -création. Ce serait admettre qu'il faut présenter une autre théorie générale (III- Les nouveaux territoires du droit constitutionnel.)

Et, pour redevenir influent, pour faire même peut être de cette discipline carrefour une « discipline de couronnement » (3), ne faudrait-il pas se fonder sur la science politique ou l'histoire des idées politiques autant que sur le contentieux constitutionnel et la théorie politique ; admettre que le positivisme est nécessaire mais pas suffisant, s'accepter impur ? (IV- Pour un droit constitutionnel influent, aux prises avec le réel mais impur.)

## **I - Le déclin –consécration du droit constitutionnel contemporain.**

Dans le champ juridique, le droit constitutionnel français contemporain peut apparaître victorieux, parce qu'objet de débats, authentique et dominant. Cette technicisation et cet imperium doivent beaucoup à l'école d'Aix en Provence et à l'énergie, à la volonté, et au grand rayonnement scientifique de son chef de file, Louis Favoreu. Mais, consacrés dans le champ juridique, le droit constitutionnel et les constitutionnalistes ne sont-ils pas décrédibilisés dans le champ social ?

### **A- Consécration.**

#### **1- Le droit constitutionnel, droit débattu.**

Les constitutions fixent les principes sociaux de base, les règles fondamentales de la vie en commun, les formes de gouvernement et de démocratie. La mondialisation, l'emprise du libéralisme économique, la construction européenne, les avancées dans les sciences de la vie, les modifications des pratiques sexuelles et familiales, les restrictions aux libertés impliquées par la lutte antiterroriste viennent donc en permanence bousculer les constitutions. Les grands débats de société deviennent débats constitutionnels. Ils sont finalement tranchés ça et là, et de plus en plus souvent en France, avec l'accélération des révisions constitutionnelles, par le constituant. Et, en permanence, par le juge constitutionnel interprétant souvent de manière très créative la constitution au point d'apparaître à beaucoup co-constituant. D'ailleurs, comme pour marquer combien cette fonction s'apparente, dans l'esprit des gens, plus à un dernier mot pacificateur en équité qu'à un jugement technique de la loi par rapport à la constitution, on tend à appeler « sages » les juges constitutionnels suprêmes.

Les derniers mois ont fourni de nombreux exemples de grands, et aussi petits, débats à la fois politiques économiques et sociaux, et constitutionnels. Ainsi, dans les 25 pays de la nouvelle Europe, partis et citoyens décortiquent le traité sur l'Union européenne, appelé, justement pour le valoriser, constitution, et s'interrogent sur ses présupposés politiques : « économie sociale de marché » mais « hautement compétitive » ; subordination générale à l'Otan ou autonomie de décision des Etats en politique étrangère ; souveraineté partagée ou subordination au supra national ; gouvernement oligarchique d' « experts » et de « sages », déficit démocratique consubstantiel ou émergence d'une opinion européenne laissant présager

3- Jean Louis Fabiani, *Les Philosophes et la République*, Paris, éditions de Minuit 1988, p.49, cité par Pierre Bourdieu, *Méditations pascaliennes*, Paris, Le Seuil, 1997, p.46.

un jeu politique européen autour du conseil, chambre des Etats, et du parlement, chambre des populations puis de la nation européenne ; laïcité à la française ou obligation d'admettre plus d'expression publique et communautaire des croyances personnelles ? L'église catholique a d'ailleurs cherché à peser de tout son poids pour introduire dans cette « constitution » une référence aux racines chrétiennes de l'Europe. En Israël, la Cour Suprême a influé sur le jeu politique en ordonnant d'arrêter la construction de certaines parties du « mur de séparation » au nom du droit humanitaire selon lequel on doit préserver un lien entre les gens et leur terre. Aux Etats-Unis d'Amérique des nominations à la Cour Suprême par le président réélu pourraient contribuer à une inflexion législative conservatrice dans le domaine des mœurs.

Partout donc, le droit de la constitution, souvent librement réécrit par le juge constitutionnel, peut influencer sur l'essentiel. Mais il peut aussi conditionner l'accessoire. Ainsi, en France, quand le remplacement du principal dirigeant d'EDF devient une affaire politique nationale, apparaît, très curieusement pour les non initiés, une décision du Conseil Constitutionnel admettant la modification des statuts mais rappelant les limites d'âge de 65 ans s'imposant aux dirigeants des entreprises publiques (4). Les exemples abondent : éminemment présentes et politiques, les questions constitutionnelles sont sur la sellette.

## **2 -Le droit constitutionnel, droit authentique.**

De plus, les règles constitutionnelles ne sont plus seulement des orientations générales, des intentions politiques ; ce sont de vraies règles de droit, se situant au sommet de la hiérarchie des normes, dont l'application, et la primauté, peut être revendiquée devant tous les tribunaux. L'ex droit vague, mou, proclamatoire, souvent considéré comme bavardage pseudo juridique est devenu vrai droit, d'application garantie par les plus hauts juges, et au contenu très technique. C'est devenu un droit jurisprudentiel, les décisions des cours suprêmes, souvent désormais longues et sophistiquées puisant dans le droit administratif, et le droit comparé, Aux yeux de leurs collègues privatistes ou administrativistes, les constitutionnalistes spécialistes du contentieux constitutionnel sont désormais considérés comme de vrais juristes.

## **3- Le droit constitutionnel, droit dominant.**

Enfin, en dépit des réticences ou des dénégations venant surtout de certains privatistes, le droit constitutionnel tend à prédéterminer toutes les normes. Tout d'abord, on a déjà noté qu'on attend souvent les décisions des cours constitutionnelles comme paroles d'oracles ou décisions, dit-on, de « sages » venant après des débats politiques houleux sur tous les sujets de société essentiels pour trancher, apaiser, clore le pugilat politique. Certes, c'est le rôle du juge de trancher des conflits, en dernier ressort, au nom du peuple dont il doit appliquer objectivement la loi. Mais le juge constitutionnel en vient plus souvent que d'autres à trancher des questions politico -constitutionnelles (pléonasme ?) dans un fréquent flou constitutionnel lui offrant une marge, ou plus qu'une marge, d'interprétation: sur nombre de sujets politiquement très débattus, il peut apparaître comme l'instance, de nature juridico politique, du dernier mot.

On sait d'ailleurs que les organes politiques peuvent se réfugier, avec quelque hypocrisie, derrière le juge constitutionnel, consacrant ainsi cette croyance au juge constitutionnel décideur discrétionnaire ultime : nous avons fait voter telle disposition législative mais vous voyez bien que les « sages » n'en veulent pas, disent-ils. La sanction du juge est prévisible quand la violation constitutionnelle est patente mais il peut être utile, pour désamorcer la contestation politique, d'entretenir la croyance au juge constitutionnel tout puissant.

4 – décision du 6 Août 2004.

Le droit constitutionnel est aussi dominant parce qu'il est devenu englobant, matriciel et largement reconnu comme tel. Tout part, en effet, dans tous les domaines des droits fondamentaux contenus dans la constitution ou déduits d'elle. Le contrôle de constitutionnalité permet de les préciser, développer, et de les faire respecter par les diverses autorités et diverses autres règles internes, ainsi subordonnés. Le droit constitutionnel, hier décoratif ou fictif, au fond pseudo, violable, droit de façade, est donc désormais le fondement, dans tous les domaines, de toutes les autres. Comme l'ont notamment montré Georges Vedel et Louis Favoreu, il est au point de départ de toutes les disciplines du droit pour en fixer les principes de base (5). L'ex droit flou et mou est devenu discipline mère, droit englobant, dominant, posant les principes au sommet de la hiérarchie des normes. Mais la victoire et l'expansion dans le champ peut s'accompagner d'une défaite hors champ, dans le vrai monde.

## **B - Relégation.**

### **1-Les constitutionnalistes expulsés de leur champ ?**

Dans l'espace social (débats, médias, livres de réflexion de large diffusion) les constitutionnalistes sont rarement appelés à s'exprimer sur les questions constitutionnelles de fond (principes fondamentaux, évolutions de la démocratie) contrairement aux philosophes, aux sociologues, aux historiens, ou encore aux psychanalystes. On les limite en général, et encore très éventuellement et en fin de débats, aux commentaires de technique juridique. A moins, bien sûr, qu'ils fassent oublier leur appartenance à notre profession reléguée et qu'ils se déclarent membres d'un groupe reconnu porteur de sens, et de sentences, par exemple les philosophes.

La reconnaissance au sein du milieu juridique s'accompagne donc d'une relégation ou subordination et d'une perte d'influence dans la société. Ainsi, en France, la tendance semble être désormais de nommer au Conseil Constitutionnel des hauts fonctionnaires ou des spécialistes d'autres sciences sociales. Ou encore de prendre l'avis de toutes sortes d'experts, philosophes, historiens, psychanalystes, etc...quand se pose une question sur l'éthique, les principes fondamentaux, et même les fondements de l'organisation sociale. Ce n'est pas au juriste constitutionnaliste que l'on demandera de donner du sens ou un sens aux événements ou de proposer une autre forme de gestion des problèmes politiques et sociaux. Ces problèmes - comment aborder le communautarisme et refonder un pacte républicain, comment réagir face au « victimisme » montant, quels principes de base pour la famille, la médecine, la science, le sport, le travail, le gouvernement - constituent pourtant l'objet même du droit constitutionnel aujourd'hui élargi aux droits fondamentaux, au contentieux constitutionnel et au droit comparé.

5- cf notamment Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21-53 et « La constitution comme base du système juridique », *RJDC*, 1979, p 859 ; et Louis Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit », *Mélanges Léo Hamon*, Economica, 1982, p.235 ou encore « L'apport du droit Constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, n°1,1990, p. 71.

Un exemple. Quand, en juillet 2004, une jeune femme, simulant une agression antisémite, monopolise l'attention pendant plusieurs jours au risque de bouleverser l'équilibre social, on consulte moult experts mais aucun constitutionnaliste, sauf peut être camouflé sous une autre casquette, plus légitimante de philosophe ou de sociologue. Pourtant l'événement pose les questions constitutionnelles, ou devenues telles, de la nation, républicaine ou communautaire, de la création et de l'action d'un secrétariat d'Etat aux victimes, de la mise en action du président de la République, du premier ministre et du ministre de l'intérieur.

Qu'importe, et même tant mieux, ainsi nous pouvons rester sérieux, hors du cycle abrutissant de l'éphémère et tape à l'œil médiatique, serait-on tenté de dire. Quand même ! Ordonnant le gouvernement de toute la société dans la durée, posant les principes individuels et collectifs fondateurs, le droit constitutionnel n'a-t-il pas naturellement vocation à devenir non seulement une discipline carrefour, mère, dans le champ du droit mais aussi la « discipline reine » ou de « couronnement » parmi les autres sciences sociales ; d'autant que la formation des constitutionnalistes est ouverte, que leurs travaux ne se limitent pas au contentieux, et qu'il y a parmi les constitutionnalistes des historiens, sociologues, politologues, philosophes reconnus ?

## **2- Le droit constitutionnel débranché : la crise du grand récit fondateur.**

Me pardonnera t-on de prendre une autre liberté avec nos canons en parlant, à la première personne du singulier, de ma propre expérience d'enseignant. Puis, ce qui pourra m'être également reproché, de généraliser. Car, sans doute haïssable, le droit peut être aussi très éclairant (6). Ce qui frappe, en effet, si l'on scrute les réactions des étudiants d'aujourd'hui à qui l'on enseigne aussi bien les élections que les parlementaires et le parlement, ou le président de la république (élection, statut avec notamment les questions, qui font beaucoup réagir, de la responsabilité ou de l'irresponsabilité, et des immunités), c'est leur distance, leur scepticisme, voire leur critique goguenarde. Si, selon la mode (le dogme ?) actuelle de l'interactivité qui fait croire à l'étudiant qu'il a un droit « démocratique » à parler après (avant ?) le professeur et que son sentiment, son expérience est juste, surgit, immédiatement et quasi automatiquement, les références aujourd'hui cardinales, exclusives et légitimatrices : *Les Guignols de l'Info*, le *Journal* de Karl Zéro, quelque livraison de Google ou quelque blog et non plus *Pouvoirs*, *La Revue Française de Droit Constitutionnel*, ou *La Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Tel fut mon amère expérience pendant mes 5 années d'enseignement du droit constitutionnel à Paris 8, devant un public de plus en plus clairsemé et manifestant un intérêt décroissant quelle que fut l'intensité de mon effort. On peut - on doit ?-, certes, comme le justiciable agonisant son juge après une sentence défavorable, commencer par honnir l'époque, les « sciences de l'éducation », les médias, Internet, notre concurrent et nouveau légitimateur, les nouveaux chansonniers « démagogues, irresponsables, poujadistes ». Ces sorties plaisaient d'ailleurs plutôt. Elles donnent l'occasion de demandes d'éclaircissements sémantiques appréciées car hors sujet d'examen, et d'apartés valorisant l'érudition du professeur. « Nullité, barbarie », je vociférai. Mon public, en l'espèce une ravissante étudiante voilée, comme les autres au fond plus attentionnée qu'attentive, me dit gentiment que ces sorties inutiles m'éprouvaient inutilement le cœur

(6)Lire, à propos de recherches et de préoccupations morales et scientifiques déterminées par des biographies personnelles, Stéphane Rials, « Malum metaphysicum, Faiblesses ordinaires en temps d'épouvante ( vies parallèles à Vichy) », *Droits*, n° 39, 2004, p.147- 196.

Ainsi invité à sortir d'une colère défoulante mais primaire, voilà qu'au hasard de lectures je tombe sur une de ces thèses nourrissantes qui revigorent et réconcilient avec l'enseignement supérieur et la recherche. J'aborde dans Vincent Valentin l'univers du « *Public choice* » et les théories de l'« *Etat bandit* » (7). Et alors, eureka : les scènes anti politiques des *Guignols* prolongent et vulgarisent Buchanan et d'autres néo libéraux. C'est du néo Poujade mâtiné d'Hayek. Il n'y aurait donc pas que dans mon cher Maroc que l'Etat serait pratiqué, ou perçu, comme un Makhzen (magasin) que le pouvoir a pu remplir en accaparant et dont chacun cherche, en feignant l'allégeance, à récupérer la plus grosse part possible. Serait-ce devenu une croyance mondialisée ?

Après une relecture de Kuhn (8) sur le sens d'un mot surchargé, voilà l'explication du douloureux divorce réciproque avec « mes » étudiants autrefois tant aimés : on a changé de paradigme, ils sont dans le nouveau, je persiste dans l'ancien. Imbibés malgré eux d'air du temps, ils sont néolibéraux de fait, sans le savoir. Le droit constitutionnel classique leur semble un discours pour marsiens. Ils jugent ma foi républicaine touchante mais dépassée. D'où leur regard plutôt attendri, compatissant, face au papy qui croit faire de la résistance.

On peut donc, le matin, dans un riche colloque, au centre ville, assister à la glorification du droit constitutionnel classique heureusement rehaussé par le contentieux constitutionnel et la théorie du droit, et savamment célébré par des gens bien élevés et en connivence, puis l'après midi, dans la banlieu Nord, constater l'ironie, la distance, le manque de foi à son égard. Vérité près des ministères, erreur au-delà du périphérique ? Ce n'est pas si simple puisque j'avais déjà senti, en 96-98, le décalage, et l'ironie – plus sophistiquée -dans des séminaires à l'IEP de Grenoble avec des étudiants sélectionnés, venant plus souvent de milieux établis, et dont les études ne mènent pas sur une impasse.

De plus, je n'avais pas ressenti ce manque de foi à l'égard du grand récit juridique républicain dans les années 70 et 80 à Limoges et à Brive, devant des publics d'origines variées mais comprenant beaucoup d'étudiants d'origine très modeste. Mais c'était encore le temps où l'exposé des grands principes républicains d'égalité devant la loi, d'ascension sociale par l'école puis l'université, de promotion par concours, d'Etat partout présent, non suspect, pourvoyeur impartial, de loi incontestable, de représentants de la nation ayant vocation à se hisser au niveau de l'intérêt général, suscitaient l'espérance et non des moues dubitatives ou des révoltes agressives. Le temps, aussi, où l'on pouvait conseiller à des étudiants d'origine modeste mais de qualité et travailleurs, de s'orienter vers les plus difficiles concours de catégorie A. Et l'on était fier de les voir, dix ans plus tard, d'en voir dans ces places, sous préfet, magistrat, directeur d'hôpital, commissaire de police. Aujourd'hui, bien des étudiants

7- *Les Conceptions néolibérales du Droit*, préface de Jacques Chevallier, Paris Economica, 2002.

8- Thomas S. Kuhn, *La Structure des Révolutions scientifiques*, 1962-1970, Paris, Flammarion, 1983, p.11 : « *paradigmes*, c'est-à-dire les découvertes scientifiques universellement reconnus qui, pour un temps, fournissent à une communauté de chercheurs des problèmes types et des solutions » ; p.39 : « Pour être acceptée comme paradigme, ...il n'est pas nécessaire qu'elle (la nouvelle théorie dominante) explique tous les faits... » ; p 40 : « ...les écoles antérieures disparaissent graduellement. Leur disparition est due en parti à la conversion de leurs membres au nouveau paradigme. Mais toujours quelques hommes continuent à s'accrocher à l'une ou l'autre des vues anciennes ; ils seront simplement considérés comme extérieurs à la spécialité et on ignorera leurs travaux ».

de toutes qualités considèrent les fonctions étatiques d'autorité avec mépris aussi longtemps qu'elles n'ont pas été consacrées par un téléfilm à succès ; ils réagissent mal au conseil de se diriger vers la fonction publique, surtout quand - insulte pour eux, je l'ai aussi maintes fois constaté- on leur dit qu'ils y ont, compte tenu de leur capital social de départ, les plus équitables chances d'intégration et de promotion. Ils veulent en masse s'orienter vers le barreau à force de téléfilms fantaisistes et de questions d'actualité orientées vers le grand procès pénal, et des intellectuellement doués en viennent même à croire plus à la promotion par *Star Academy* que par l'école et l'université républicaines, via les concours.

Décalage de génération et changement de références culturelles et d'univers mental ? Sans doute faut-il, dans l'observation, faire la part de la lassitude, du vieillissement, de l'écart croissant d'âge, et d'une excessive focalisation sur un public particulier encore socialement marginalisé, avide d'intégration et de reconnaissance, mais méfiant à l'égard de l'élitisme républicain permettant une vraie promotion, et ébloui par des mirages médiatiques . Reste que l'on a, entre les années 80 et les années 2000, changé de monde: beaucoup d'étudiants sont dans le nouveau, ne persistons-nous pas dans l'ancien ? Imbibés malgré eux d'air du temps, ils sont néolibéraux, individualistes et communautaristes à la fois, sans trop le savoir, tout en restant très revendicatifs et exigeants à l'égard de l'Etat traditionnel, à la française, du service public et de la puissance publique. Le droit constitutionnel classique leur semble souvent un discours pour marsiens. Et le malaise, le scepticisme à l'égard des valeurs républicaines qui transpire de leurs réactions ne fait que refléter celui de beaucoup de citoyens.

### **3- Le Droit Constitutionnel désacralisé.**

La déconstruction de notre droit constitutionnel classique, et au delà des bases de l'ensemble de notre droit public, a déjà été explorée (9). Elle est avant tout d'ordre psychologique. C'est une érosion - inexorable ou réversible ?- de la foi dans les fondements de l'ensemble de notre droit public. Pierre Legendre, parlant de « ce que nous appelons le droit » (10) nous donne une clé explicative : « La théorie politique habituelle a le plus grand mal à concevoir que le problème de l'organisation normative suppose - je dis suppose comme on suppose un axiome- une mise en scène, qu'instituer la réponse au pourquoi ? soit une vaste entreprise théâtrale . Autrement dit, pas de légitimité sans métaphore, sans montage de fictions. Si l'on refuse de reconnaître cette dimension du système normatif, on ne comprend rien à la logique dogmatique, genèse des normes, pas plus que l'on ne saisit l'efficacité des manœuvres de pouvoir parce que ces manœuvres sont avant tout la manœuvre des images et que le droit finalement est lié au pouvoir par cette articulation des images ».

9- Voir, notamment, Jacques Chevallier, *L'Etat post moderne*, Paris, LGDJ ; 2003 ; Jean Bernard Auby, *La Globalisation, le Droit et l'Etat*, Paris, Clefs, Montchrestien, 2003, 148 p. ; ou encore André – Jean Arnaud, *Entre Modernité et Mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998.

10- « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n° 74, 1993, p.107. Voir aussi, Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une Règle de droit ?* Paris, Odile Jacob, 1997.



Et Pierre Rosanvallon décrit ainsi notre vieux théâtre démocratique épuisé : « Le citoyen, comme homo suffragans, est un homme délibérément abstrait, simple composante numérique de l'unité nationale. L'électeur ne peut idéalement remplir son rôle que s'il s'identifie à ce qu'il y a de généralité en lui, devant être capable de se dépouiller de ses déterminations particulières et de ses intérêts immédiats pour devenir une sorte de fonctionnaire de l'unité nationale. La société n'est plus composée dans ce cas que de voix identiques, totalement substituables, réduites dans le moment fondateur du vote à des unités de compte qui s'amassent dans l'urne : elle devient un pur fait arithmétique. La substance s'efface complètement derrière le nombre, redoublant les effets de l'abstraction liée à la constitution purement procédurale du social ». Selon lui, c'en serait fini de « l'utopie nomocratique : le culte de la loi, c'est à dire le gouvernement par la règle générale » lié à « la passion française de la généralité et de l'abstraction » (11). Serait venu le temps, plus anglo saxon, de « l'homme situé » et du libéralisme économique avec son concert d'intérêts particuliers, aveugles, aboutissant, mieux que l'Etat, coûteux, obèse et prétentieux, à la réalisation de l'optimum.

Il y aurait donc aujourd'hui érosion de la foi dans nos fictions-socles classiques, dans ces quelques grands mots à majuscules recouvrant des représentations sur lesquels est fondé l'ensemble de notre droit public ; elles justifiaient, pourtant, la *summa divisio*, la supériorité du public sur le privé, de la loi sur le contrat, de « l'intérêt général » sur « les intérêts particuliers », et la prééminence de l'Etat dotés de prérogatives supérieures. On ne croirait donc plus en la souveraineté de la loi, norme suprême, incontestable et irréprochable, en la transubstanciation des représentants transcendés par l'élection quasi-sacrement, et rendus par elle apte à parler au nom de la Nation, « âme » ou « principe spirituel », et de son Intérêt Général. On ne croirait plus au gouvernement représentatif issu de la souveraineté nationale à l'abri de tout mandat impératif, comme par essence, et comme le prétend la constitution française, « nul » ( article 27). On ne croirait plus, enfin, en l'Etat impartial et prométhéen.

Les théories de la souveraineté nationale et populaire, et de la Nation intégratrice des citoyens tous égaux devant sa loi, n'opèreraient plus, ne seraient plus crédibles. Quand Duguit pourfendait les « fictions » qu'étaient déjà, d'après lui, Nation, Etat et Souveraineté (12), leur pouvoir mobilisateur fonctionnait encore parfaitement. Mais aujourd'hui elles ont perdu beaucoup de la force motrice et unificatrice des mythes. Si le droit constitutionnel est artifice, nos artifices classiques, liés au « grand récit » républicain, n'opèrent plus. A leur égard, la société est devenue incrédule.

11- Pierre Rosanvallon, *Le Modèle politique français, La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2004, p.123. Lire également J. Caillosse, « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? *Revue Administrative*, n° 329(suite et fin), p. 458 : « plus que d'un simple changement de technologie juridique, c'est d'un changement de paradigme qu'il faut parler » ; voir aussi Guillaume Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, mai-juin 2000, p, 529 s.

12- Léon Duguit, *Traité de droit Constitutionnel*, Paris, Editions de Boccard, 2ème édition, 1921, 3 tomes.

## II- L'érosion du droit constitutionnel républicain.

Le grand récit républicain, traduit en droit par les professeurs de droit public et les juges administratifs, peut être ainsi résumé : la souveraineté réside dans la nation ; les représentants se situent à ce niveau, supérieur voire sacré ; ils parlent en son nom, un peu comme des prêtres ou des augures protégés par une immunité liée à la fonction ; les intérêts dits particuliers doivent rester subordonnés à un intérêt général discerné et imposé par un gouvernement majoritaire ; l'Etat est porteur de l'idée de bien commun, impartial, il est au service de l'intérêt général ; il est donc doté de prérogatives lui permettant de faire plier les intérêts particuliers et de privilèges marquant la sacralité de sa mission ; et il est servi par des hauts fonctionnaires au dessus de la mêlée, ordonnés pour cette fonction quasi sacerdotale ; enfin, la constitution est la norme et le pacte national fondamental, le contrat collectif et le grand livre des valeurs ; la nation est unie autour d'elles. Nous n'aborderons ici, dans le prolongement d'autres études (13), que quelques aspects de l'érosion de ce grand récit, et du droit constitutionnel qui va avec : la souveraineté dégradée, la nation démythologisée, les représentants supplantés, la constitution déstabilisée, l'Etat délégitimé.

### A- La souveraineté dégradée.

Première réflexion complémentaire, l'idée de base de la souveraineté, à savoir son caractère prométhéen, grâce à l'Etat démiurge et au législateur quasi dieu tout puissant, fait, aujourd'hui, encore plus sourire. L'expérience française de la gauche au pouvoir à ses débuts, a constitué le dernier avatar de l'idée démocratique de souveraineté interne poussée au bout : une majorité régulièrement élue disait pouvoir, par la force de sa seule volonté, changer la vie, et le monde. C'était au temps où l'on osait encore avancer : « vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires » (André Laignel). L'expérience fut brève et le retour au réel douloureux. S'en est-on remis et a-t-on complètement abdiqué ? La loi sur les trente cinq heures prouverait que non, avec le même butoir du réel. Ne resterait donc plus que la possibilité d'agiter un rêve de changement assorti de quelques gestes sociaux plus proches des bonnes œuvres que du grand soir - n'est-ce pas Lulla ou Chavez – ou de compenser la perte de maîtrise des citoyens sur la chose publique par l'octroi de droits de toutes sortes, l'assurance de la compassion publique en cas de malheur et des possibilités diversifiées d'expression narcissique, dans le nouveau cadre du démo despotisme (14).

En effet, les professeurs de bonne économie veillent, anticipant les réactions du « marché » et des fonds de pension. On peut si on veut, disait –on encore il y a trente ans, en France. Mais que peut-on aujourd'hui, face aux Etats-Unis, aux régulateurs mondiaux et à l'Europe ? La loi nationale volontariste disparaît face à la politique libérale et sécuritaire unidimensionnelle. Soumission des peuples et de leurs représentants face à des règles préétablies, sacralisées de diverses manières, sous le contrôle de divers censeurs prétendûment éclairés, clercs, experts, sages et juges, ces termes devenant synonymes :

13 Bernard Cubertafond, « Souveraineté en crise », *Revue du Droit Public*, 1989, n° 5 p. 1273 à 1303 ; « Le Roman de la 5ème République à l'aube du démo despotisme », *Pouvoirs*, n° 104, janvier 2003, p. 159 à 169 ; « Modernité du démo despotisme », *Civitas Europa*, Presses de l'université de Nancy, septembre 2003, p. 193 à 208 ; « Essai sur un despotisme post moderne : le démo despotisme », *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2004, p. 72 à 82 ; « Critique de l'administration sous emprise libérale », *Revue Administrative*, 2005.

14- Ibid

diverses théocraties, via des lois divines ou des « bonnes règles » économiques et sociales ? Aujourd'hui, paradoxe, ce sont les Etats-Unis d'Amérique, Etat point républicain au sens français du terme car pratiquant, valorisant traditionnellement le contrat plutôt que la loi, l'initiative privée plutôt que l'Etat démiurge, et le multiculturalisme et les discriminations positives plutôt que l'égalité abstraite des individus théoriquement tous interchangeables et intégrables, qui reprennent le volontarisme politique du vrai souverain. Peut-être parce qu'ils restent les seuls à en avoir, encore, à peu près, ou croit-on, les moyens ? Les Etats-Unis reprennent le nationalisme, mais comme super structure du multiculturalisme, et la souveraineté dans sa double acception, classique, française, de pouvoir suprême inconditionné (Jean Bodin) et de capacité nietschéenne, en cas de crise, inopinée ou volontairement provoquée, d'agir discrétionnairement pour bouleverser à son avantage une situation (Carl Schmitt). Après le 11 septembre, des essayistes proches de l'administration Bush comme Robert Kagan ont dénoncé ce refus européen d'exercer la puissance judiciaire, cette « faiblesse » trouvant des justifications dans une prétendue démocratie mondiale fondée sur le droit mais étant en fait déterminée par le déclin moral, économique et militaire, et par la peur (15).

Une souveraineté négociée entre Etats, subordonnée à des organisations internationales, à des règles et à des droits imposés de l'extérieur constituent une absurdité théorique, si l'on s'en tient à la conception initiale, et seule rigoureuse de la souveraineté : pouvoir suprême, inconditionné et incontestable. L'idée selon lesquelles la souveraineté est respectée si les citoyens acceptent ses limitations et les nécessaires révisions constitutionnelles qui les entérinent (16) n'est qu'une argutie, un maquillage. Ainsi, plutôt que de nier le problème en affirmant que « le constituant a... consacré l'existence d'un ordre communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (16), le Conseil Constitutionnel français ne devrait-il pas s'interroger sur la compatibilité de l'ordre européen avec l'article 3 de la constitution française. Cet ordre, avec la primauté de son droit négocié entre Etats membres, ne constitue-t-il pas une violation constante de l'article 3 de la constitution : « la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par voie de référendum ».

N'est-ce donc pas ce socle qu'il faudrait réviser ? Peut-on, en effet, continuer à attester le respect de notre souveraineté, pour feindre encore de croire à notre puissance nationale et démocratique, alors que chacun voit combien elle s'est amenuisée ? Mais peut-on achever, ouvertement, un fondement du droit républicain ?

15- Of Paradise and Power, America versus Europe in the New World Oder, 2003, *La Puissance et la Faiblesse*, Paris, Plon, 2003.

16- Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Texte et commentaires notamment dans la *Revue du Droit Public*, 1-2005 (Anne Levade, François Luchaire et Jérôme Roux) et dans la *RFDA* ( Henri Labayle, Luc Sauron, Christine Maugüe et Frédéric Sudre). On notera la tonalité très critique de plusieurs de ces auteurs.

## **B- la nation démythologisée.**

La nation n'est plus largement, sinon unanimement, perçue comme lieu mythique d'unité, d'intégration et d'exaltation de l'être collectif, comme objet vivant, immortel, objet d'amour, suscitant efforts, dévouement, célébrations et sacrifices, y compris de sa propre vie. Les individus prétendent souvent se situer ailleurs. Ils sont enserrés dans ou se choisissent d'autres lieux d'épanouissement, de protection, de projection dans l'émotion et dans le rêve : le groupe religieux, le groupe ethnique, la culture générationnelle, le village planétaire que constitueraient Internet, le partage de tels comportements sociaux qui ferait tribu. Ils revendiquent leur identité et toutes sortes de droits individuels et communautaires. Ils se posent en créanciers agressifs de la nation et de son Etat, accusés d'ailleurs de toutes les turpitudes, sommés de se repentir et de dédommager.

En France particulièrement, les « élites parisiennes » développent de manière récurrente, et particulièrement aujourd'hui, les idées déconstructrices de « France pourrie » (Philippe Sollers) ou de « France qui tombe » (17). Masochisme national contre exaltation de la nation prédestinée : la France racle ses plaies et revient sur ses turpitudes quand les Etats-Unis les refoulent ou les transfigurent en chemin vers la civilisation, la liberté et la grandeur. La construction et l'idéologie européenne renforcent le « patriotisme des droits », cherchent à créer un « patriotisme constitutionnel » européen dépassant les nationalismes « locaux » considérés comme belliqueux et ringards, encouragent les expressions régionales et communautaires et les nouvelles façons d'être, conformes au genre ou à la tribu qu'on s'invente.

L'idée se répand que les Etats nationaux - et même l'« hyperpuissance » ?- n'ont plus la maîtrise du monde désormais dominé par des firmes et des alliances multinationales, ou des règles imposées par des organismes servant la nouvelle idéologie libérale financière dominante. Voire par de ténébreuses organisations terroristes florissant sur l'humus communautaire antinational et utilisant toutes les facilités médiatiques, financières, et de déplacement qu'apporte la mondialisation. D'où la nécessité d'un monde débarrassé des égoïsmes nationaux et livré à une gouvernance mondiale pacificatrice fondée sur des valeurs universelles partagées.

De plus, se multiplient les multi appartenances nationales avec des citoyens assumant deux identités, votant dans deux pays, et oscillant d'une affection nationale à une autre au gré des orientations prises par les gouvernements de chaque pays et de leurs propres intérêts : double appartenance, mise en concurrence, double jeu ?

Toutefois, ces dernières années, en France, les multiples abandons de souveraineté et les repentances nationales commencent à être contrecarrées par une fièvre gouvernementale commémorative, ainsi que par une volonté de consolidation de la spécificité laïque. Peut être pour réintroduire l'histoire mythologique et le grand récit républicain, recréer, en dehors du sport - autre lieu possible d'intégration, d'exaltation nationales, et de pacification internationale après affrontements largement symbolisés - de la fierté et de l'unité nationales.

17- Derniers épisodes en date, le livre de Nicolas Baverez, « Regarde la chute et tais-toi », *Le Monde*, 16 septembre 2003 et le rapport de Michel Campdessus, *Le Sursaut, vers une nouvelle croissance pour l'Europe*, La Documentation Française, Paris, octobre 2004.

### C- les représentants supplantés.

Puissance souveraine culpabilisée, interdite, nation ridiculisée, inhibée ; et représentants également, dans le même cadre idéologico - économique, désacralisés, concurrencés. Les théories économiques libérales ne les voient pas comme des découvreurs et des promoteurs de l'intérêt général. Elles tendent plutôt à les considérer comme des entrepreneurs, avant tout soucieux de se maintenir et d'accroître leur part du marché politique, et leurs profits. Sans souci des équilibres économiques et budgétaires, ils multiplieraient les promesses et les annonces, pour ajuster offres et demandes politiques et maximiser leurs voix. Comme nous l'avons déjà évoqué, cela rejoint l'opinion ancienne mais aujourd'hui dominante sur une profession politique cynique, des élus en quête de rentes et de prébendes, sous couvert de discours axés sur le service de la nation et d'autrui.

Des groupes et des forces sociales et économiques concurrentes ont tout intérêt à mettre en avant certains abus et à entretenir l'actuel discours sommaire et manichéen sur les élus malhonnêtes et menteurs devant être relayés, dans les fonctions de représentants, de législateurs et de porteurs du bien commun par la « société civile » et ses porte-parole. Écoutons par exemple ce plaidoyer pro domo de Jacques Attali : « les ONG donnent un sens à la démocratie, qui n'est souvent sans elles, que mascarade d'élections, sans enracinement durable dans les peuples » (18). Ou encore ce quasi manifeste du député- maire écologiste Noël Mamère : « Si les Neuwirth, les Badinter, les Simone Weil avaient attendu le « bon » moment, si les « 343 salopes », les objecteurs de conscience, les Lip et les Larzac, les Cohn Bendit et les Bové n'avaient pas « désobéi » et pris le parti de la « provocation », notre vieux pays serait encore perclus d'archaïsmes qui nous paraissent à des années lumière d'aujourd'hui » (19). Les leaders d'opinion auto proclamés, grandes consciences sermonnant dans les médias, seraient donc plus proches des réalités, plus légitimes que les élus qu'ils accablent. L'élection ne serait plus le moment indispensable, fondateur de la démocratie mais plutôt son instant le plus critique, le sommet de sa corruption, le ferment de sa crise. Les propagandistes et les bénéficiaires ne courent donc surtout pas le risque de l'élection, avançant même qu'elle dévalue et qu'elle délégitime !

Curieuse époque – pseudo démocratique ?- où tend à se répandre, au mépris des procédures démocratiques avérées, du léninisme médiatico - gramscien (20). Léninisme parce que des hommes et des groupes se posent en avant-gardes éclairées ; ils savent ce que veulent les gens, ou plutôt ce dont ils ont besoin, et ce qui améliorera l'avenir du monde. Léninisme médiatico -gramscien parce qu'ils exercent leur magistère, leur emprise, via les médias qui les distinguent, exposent, vedettarisent, leur permettant d'exercer une forte influence, voire une « hégémonie » sur les esprits, comme autrefois les maîtres sur leurs élèves. La télé remplace l'école, le sondage supplante l'élection, l'ong le parti, la communauté la nation ; les élus ne seraient plus que des porte paroles comme d'autres, et plus que d'autres mis à

18- « Les ONG, remparts contre l'apocalypse », *Le Monde*, 11 septembre 2004

19- « La provocation comme outil politique », *Le Monde*, 28 mai 2004 (à propos de sa décision de célébrer un mariage homosexuel dans sa mairie de Bègles).

20- cf Bernard Cubertafond, *La Création du Droit, Paris*, Ellipses, 1999, p. 69 à 74 ; « Bodin et Rousseau assaillis par Lénine et Gramsci », *Politeia*, 2005.

l'épreuve, soupçonnés. Chacun avance ses pions, promeut ses droits et intérêts en utilisant tous les soutiens, tous les « représentants » possibles et imaginables. Et, selon l'idéologie libérale devenant paradigme, selon le nouveau grand récit objet de foi, toutes ces pressions égoïstes et aveugles, toutes ces réponses apparemment désordonnées s'ajustent et s'équilibrent, par la grâce du marché et de sa main invisible !

## **E- La constitution déstabilisée**

### **1-La constitution, norme suprême ?**

Dans la mythologie constitutionnelle et démocratique classique, qui fut si longtemps opératoire, l'adoption de la constitution était considérée comme l'acte souverain par excellence : elle apportait la preuve de la souveraineté de l'Etat, et de celle des citoyens définissant librement leur mode de gouvernement et leurs valeurs fondamentales. La mondialisation et la construction européenne détruisent cette croyance fondatrice. Des schémas d'organisation s'imposent. On crée des autorités légères de régulation, d'arbitrage, voire de jugement (au mépris de la séparation des pouvoirs) censées encadrer et promouvoir les initiatives dans les différents secteurs économiques, et donc, puisque peu d'activités doivent échapper au marché, dans quasiment tous les domaines. On préfère la régulation à la réglementation, ce qui revient à faire prévaloir la bonne règle libérale préétablie : comme le proclame la constitution européenne, « la concurrence libre et non faussée ». De plus, même si le Conseil Constitutionnel français nie le problème, qui pourtant saute aux yeux de tant de citoyens et de commentateurs experts, comment concilier des « principes antagonistes, celui de la primauté de la règle européenne et celui de la suprématie de la règle constitutionnelle »(21). On dira qu'il n'y a là rien de nouveau, qu'on ne fait là qu'entériner et exposer au grand jour une réalité créée par l'arrêt de 1964 Costa/Enel. Mais n'était-ce pas une manière de coup de force, de coup d'Etat juridique ?

Les conflits de normes peuvent cacher des conflits de valeurs, voire de civilisations. L'acceptation par telle juridiction nationale ( hier ?) suprême, de la primauté de normes et de juridictions externes est, au sens propre, révolutionnaire. Cela peut en effet entraîner des bouleversements dans les cultures juridiques que les populations concernées peuvent finir par rejeter parce qu'elles n'ont pas conscience de les avoir explicitement approuvés. La crise de la hiérarchie des normes, ou le trouble dans celle-ci puisque la primauté de l'europeen, et souvent de l'international, ne fait de doute que pour ceux qui s'entêtent à ne pas voir, est en fait un conflit feutré, souterrain, portant sur l'emprise idéologique : il s'agit de savoir quelle idéologie, c'est-à-dire quel ensemble d'idées et de valeurs déterminant des règles et une organisation économique et sociale finira par prévaloir.

### **2- La constitution, contrat social ?**

On continue à dire que la constitution est un double contrat, passé entre les citoyens et entre ceux-ci et leurs gouvernants. Ces fictions sont elles encore opératoires, notamment dans le cadre de la constitution européenne, vraie constitution au sens matériel du terme (valeurs fondamentales et organisation du pouvoir). N'y aurait-il pas métamorphose dans l'appréhension de la constitution, passage de l'idée (croyance) de constitution contrat à celle de constitution -verrou ?

21- Henri Labayle et Jean Luc Sauron, « La Constitution française à l'épreuve de la constitution pour l'Europe », RFDA 1.2005, p.1 à 29, p.3.

La réalité de la constitution –verrou n'est pas nouvelle. Les constitutions des régimes, marxistes, autoritaires, et à fondement théocratiques fixent la bonne ligne, de bons principes et verrouillent : interdiction de dévier, donc difficulté pour changer de cap et obligation d'aller vers l'affrontement déstabilisateur. Certes, dans l'Union européenne, le risque de coercition violente sur les réfractaires est exclu. Reste qu'en choisissant, elle aussi, la bonne voie économique (concurrence libre et non faussée, stabilité des prix et équilibre budgétaire, indépendance absolue de la Banque centrale, contrôle et censure des approches interventionnistes et keynésiennes par la Commission, seule gardienne de l'intérêt général) et peut être aussi sociale, la constitution européenne se rapproche de cette détestable tradition.

### **3 - La constitution, norme explicite ?**

Les principes constitutionnels doivent être simples, courts, tranchants, c'est ce qu'on continue à rêver quand on parle aux étudiants de notre constitution idéale. Or, en réalité, le « flou du droit » ( Mireille Delmas Marty) est, au premier chef, un flou constitutionnel. Au sein des principes constitutionnels explicites, les juges constitutionnels opèrent en effet un travail d'équilibrage, de hiérarchisation, de relégation, voire de création de principes ou de découvertes de ce qui est, selon leur regard, implicite. Ils trouvent les moyens de neutraliser ou d'atténuer l'effet de lois dont ils ne veulent pas, notamment compte tenu de conjonctures politiques, déclarer l'inconstitutionnalité, ou dont ils doutent de la constitutionnalité. Si bien que le profane se demande souvent ce que le juge constitutionnel, à partir, dit-il toujours, de la constitution, va bien finir par sortir de sa morale, de ses préjugés, de son chapeau. Une majorité de juges donne tel sens à telle disposition constitutionnelle alors qu'une minorité pouvait argumenter dans un autre sens à partir d'une autre lecture. Quoi que puisse en penser certains courants de la théorie du droit, l'interprétation n'a pas la rigueur des mathématiques. C'est une deuxième dépossession pour les citoyens, encore théoriquement seuls souverains authentiques. On a dit que la définition du mode de gouvernement et des principes fondamentaux tend à lui échapper. On constate, de plus, que la prétendue constitution des citoyens est remodelée par les juges. Pour plus de rigueur, l'analyse des biographies et des appartenances politiques des juges devrait donc accompagner celle de leurs raisonnements juridiques.

### **F- L'Etat délégitimé.**

Souveraineté relativisée et, donc, dans un sens plein, détruite. Représentants désacralisés, voire honnis. Nation démythologisée, éparpillée. Constitution désacralisée, plutôt perçue comme constitution -verrou, constitution -matraque, constitution -ovni. Et Etat ne méritant plus sa majuscule, redevenant par nos temps libéraux qu'il était, derrière les beaux discours dans les atmosphères marxistes, un instrument au service d'un groupe dominant, un Etat mafia, un Etat bandit, un Etat matraque et un Etat paravent. On sort de la conception hegelienne de l'Etat au service de l'idée juste, de l'Etat point d'imputation, référence, idée de droit (Georges Burdeau). Faire référence à l'Etat, l'invoquer, lui imputer un acte ne permet plus de conférer à celui-ci de la sacralité, et à le rapprocher de l'incontestabilité. L'invocation de ce grand totem n'a plus d'effet pacificateur et intégrateur. On n'y croit plus et on suspecte ses serviteurs, d'avant tout, se servir. Changement radical d'époque, Etat et intérêt général n'apparaissent plus synonymes. On accorde plutôt le marché avec le supposé optimum économique qui tend à devenir la nouvelle représentation de l'intérêt général. Perte et

transfert de foi : aujourd'hui l'imputation à l'Etat délégitime alors que l'imputation au marché justifie.

#### **IV – Les nouveaux territoires du droit constitutionnel.**

Ainsi le droit constitutionnel s'élargit et se diversifie. Ou, diront ceux qui critiquent cette approche, s'éparpille, se superficialise, et se dissout. De nouveaux grands récits fondements se développent, une souveraineté préalable s'instaure, l'interprétation créatrice du juge devient déterminante, le gouvernement est, par nature, subordonné.

##### **A- Les récits fondement émergents.**

Au point départ, il y a des dogmes, une adhésion par acte de foi mais faisant l'objet d'études savantes, pouvant même se prétendre sciences. Et donc vouloir imposer, à double titre, une vérité. Dogmes, foi et sciences s'entremêlent pour donner un grand récit expliquant le monde et justifiant l'action. Nous l'avons dit, un droit qui ne se fonderait pas sur le grand récit imprégnant toute la société à laquelle il s'applique serait un droit étranger, rejeté. L'obéissance à la loi implique une relation étroite entre loi et grand récit fondement. La loi doit pouvoir être imputée au principe directeur, au totem fondamental à la référence sacralisante et à majuscule : hier, dans le droit constitutionnel républicain, l'Etat, aujourd'hui au sein des nouvelles représentations dominantes, le Marché ou Dieu (le marché dieu et la parole de Dieu ?)

Le grand récit libéral exalte l'initiative et le salut individuels : faire confiance, laisser faire, ne pas entraver, ne pas annihiler en assistant, en se substituant. La liberté économique de chacun conduit à l'enrichissement de chacun et de tous. L'administration doit être réduite à l'essentiel pour ne pas entraver, parasiter. Les pays socialistes fournissent un inaltérable contre exemple : régression économique et sociale, contraintes et répression, cruelle et faussement paternelle emprise d'une classe privilégiée manipulant à son profit les mythes justificateurs de la justice et de la révolution. L'Etat se justifie par l'intérêt général mais il tend à devenir machine à accaparer au service de bonimenteurs menteurs, état à dépouiller de sa majuscule mystificatrice, parasite, vorace, corrupteur, bandit !

Exemple repoussoir mais aussi perspectives exaltantes de salut sur terre et peut être, aussi, au-delà. Ici bas la main invisible du marché, la concurrence pure conduit à l'optimum. Il y a, certes, des faibles, des laissés pour compte mais, là encore, l'initiative individuelle, mieux que l'Etat électoraliste dispendieux et lourd fera merveille sans emprisonner les plus démunis dans le chronique assistanat : recyclage compassionnel de l'argent bien acquis par l'initiative créatrice et redemptrice ; double justification de la fortune par l'effort créateur de richesses et la redistribution compassionnelle. Et salut, peut être, au-delà, si la besogne productrice, l'action réussie signifie aussi bénédiction, élection divines.

Le grand récit théocratique garantit aussi le salut. Dieu a parlé aux hommes – à tous les hommes ou à des élus – leur donnant sa loi. A eux donc de la suivre, sans dévier, dans tous les siècles, partout ou sur une terre assignée, sous le contrôle éclairé des plus croyants, des plus purs. Est souhaitable et légale la règle terrestre conforme à la Loi révélée ; Est légitime le pouvoir qui s'y réfère. Celui des bons guides. Les hommes qui dévient sont rappelés à l'ordre. On peut, patiemment, attendre qu'ils s'amendent mais leurs propositions et modes de vie alternatifs ne peuvent constituer un programme d'opposition traduit en lois après une victoire



électorale. Car on ne peut transiger sur la vérité révélée. Ce n'est pas une majorité qui l'exprime. Celui qui refuse la vérité de Dieu s'expose à l'excommunication ici bas et, dans l'au-delà, à l'enfer (22).

On voit bien que pousser à bout le rapprochement entre ces deux grands récits est excessif : la liberté reste la base du premier, le second justifie violations des libertés publiques, croisades, corrections, éliminations individuelles et collectives. Mais ces deux grands récits émergents se démarquent du grand récit républicain classique, en affirmant la prééminence d'une souveraineté préalable, en donnant un rôle majeur, de cocréateurs ou de recréateurs de la loi aux interprètes, sages éclairés, et en transformant les gouvernants en techniciens subordonnés.

### **B- La souveraineté préalable.**

Si les bons principes, les justes règles préexistent, nul besoin de législateur. D'éventuels élus ne peuvent avoir la prétention de fixer discrétionnairement les bonnes règles. Ce serait se prendre pour Dieu ou pour plus malins que les savants qui ont déterminé les règles optimales de juste conduite. Les élus devront se contenter d'adaptations circonstanciées des bons principes sous le contrôle des gardiens des bons comportements, quant à eux éclairés et impartiaux. L'idée classique de souveraineté – pouvoir discrétionnaire, absolu, inconditionné et incontestable, parce qu'issu d'une décision majoritaire, « expression de la volonté générale » – est donc un leurre, un moyen de justifier des pouvoirs arbitraires et ne servant que leurs propres intérêts. Le fondement de la démocratie n'est plus l'élection suivie de la décision majoritaire. C'est, sous emprise libérale, le respect des droits et des initiatives individuelles. Et, sous emprise théocratique, la massive et sincère adhésion à la loi divine préservée de la déviation par les gardiens de la Loi.

On dira qu'éclate ici la grossièreté, voire l'absurdité du rapprochement entre libéralisme et théocratie. Que dit pourtant Hayek, et tel ou tel autre penseur libéral : il y a la bonne loi, nomos, ordre spontané issu du juste jeu de l'offre et de la demande. Et la mauvaise loi, thesis, résultant de l'intervention des élus et de l'Etat, par nature intempestive, destructrice de l'ordre libéral et de l'initiative créatrice, électoraliste, budgétivore (23). Le libéralisme économique tend, en fin de compte, à réduire voire à expulser le gouvernement élu pourtant selon le droit constitutionnel républicain seul représentatif : inutilité, pire nocivité des lois quand prévalent les bons principes. Il tend aussi à réduire la capacité d'action – ou capacité de nuisance – des élus qui seraient prêts à tout pour garder leur place. Mieux vaudrait des guides experts n'ayant rien à attendre d'une carrière politique.

Il y a vingt ans, la perspective d'Hayek pouvait apparaître utopique. Elle tend à s'institutionnaliser aujourd'hui avec la « concurrence libre et non faussée » devenant norme suprême, point de départ de toutes les réglementations, ou régulations, dans la plupart des domaines, la totale indépendance de la Banque Centrale Européenne mise à l'abri des errements des gouvernements demeurant sous l'emprise des électeurs, le conseil des ministres et le parlement ne pouvant faire de lois déviant de la bonne ligne constitutionnelle. D'ailleurs ces lois résultent de l'initiative de la Commission, chargée de faire prévaloir « l'intérêt général » et de contrôler l'application des lois communautaires par les Etats. On ressort donc pour légitimer le rôle de gardien, voire de guide anticipateur de la Commission cette notion

22- cf Bernard Cubertafond, « Théocraties », *Revue du Droit Public*, 1985, p.277 à 334.

23- *Droit, Législation et Liberté*, 3 tomes, 1973-1979, Paris, PUF, traduction, 1980, 1981, 1983.

d'intérêt général dont le droit constitutionnel républicain a fait si grand usage. Accollée à l'Etat traditionnel, elle était devenue suspecte parce que légitimant des interventions intempestives. Son recyclage parmi les dispositions libérales de la constitution peut faire croire à une survivance de l'ordre idéologique précédent. En fait, il humanise, légitime le libéralisme. Il est désormais au cœur du projet européen que la Commission a mission de faire prévaloir. N'en déplaise à Keynes, Beveridge et à nos théoriciens de la puissance publique et du service public ce n'est plus l'Etat- devenu « creux », « dominé », « mafia » voire « bandit »- qui sert l'intérêt général. C'est son amenuisement, sa privatisation. C'est le libéralisme !

### **C- L'interprétation créatrice.**

Au sommet de la hiérarchie des normes, les bonnes règles, ici divines, là libérales, s'imposent donc aux lois circonstanciées. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des lois tend à devenir un contrôle de leur islamité en terre d'islam, et un contrôle de leur conformité aux canons de la bonne gouvernance en terres libérales. Mais sont-elles claires, ne peuvent-elles pas être diversement interprétées. On retrouve donc ici, devenant chapitre cruciale du nouveau droit constitutionnel, la classique question de l'interprétation, « connaissance » ou « volonté » (Michel Troper) liée à celle du rôle du juge, « bouche de la loi » (Montesquieu), savant objectif, clerc éclairé, interprète du social, voire oracle ou co-constituant et co-législateur abusifs(24) ?

Poursuivant le rapprochement apparemment provocateur, on comparera la constitution européenne et les sources du droit musulman parce qu'elles ouvrent toutes les deux la voie à un certain magistère sacerdotal de grands clercs éclairés ou prétendus tels. Il y a en effet beaucoup de contradictoire dans la constitution européenne, reflet de compromis politiques entre modèles sociaux libéraux contractuels et interventionnistes étatiques protecteurs. Ce qui peut donner des quasi oxymores comme « économie sociale de marché hautement compétitive ».

Les sources du droit musulman laissent une marge encore plus grande aux interprètes. Sa source fondamentale, le Coran peut donner lieu à interprétation quant au sens à donner aux mots : controverses sur les traductions et sur les lectures. Certaines de ses dispositions peuvent être abrogées par d'autres : interrogations sur le valide et le non valide. Peut-on admettre la prise en compte du contexte historique pour périmé des dispositions qui, aujourd'hui, choquent sur l'esclavage et ne pas faire de même sur la lapidation, le talion, la correction des femmes et leur maintien sous tutelle : controverse sur l'historisation. Et quelle place accorder aux autres sources : que retenir de la tradition du prophète ; doit-on, avec les chi'ites, tenir aussi compte de la tradition de sa famille et des imams dans la lignée d'Ali, son cousin et gendre. Quelle part faire au raisonnement par analogie, au consensus des docteurs de la loi, ceux-ci doivent-il pratiquer l'effort de réflexion personnel, l'ijtihad, pouvant conduire à une reformulation de la loi peut être à partir des enseignements d'une école plus libérales ou de formulations auxquelles on donnerait un caractère de principe directeur telle « nulle contrainte en religion » ?

24- Cf plusieurs articles de Michel Troper repris dans *La Théorie du Droit, le Droit, l'Etat*, Paris, Puf, Coll. Léviathan, 2001 et une controverse Michel Troper- Otto Pfersmann, relancée par ce dernier, *RFDC*, 2002, n° 50, p.280 à 353 n° 52, p. 759 à 853.

La constitution européenne, les sources du droit musulman, la jurisprudence créative de tant de cours suprêmes et d'autorités de régulation montrent bien que l'interprétation est souvent acte de volonté, ou que l'acte de volonté peut se cacher derrière l'acte de connaissance. L'interprète est, aussi, censeur et guide. Parce qu'il dispose du pouvoir de sacralisation, du pouvoir de rendre incontestable une cuisine judiciaire transcendée par le respect des formes et de rituels solennels, il peut maquiller en objectivité une casuistique orientée par des choix et des préjugés. A condition que demeure une foi minimale en son incontestabilité, il peut faire accéder à l'incontestabilité, par imputation à une instance sacralisée dans des formes intimidantes, une vision partisane et peut être un laborieux bricolage de principes et de textes.

Il conviendrait donc d'élargir le commentaire en l'ouvrant, en son cœur et non plus au niveau d'allusions ou de notes, à l'histoire des idées, aux cultures juridiques ainsi qu'aux biographies des experts et des juges (25). Pourquoi encore occulter ces fondements essentiels de la jurisprudence. Aux Etats-Unis d'Amérique, lors de la dernière campagne présidentielle, la question des orientations politiques des juges à nommer à la Cour Suprême a fait l'objet d'une question lors d'un des face à face télévisés Bush-Kerry(26). La noEt les juges publient leurs opinions dissidentes. Ce dévoilement n'a pas détruit l'aura de la dernière instance du dernier mot intégratrice et pacificatrice. Encore relativement à l'abri derrière ses rituels, ses formules, son langage, son expertise savante, l'interprète sacralisé exerce, sous couvert d'objectivité mais en fonction de ses préjugés, une fonction de guidance.

#### **D- La Subordination gouvernementale.**

On osera donc, compte tenu des limites, déjà exprimées, de la comparaison, rapprocher les structures gouvernementales de l'Iran et de l'Union européenne. Dans les deux cas, des gardiens de la bonne ligne, serviteurs exclusifs de l'intérêt général, surveillent divers gouvernants et législateurs exécutants. Ils dénoncent leurs déviations et peuvent provoquer des sanctions. Il y a, dans les deux cas deux types de pouvoirs, séparés mais hiérarchisés. En Iran, le Guide et plusieurs conseils dans sa ligne orientent et censurent le gouvernement émanant du parlement élu. Dans l'Union Européenne, la Commission promeut « l'intérêt général » et « la concurrence libre et non faussée », la Banque centrale, absolument indépendante, prêche les bons principes, les gouvernements nationaux qui n'appliquent les bons principes sont admonestés, voire sanctionnés.

25- A cet égard, lire notamment Jacques Meunier, *Le pouvoir du Conseil Constitutionnel, Essai d'analyse stratégique*, préface de Michel Troper, Bruylant- LGDJ, 1994, Andrée Lajoie, *Jugements de valeur*, Paris, PUF, 1997, Jean Marie Carbasse et Laurence Depambour-Tarride (dir), *La Conscience du Juge dans la Tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999 ; Isabelle Boucobza, *La Fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, préface de Michel Troper, Paris, Dalloz, 2005.

26- Question : en cas de poste libre à la Cour Suprême, qui choisirez-vous. G. Bush : « Je ne choisirai pas un magistrat qui ne laisse pas son orientation personnelle compromettre la loi. Je choisirai quelqu'un qui interpréterait strictement la constitution des Etats-Unis. Je ne choisirai pas quelqu'un qui estime que le serment d'allégeance ne peut pas être prononcé dans une école parce qu'il contient les mots « devant Dieu .... ». J. Kerry « Il y a quelques années, lorsque le président Bush a pris ses fonctions, il a dit : »ce dont nous avons besoin, ce sont des juges conservateurs «...Je souscrit aux critères du juge Potter Stewart...Il estimait que lorsqu'on lit les décisions d'un bon magistrat, on ne peut pas savoir s'il s'agit d'un homme, d'une femme, d'un libéral ou d'un conservateur, d'un musulman, d'un juif ou d'un chrétien.... » (débat du 8 octobre à Saint Louis, Missouri, Le Monde, 10-11 octobre 2004). Voir, aussi, à propos de la

nomination par le président de 52 juges fédéraux, Corine Lesnes, « La « guerre des juges » envenime le débat politique », *Le Monde*, 30 avril 2005.

Dans le droit constitutionnel classique, l'autorité du gouvernement est fonction de la nature du régime : soumission au président orientant tous les pouvoirs en régime présidentiel ; grande autorité de l'équipe choisie par le président quand l'appui du congrès (et de l'opinion) est assuré, difficiles négociations avec celui-ci dans le cas contraire en régime présidentiel de type américain ; capacité politique d'appliquer le programme de la majorité en régime parlementaire à l'anglaise ; et soumission chronique au parlement en régime d'assemblée. Le nouveau droit constitutionnel doit prendre en compte les nouveaux acteurs et les nouveaux contrôles qui suscitent l'éparpillement institutionnel et normatif et de nouvelles contraintes politiques, tout cela chez nous surplombé par l'emprise européenne.

### **1- l'éparpillement institutionnel et normatif.**

L'éparpillement est vertical, les pouvoirs habituels du gouvernement ou de l'exécutif ayant tendance à se répartir aux niveaux local, régional, européen, voire international. Ce qui opacifie la hiérarchie des normes, justifie l'existence d'instances de coordination, et d'une juridiction en charge des conflits d'attribution, complique et fragilise encore plus les processus gouvernementaux. Et ce qui participe à la réduction de la souveraineté (discrétionnaire, suprême, incontestable) en simple compétence (encadrée sinon liée, subordonnée à des autorités et à des règles, sous la menace de réactions politiques et de recours contentieux.) (27).

Mais il est aussi horizontal, d'importantes compétences gouvernementales étant attribuées à des autorités de régulation théoriquement plus à même de faire prévaloir les bonnes règles libérales, de coordonner et non de ralentir, d'impulser et non de contraindre, de faciliter l'initiative et non de la paralyser. Il y a là beaucoup de fable : ces instances trop branchées sur les groupes de pression et les intérêts privés peuvent protéger de nouveaux corporatismes, elles ne peuvent être indépendantes, et l'Etat a été systématiquement dénigré justement pour les promouvoir. Mais ces représentations sont devenues des éléments constitutifs du nouveau grand récit constitutionnel libéral qui dénigre le gouvernement souverain et justifie son dépeçage par les agences.

La baroquisation de la hiérarchie des normes, la diversification et l'éparpillement des instances de gouvernement, la confusion croissante entre pouvoir administratif et pouvoir gouvernemental et la réduction de celui-ci, le magistère, la « gouvernance » exercée par de nouvelles autorités présentées comme légères, expertes, incitatives et indépendantes sur la plupart des domaines aujourd'hui cruciaux ( économie, monnaie, bourse, banques, information et communication et peut être, demain enseignement ou santé) bouleversent les fondements (souveraineté, Etat), le contenu et les frontières de droit constitutionnel. Le droit administratif et le droit économique le pénètrent. Le droit européen, voire le droit international, l'englobe ou se confond avec lui. Les auteurs ont d'ailleurs commencé à intégrer ces évolutions dans leurs traités.

27-« Souverainetés en crise », *Revue du Droit Public*, 1989.5, p1274 à 1303.

## **2- les nouvelles contraintes.**

Dans le droit constitutionnel classique, les contraintes étaient avant tout électorales, parlementaires et partisans, et éventuellement, plus marginalement, syndicales. Se surajoutent désormais de nouvelles contraintes pouvant transformer le gouvernement en guetteur à l'affût, paralysé, voire en gibier poursuivi. Comment, en effet, rester maître de l'agenda politique, et mener sa politique au milieu de tant de contraintes qui se multiplient et se diversifient. Il faut, en préparant les lois, en réglementant, en décidant, prendre en compte les perspectives d'annulation, de neutralisation ou de récréation interprétative par les juridictions nationales, notamment par les juges constitutionnels (voire par la Cour de Cassation), mais aussi par la Commission européenne, la Cour de justice de l'Union Européenne, La Cour Européenne des droits de l'homme. Donc négocier préalablement non seulement avec les partis et les syndicats mais aussi avec diverses instances européennes, d'autres gouvernements européens pour lever des obstacles et trouver des appuis ; et avec les groupes de pression de l'omniprésente et insaisissable « société civile » qui pratiquent avec une redoutable efficacité, sous couvert d'approfondissement de la démocratie, le léninisme médiatico- gramscien. Inclure dans le nouveau droit constitutionnel ou gouvernemental, la participation de fait aux processus décisionnels des juridictions et des autorités de régulation, les groupes de pression, les initiatives médiatisées, l'action des leaders d'opinion, les happenings politiques du type gay pride, José Bové ou intermittents du spectacle est difficile mais nécessaire puisque l'initiative et l'énergie politique passent désormais, aussi, par ces canaux.

## **IV- Pour un droit constitutionnel influent mais impur.**

Le nouveau droit constitutionnel (28) devrait donc intégrer des développements approfondis sur les idées politiques et économiques, les groupes de pression, les idéologies dominantes, les cultures juridiques, les fonctionnements oligarchiques et les formes d'élitisme, les cléricatismes ou sacerdotismes, les fonctionnements et fonctions réelles des cours constitutionnelles, les organes de régulation, les modes de désignation des juges, experts et sages, l'importance de leur biographie, leurs orientations idéologiques, la casuistique et les rituels juridiques, le droit pyramidal et le droit en réseau, le droit pur et le droit immergé. Cette entreprise conduit donc à le diversifier et à le banaliser. A reconnaître la légitimité de plusieurs types de droit constitutionnel et à admettre que ce puisse être une science sociale comme les autres, sans fondement spécifique et en osmose avec les autres.

### **A- Le droit constitutionnel diversifié.**

Il s'agirait d'admettre une pluralité d'axes centraux, de sources réelles, de matrices. Bien sûr la constitution, mais aussi les visions du monde, l'histoire, la sociologie, la culture qui la déterminent aussi bien lors de son adoption que de sa récréation continue par les gouvernants, les juges constitutionnels et le peuple. On devrait donc envisager plusieurs types de « droits d'entrée » légitimateurs dans la fonction d'enseignant chercheur en droit constitutionnel : non seulement une connaissance approfondie du contentieux constitutionnel mais aussi celle des contextes et déterminismes, historiques, politiques, sociologiques.

28- In « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », op cit, Jacques Caillosse a déjà approfondi la question mais plutôt à propos du droit administratif)

Diversification (d'ailleurs déjà à l'œuvre) des sources, des formations, des recherches habilitantes mais aussi des enseignements. Ne faudrait-il pas enseigner plusieurs théories générales en ayant conscience de l'ambiguïté de ces discours qui tiennent à la fois du prêche et de la science. On a dit que notre théorie générale classique justifie un type de fonctionnement politique et administratif, qu'elle comporte des articles de foi, que c'est aussi un grand récit qui prépare à l'enseignement du droit administratif classique. Au motif que ces mythes fondateurs n'opèrent plus aussi bien, ou qu'ils sont violemment combattus par les intérêts qu'ils contrecarrent, faut-il les abandonner ? Certainement pas. On ne peut en effet se couper des origines d'un droit constitutionnel qui a eu, ici et ailleurs, une grande efficacité pour la consolidation de la nation et de l'Etat. Ce droit appartient à une culture juridique encore enracinée et opérante, qui a prouvé son efficacité à l'exportation, et qui continue d'ailleurs à s'exporter (voir, par exemple la création récente de tribunaux administratifs au Maroc et en Algérie.)

Ne faudrait-il donc pas relativiser les modes, parier sur une résistance des cultures nationales, admettre que les mythes sur lesquels fonder d'autres types de théories générales connaîtront à leur tour une érosion. Ainsi, on découvre aujourd'hui en Hollande, dans un contexte de crispations et de violences communautaires, les mérites de la laïcité à la française. Et peut être faudra-t-il bientôt, en France, pour ressouder et apaiser la société, démonter l'idée d'Etat bandit et de représentants pourris, démontrer que la vie politique n'est pas confrontation entre offre et demande, et réhabiliter les mythes fondateurs (service public, égalité devant la loi, représentants capables de se hisser au niveau de l'intérêt général).

Tout cela renvoie, bien sûr, à la délicate fonction de l'enseignant en droit, et particulièrement en droit de l'Etat, droit constitutionnel servant de « base » au droit constitutionnel. N'est-il pas, aussi, peut être malgré lui, un professeur d'instruction civique, un formateur de citoyens après avoir été un pilier de la vieille République ? Et doit-il mettre de côté les notions, idéologiquement marquées, d'Etat impartial au service de l'intérêt général, de souveraineté nationale et de régime représentatif qui restent au cœur de son enseignement et du pacte social traditionnel. Doit-il enseigner exclusivement un droit constitutionnel post moderne, relativisant l'élu et la loi, consacrant la prééminence de nouvelles avant-garde éclairées, la gouvernance des experts, des réseaux, des juges et des sages, sous la pression de « l'opinion », de la « société civile » et dans le cadre pré imposé des « bonnes règles » anti étatiques, contractuelles et libérales ?

Ne faudrait-il pas, comme les maîtres du passé, qui ne dédaignaient pas controverses et enseignements engagés, rester historiens, prêcheurs et analystes des évolutions constitutionnelles contemporaines. Historiens et analystes, bien sûr : on doit exposer toutes les théories fondatrices, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg, Hayek, examiner les divers grands récits légitimateurs, toutes les fictions socles : aussi bien « la loi expression de la volonté générale », l'Etat impartial au service d'une idée de droit que les nouvelles fictions en vogue, la main invisible, la concurrence pure et parfaite, l'optimum, la société civile, l'Etat bandit, la privatisation salvatrice, l'indépendance et l'objectivité des nouvelles instances de régulation, la gouvernance.

Mais ouvrir à tous les courants n'empêcherait pas de rester prêcheur, sans s'en cacher, pour faire contrepoids aux grands récits et aux prêches pseudo scientifiques libéraux efficacement à l'œuvre. Dans la mesure, bien sûr, où l'on croit aux valeurs républicaines, fondement du droit public classique, et où on craint l'emprise du profit, l'individualisme absolu, l'« imperium des

affaires » (Pierre Legendre). Et si l'on regrette que la paroisse ou l'amphi républicain se vide, si l'on croit qu'il faut réveiller la vraie foi. Après tout n'avons-nous pas toujours plus ou moins cadré nos étudiants dans les dogmes républicains du droit public. Cet enseignement, ou « ce récit dans lequel l'administration se raconte » (29) a toujours été quelque peu quelque peu péroration racontant, par exemple, et même au travers d'exégèses juridiques apparemment neutres parce que très érudites, une magnifique aventure du Conseil d'Etat où il était surtout question d'intérêt général, de protection des libertés individuelles, d'équilibre sauvegardé entre les droits des individus et les contraintes libératrices de l'intérêt général, de haute administration parfaitement désintéressée, impartiale, oblate. Les exposés les plus apparemment neutres, objectifs, « scientifiques », n'étaient-ils pas les plus adroitement propagandites, comme le sont aujourd'hui les graphiques et modèles scientifiant l'amenuisement de l'Etat ? Après tout, ne serait-il pas plus méritoire de convertir, en 2010, des ironiques que de prêcher, en 1980, des convaincus?

## **B- Le droit constitutionnel banalisé**

Tout invite donc à sortir à sortir de l'absurde séparation droit constitutionnel –sciences politiques. Puisque les deux disciplines abordent, sous des angles différents, le même objet : l'exercice du pouvoir gouvernemental sur la société. Et puisqu'en France la séparation a été accentuée du côté des sciences politiques pour s'émanciper en s'opposant, et du côté du droit constitutionnel, pour préserver une objectivité, une pureté, voire une sacralité positiviste contestable et marginalisante.

Les sciences politiques françaises se sont séparés ostensiblement du droit constitutionnel, trouvant leur légitimation scientifique dans le suivisme anglo-saxon : aujourd'hui, dans les travaux de sciences politiques, citer de grands juristes français pratiquant une forme de science politique disqualifie alors que barder ses écrits de références américaines légitime, et est devenu la norme.

En même temps, le droit constitutionnel s'est valorisé par le contentieux qui l'a fait accéder, dans les milieux académiques, au rang de droit authentique. Puis on a fini, assez largement, par admettre que le contentieux n'était pas du tout pur de pressions, d'idéologies, de parti pris politiques, et que les juges, au fond, en précisant dans le flou du droit, imposaient aussi leurs choix politiques. Dès lors qu'on admettait plus ou moins qu'un droit très techniquement sophistiqué pouvait être aussi un droit éminemment politique, le contentieux perdait sa fonction valorisante, et purificatrice. Et le droit constitutionnel son label scientifique.

D'où, sans doute, la quête, aujourd'hui, d'un nouveau marqueur scientifique : une forme très abstraite, absconse et élitiste de théorie du droit, excellent moyen pour se distinguer des constitutionnalistes bonimenteurs, trop proches du café du commerce. Voilà, en effet, de quoi se maintenir dans la position- imaginaire ?-du chercheur authentique ne faisant pas du petit bricolage juridique mais de la vraie science.

En revanche, les orientations de la théorie, ou des théories générales ici esquissées impliquent un retour du droit constitutionnel vers les idées politiques et économiques, la philosophie du droit, les sciences et la sociologie politiques, l'histoire. Pour en refaire une discipline carrefour, englobante, « de couronnement », et donc à nouveau très influente. Une discipline fécondée par d'autres et non un univers séparé, différent et pur, prétendant obéir au principe d'imputation et non de causalité.

29- *ibid*, p.464.

Car le droit constitutionnel obéit, comme les autres sciences sociales, au principe de causalité. Par exemple, les juges constitutionnels obéissent-ils objectivement, par déduction impérieuse, à une norme suprême posée en soi et tout à fait extérieure à eux, ou, aussi, à des pressions sociales et préjugés politiques les conduisant à tel type d'interprétation d'une norme éminemment malléable ? En fait, ils n'oeuvrent pas dans un univers pur, hors politique, et hors social. Ce ne sont pas des mathématiciens déduisant dans l'univers abstrait de la norme pure mais des ingénieurs sociaux, et des bricoleurs juridiques sacralisés par leur fonction raisonnant sur la règle à partir, aussi, de leurs valeurs et de leur sens des nécessités sociales.

Le droit constitutionnel n'est pas pur. Il doit incorporer en son sein ce qui l'anime et le fait évoluer, l'objectivité scientifique consistant alors à bien montrer que tel type d'idéologie, de culture, de sous-bassement social ou de rapport de forces peut conduire à tel type de droit constitutionnel ou de jurisprudence. Il nous faut donc admettre que le droit constitutionnel n'est pas clos et qu'il a besoin d'apports extérieurs, germes et amplificateurs. Que nous travaillons sur une science sociale parmi d'autres, cherchant dans l'univers impur de la causalité, de l'incertain, du toujours réfutable, autant sinon plus que dans l'univers logique et pur de l'imputation. Ce n'est plus du droit et ce n'est pas un juriste objectera-t-on. Mais qui parle de la vie et du monde que le droit doit harmoniser. Et qui peut y participer, et influencer sur eux. Et qui reste hors jeu, hors monde, à l'abri des souillures sociales, dans le temple éthéré mais vide ?