

## XXL CONSTITUTION: ELARGIR ET CREUSER LE CHAMP CONSTITUTIONNEL

**Bernard Cubertafond, Professeur de droit public, Paris 8**

( Association Française de Droit constitutionnel, Congrès de Nancy 2011,  
atelier 3 *Droit constitutionnel et autres sciences sociales* animé par Xavier Bioy, Anne  
Marie Le Pourhiet, Dominique Schnapper)

« Le droit peut donc être un moyen de comprendre l'histoire politique et sociale car il reflète sous sa forme cristallisée par le langage, un certain état des choses (*Sachverhalt*). Il est certain, selon nous, que les juristes spécialistes de droit constitutionnel auraient intérêt à prendre au sérieux cette dimension « structurelle » de la constitution. Mais, obsédés par la question de la valeur normative – sa suprématie au sein de la pyramide des normes- ils oublient complètement sa dimension temporelle, et donc le phénomène central de *la durée de la constitution* ».

« Ceux qui nient soit l'élément juridique, soit l'élément politique dans la constitution, ratent la spécificité d'une notion qui ne se saisit qu'à partir de la charnière du droit et du politique »

Olivier Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, n° 3, p.2 et 3; et p.29

« Il faut en effet sortir de l'idée « caractéristique de la culture juridico-politique française « selon laquelle « le droit et le politique sont deux univers qui ne peuvent s'interpénétrer ». La dimension politique n'est pas une spécificité du Conseil français mais de toutes les instances de la justice constitutionnelle. Il importe donc de ne pas isoler le Conseil de l'ensemble de ce système qui lui donne sens et d'étudier son fonctionnement, mais aussi les relations concrètes et objectives qu'il entretient avec le monde politique. On ne saurait s'en tenir à la seule étude interne de sa jurisprudence »

Dominique Schnapper, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010  
Gallimard , p. 218

«Le droit ne saisit plus le pouvoir que comme compétences, rapports fonctionnels, engendrement de normes, circuits procéduraux. A l'instar des mystiques et des renonçants, le juriste prétend atteindre le plus haut degré de pureté et de perfection par l'élimination de ce qu'il y a de plus faillible dans le monde: l'humain.»

«Il y a donc une véritable ascèse du droit, une expurgation à travers lui de la relativité des pratiques humaines, de l'irrationalité des psychologies individuelles et collectives et même de la complexité du réel. Il va de soi que la constitution du droit en objet séparé, en système réputé parfait, délivré de toute intention morale, traduit au contraire la visée hautement morale et, par là même, idéologique de ses promoteurs »

... « Ainsi le droit a-t-il trouvé son système théorique le plus achevé avec une doctrine qui ne situe son fondement nulle part ailleurs qu'en lui même »

... « Non seulement le fait de domination est occulté derrière l'acte de commandement, mais il est encore séparé de la réalité humaine qui l'engendre et rapporté à la nature même d'un système juridique posé hors du temps et de l'espace, en dehors de l'histoire, comme *déjà là*. La force du normativisme tient à cette suspension dans l'éther social, dans ce non-espace et ce non-temps qui le place hors de toute confrontation critique avec le réel et qui font, pour finir, de la connaissance juridique la plus étrange des sciences sociales; celle dont le social a été évacué »

« A l'abri de l'épreuve des faits autres que ceux qu'il produit, sélectionne ou interprète, le système juridique est conçu comme un fait sans occurrence, comme *quelque chose qui ne se produit pas, mais qui existe* dans le mouvement perpétuel de son propre engendrement: le droit fabrique du droit qui fabrique du droit qui fabrique du droit, selon l'image de Dworkin d'un roman écrit à la chaîne ».

Philippe Ségur, *Le Pouvoir Monstrueux*, Buchet Chastel, 2010, p.129, 131 et 132

## **Plan**

### **Introduction**

- 1-Un droit constitutionnel sans chair**
- 2-Un droit constitutionnel sans influence**
- 3-Un droit constitutionnel renaissant?**

### **I-ELARGIR: LES TERRITOIRES CONSTITUTIONNELS**

#### **A-La constitution matérielle**

- 1-les textes nationaux matériellement constitutionnels**
- 2-l'inter et le supra national (la constitution européen-française)**
- 3-le droit politisé**

#### **B-Les constitutions économiques et sociale**

- 1-La constitution économique**
- 2-La constitution sociale**
- 3-adoption juridique et rejet social de la constitution économique européenne**

#### **C-La constitution imaginaire**

- 1- constitution et grand récit**
- 2- grands récits français et européen**

#### **D-La constitution profonde**

### **II-CREUSER: LES FORCES CREATRICES DU DROIT CONSTITUTIONNEL**

#### **A-LA QUETE DE LA RECONNAISSANCE**

- 1- théorisations**
- 2- démocratie des droits**
- 3- constitution démotique**

#### **B-LA BATAILLE DE L' INTERPRETATION**

- 1- la révision par les acteurs**
- 2- le potentiel constitutionnel**
- 3- la biographie des juges**
- 4- le contexte politique et social des décisions**

**Conclusion : Droit constitutionnel et sciences et histoire politiques.**

## Introduction

### 1-Un droit constitutionnel sans chair

Le positivisme encore dominant nous enferme dans de la règle engendrée par de la règle, dans la seule obsession de la conformité du droit à du droit, comme si la vie du droit se limitait à ces petites confrontations plus ou moins hiérarchisées, et, à cet égard, la QPC, quelle aubaine! Il conduit aussi à focaliser sur les finasseries du dernier ressort, ces petites bagarres camouflées entre juges « suprêmes » jouant, entre eux, au plus moderne, au plus malin, se copiant, se marquant à la culotte, se démarquant, surenchérissant en quête du dernier mot et de la prééminence, mais avec toujours en bouche l'impartialité absolue, le strict service de la loi et le progrès de l'Etat de droit ou la démocratie des droits.

Voilà donc de quoi alimenter notre exégèse sans fin, par exemple, ces temps ci, autour du petit match français à épisodes sur le terrain de la garde à vue: ô le beau dribble, ô la belle feinte, ô le beau but, ô la belle nouvelle technique importée et voilà la Cour de cassation qui reprend l'avantage, mais non le groupe reste uni, l'ensemble est cohérent, ça ne joue pas personnel, à chacun sa zone (1). On nous dit même que ce « dialogue » des juges restant entre eux, cet enrichissement de la jurisprudence par la jurisprudence, ce « commerce » de despotes éclairés seulement élargi à quelques « amis de la cour » triés sur le volet serait du « droit vivant », voire le « droit vivant »(2) Ainsi pourrait-on croire que le droit des positivistes n'est plus autarcique, tautologique, qu'il s'est ouvert à la vie, élargi.

Reste, pourtant, la réticence fondamentale à travailler comme des historiens et des sociologues, la prohibition du principe de causalité, la focalisation sur le principe d'imputation, l'obsession du droit « pur », l'interdiction, sous peine d'exclusion de la tribu, de la recherche des sources réelles, profondes du droit, sociales, économiques, politiques, culturelles, historiques, idéologiques. De ce que Georges Ripert appelait « les forces créatrices du droit » (3).

Gare à l'excommunication, au « ce n'est plus du droit », « ce n'est pas un juriste ». Ou à la remarque, apparemment bienveillante: « intéressant mais revenons au sujet, aux choses sérieuses ». Mais où sont les choses sérieuses, où situer le coeur du droit constitutionnel, qu'est ce qui, fondamentalement l'engendre, le modifie, à quoi et à qui sert-il, quelle est, où est sa vraie vie? « Ailleurs ». Ou plutôt, ici, certes, dans la règle décortiquée, triturée entre soi mais aussi - surtout?- ailleurs, dans la règle exigée par des mouvements politiques et sociaux, rêvée, imposée par l'idéologie dominante, modifiée au gré des circonstances et des rapports de forces, interprétée par divers acteurs politiques, et par des juges constituants et législateurs.

1-cf Denys de Béchillon, « Cinq cours suprêmes? Apologie mesurée du désordre », *Pouvoirs*, n°137, 2011, *La question prioritaire de constitutionnalité*, p 33-45

2- cf Catherina Severino, *La doctrine du droit vivant*, préfaces de A. Pizzorusso et de Louis Favoreu, Economica, 2003. Selon la doctrine italienne du droit vivant, la Corte Costituzionale tient compte, sous certaines conditions, de la signification que la loi déférée a acquise lors de son application. Cette doctrine met en évidence les liens étroits, parfois conflictuels, entre juge constitutionnel et juges ordinaires. Voire, par extension, entre juges suprêmes.

3- Hans Kelsen( *Théorie pure du droit*, 2ème traduction de Charles Eisenmann, Dalloz, 1962) l'emporte encore sur Georges Ripert (*Les Forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955). Jusqu'à quand?

## 2- Un droit constitutionnel sans influence

Cette expulsion de la vraie vie, cette atrophie auto justifiée de notre droit constitutionnel français, cette froide objectivité de façade se payent lourdement. Parce qu'ils ont, au nom du droit pur, déserté une partie sinon l'essentiel de leur champ, et parce qu'ils ont pu croire que l'étude du contentieux constitutionnel constituait l'élargissement salvateur du champ, et conférerait enfin au droit constitutionnel label scientifique, les constitutionnalistes français majoritaires ont abandonné une partie, et qui sait, l'essentiel de leur champ d'études et d'intervention.

Est donc bien passé le temps où Maurice Duverger, Georges Vedel, Jacques Robert donnaient dans *Le Monde* le la pour les commentaires politiques. Aujourd'hui, commentaires et médias se sont multipliés et diversifiés, ce qui aurait pu permettre une pénétration encore plus large du droit constitutionnel. Or, écoutons par exemple *France Culture*, ou lisons les grandes revues généralistes (*Le Débat*, *Commentaire*, *Esprit*, etc...) Partout où l'on discute du pouvoir, de la justice, du droit et de la religion, des principes régissant la famille, des valeurs sociales fondamentales, de la démocratie, de la délibération, de la participation politique, des évolutions européennes, des mouvements sociaux ou encore des révolutions, des transitions et des actualités politiques, bref de tout ce qui touche, de près ou de loin au pouvoir politique, et donc au droit constitutionnel, droit politique par excellence, l'absence, ou l'extrême rareté des constitutionnalistes est criante.

Et ce même s'il y a quelques brillantes exceptions Et si un courant grandissant, adopte la problématique revivifiante du droit constitutionnel droit politique, puise dans d'autres écoles juridiques européennes, s'irrigue dans d'autres sciences humaines, notamment la philosophie et l'histoire, redécouvre et promeut un droit constitutionnel intrinsèquement politique et historique (cf notamment, la revue en ligne trilingue *Jus Politicum*).

C'est donc encore surtout comme si les questions constitutionnelles fondamentales n'étaient plus de notre ressort. Comme si elles étaient, désormais du domaine des philosophes, des politistes, des sociologues, des historiens, des anthropologues. Comme si, en France, nombre de constitutionnalistes n'étaient plus concernés par tout cet « impur » et que, volontairement repliés sur le rôle de plombier-pontifes, il ne devaient plus être consultés que sur le sens d'une formule, les méandres et la traduction d'un arrêt, une chikaya policée entre juges suprêmes, un circuit juridique à suivre, éviter ou réparer, une référence ou une interprétation sur un bout de texte, une comparaison internationale.

Et l'actuelle composition du Conseil Constitutionnel français marque encore plus cruellement notre relégation;. On tend en effet à trouver normal qu'il puisse (doive?) accueillir, un ancien président de la Cour de Cassation, un ancien vice président du Conseil d'Etat, tel grand préfet, tel ex ministre également ex conseiller présidentiel, ou encore tel homme politique ex commissaire européen présenté comme nécessaire transmetteur de nouvelles hiérarchies normatives. Et même, depuis juillet 2010, une originaire de la Cour des comptes! Le Conseil pourrait donc devenir l'ultime étage dans la carrière des honneurs étatiques et l'atelier suprême du, prétendu, « droit vivant ». Mais quasi personne ne s'étonne de l'absence, pourtant scandaleuse, des professeurs de droit, en tous cas au sens orthodoxe, auquel notre milieu est si attaché, du terme(1).

1-Lire, toutefois, Patrick Wachsmann, « Sur la composition du Conseil Constitutionnel » *Jus Politicum*, n° 5

Nous voilà donc absents, muets, inaudibles, accessoires, et plus du tout ce que, savants d'une discipline matricielle, nous pourrions être, ou redevenir: penseurs, concepteurs, créateurs, architectes, maîtres d'oeuvre. Le droit constitutionnel pourrait- devrait- être, en effet, une discipline carrefour, et de couronnement, faisant appel à toutes les autres sciences humaines pour expliquer, le pouvoir gouvernemental, la nécessité du droit et ses modes, réels, de création, les fictions permettant la constitution de sociétés politiques ( Etat, nation, souveraineté, représentation, etc.), les modes de gouvernement et la participation politiques. Hélas, l'hypertrophie du contentieux a conduit à l'expulsion, ou à la marginalisation et à la délégitimation scientifique de ce qui, pourtant, devrait constituer notre coeur de métier.

### **3- Un droit constitutionnel renaissant?**

Le droit constitutionnel, discipline technique accessoire ou discipline de couronnement? Du droit créant du droit qui crée du droit, qui crée du droit. Ou du social créant du droit? Le regain d'influence implique de relier à nouveau le droit constitutionnel, non seulement au contentieux mais aussi, et autant, à la science politique, à l'histoire politique et des idées, à la sociologie. Il s'agit là, en effet, pour lui, d'éléments également consubstantiels.

Cette approche ouverte conduira certainement aussi à ré-aérer le droit constitutionnel en y ré-introduisant de la pensée constitutionnelle imaginative et contradictoire notamment en re convoquant des auteurs proposant leur vision, évidemment et ouvertement subjective, politique, du droit et du monde. Stéphane Pinon (1) a déjà exhumé quelques doctrines constitutionnelles séminales et j'ai le souvenir d'autres auteurs, tels Georges Burdeau ou encore Philippe Braud, dont la fréquentation nous apparaissait, aux temps du droit constitutionnel et de la science politique, intellectuellement très fructueuse. Nous avons trop négligé notre propre patrimoine, qui doit, bien sûr, très librement s'enrichir des ouvertures allemandes, italiennes, espagnoles et belges. Et nos diverses habilitations devraient consacrer des travaux imaginatifs et limiter la part du rituel d'intégration et du contrôle de conformité.

Comment reprendre le terrain abandonné et l'influence légitime? En sortant de la fiction du droit pur, et du principe d'imputation. Et en considérant le droit constitutionnel comme une science sociale comme une autre, parmi d'autres et s'en nourrissant, fondée sur le principe de causalité. Bref, en admettant que le droit constitutionnel est, par excellence, du droit politique. Ce qui implique, notamment, d'élargir et d'approfondir son champ.

### **I- ELARGIR: LES TERRITOIRES CONSTITUTIONNELS**

La constitution concerne l'organisation du pouvoir, des pouvoirs, mais elle a aussi à voir avec ce qui constitue la société, la structure, l'enserme, la fait évoluer: les traditions et mythes historiques, la culture dominante, les pressions et contraintes économiques internationales, etc.... Il y a du constitutionnel - c'est à dire, sous pressions politiques, de la réglementation et de l'exercice du pouvoir politique et des droits fondamentaux - au-delà du texte constitutionnel, de son interprétation et de sa pratique. Au delà donc de ce qu'on a pris l'habitude de considérer comme du droit constitutionnel dans les manuels, cours, et même articles classiques.

1- Stéphane Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la cinquième République*, LGDJ, 2003; «La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française», *Politeia*, 10, 2006, p.407- 468.

L'élargissement du champ constitutionnel, ou son étude sous toutes ses dimensions, est déjà préconisé, ou en cours. Ainsi Marie Anne Cohendet distingue régimes (les règles) et systèmes politiques ( la réalité vivante des institutions, résultant de la combinaison entre régime et « le système des variables déterminantes » tels que l'histoire qui crée les habitus, les précédents d'application de la constitution, la géopolitique, le contexte international et diplomatique, le système des partis, notamment les modes de scrutin, la situation des forces politiques, la situation personnelle des dirigeants politiques, des éléments de psychologie et de sociologie.)(1). Ou encore Stéphane Pierré Caps insiste sur la Constitution démotique c'est à dire sur la composition humaine de la collectivité étatique, substrat humain homogène et divers( identité et autonomies)(2). Et la revue *Jus Politicum* propose des études de droit constitutionnel historiques, sociales et de droit comparé sortant du positivisme constitutionnel réducteur.

A la suite, notamment, de Marcel Prêlot, qui distinguait le droit constitutionnel politique, juridictionnel, administratif, démotique(3), (prenant donc en compte le substrat humain), ou encore de Maurice Hauriou qui distinguait constitution politique et constitution sociale (4), nous donnerons successivement à « constitution » cinq sens et contenus différents, mais pouvant se recouper, et très discutables ( ce ne sont encore, à ce stade, que des directions de recherche). On aurait d'ailleurs pu aussi avancer que la constitution matérielle englobe les constitutions, économique, sociale, imaginaire, profonde.

#### **A- LA CONSTITUTION MATERIELLE**

Parmi les sens donnés à l'expression, on retiendra le sens suivant: ensemble des textes relatifs au pouvoir politique, qu'ils soient, ou non, formellement constitutionnels. La constitution matérielle va au delà de la constitution formelle (quelle incluse) au moins dans trois directions:

1- Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 3ème édition, 2008

2- Stéphane Pierré Caps, « La constitution démotique ou les mutations de la constitution au seuil du 21ème siècle », in *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXX ème siècle, Mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, PUN, 1999; cf , aussi, Marianne Vervin, « La question du droit constitutionnel démotique », *Civitas Europa*, n° 9 septembre 2002, p.141-164. Définition donnée par Anne-Marie Le Pourhiet, in *Droit Constitutionnel*, Economica, 3ème édition, 2010, p. 38: « définition du substrat humain de l'Etat constitué, de son identité c'est à dire de ce le rend homogène malgré son éventuelle diversité. ( identité et autonomies) ».

3- Marcel Prêlot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1963, 3ème édition, p.31: répartit le droit constitutionnel en quatre divisions : le droit constitutionnel politique, administratif, juridictionnel et démotique (de demos, le peuple).

4- Cf Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, notamment p. 611 et 612; La constitution sociale recouvre, l'*ordre politique et social* et les domaines préservés de la vie et de la liberté individuelles, faits naturels qui doivent être absolument préservés. Donc l'ensemble des normes de droit positif ou de nature sociologique structurant la société civile et garantissant l'autonomie privée. Cf Nicolas Foulquier, « Maurice Hauriou Constitutionnaliste », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

### **1- les textes nationaux matériellement constitutionnels**

Les lois et réglementations sur, la presse, l'audiovisuel, les partis, les associations et/ ou organisations non gouvernementales, les élections, les manifestations, l'audiovisuel, les groupes de pressions, les activités de la « société civile », les porteurs de cause, les religions, la laïcité, les rapports administrations-administrés et secteur public-secteur privé, les conflits d'intérêts, les sondages d'opinion, se situent en général hors constitution formelle. Mais elles conditionnent, plus ou moins, l'exercice du pouvoir gouvernemental; On peut donc les considérer de nature, matériellement, et non formellement, constitutionnelle, même si l'expression reste polysémique (1).

La constitution textuelle excède donc largement la constitution formelle. L'étudier dans son ensemble conduit à aller sur des terrains en général quadrillés par le droit administratif et les libertés publiques. Et à relier, à nouveau, tout naturellement, ce droit constitutionnel matériel avec les autres sciences sociales. On se demande en effet, par exemple, pourquoi tel type de réglementation pour partis, religions, etc., quel type d'organisation partisane on cherche plutôt à promouvoir en choisissant telle réglementation précise. Ou encore quel contexte historique appelle tel type de règle, puis tel type d'application ou de révision de celle-ci?

Histoire contemporaine, histoire des idées, sociologie et science politique contribuent à expliquer le droit positif qui se situe, en fait, au coeur de la dialectique besoins politiques – réponses juridiques. On dira peut être que cette approche globale va de soi: il y avait pourtant une tendance à la disparition de ces rubriques pourtant réellement constitutionnelles dans les manuels et les cours Et à leur abandon à la science politique. Au contraire, avec l'approche globale, peuvent être étudiés, et rapprochés, tous les aspects d'une question, par exemple , à propos des partis, aussi bien les théories et classifications de Lénine, Robert Michels, Maurice Duverger, Pierre Avril, Otto Kirchheimer, etc..., que les législations et jurisprudences relatives au financement de la vie politique.

### **2- le droit constitutionnel international et supra national (franco européen)**

Certains manuels incluent des développements européens. Il s'agirait, ici, non de rajouter un chapitre de droit constitutionnel européen mais de prendre en compte le mixte constitutionnel franco européen, voire la prééminence européenne conduisant à l'obsolescence de dispositions françaises. Comment en effet commenter objectivement les articles 2, 20, etc... sans les relativiser à partir d'exposés modérateurs et complémentaires sur le Conseil, la Commission, l'arrêt Costa Enel et la primauté du droit communautaire, etc...Pourtant, certains manuels s'attardent encore sur le domaine de la loi, dont on sait depuis longtemps qu' il « n'existe pas » (Favoreu), et apportent sur « la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ... », « le gouvernement détermine et conduit... », « le parlement vote la loi », « tout mandat impératif est nul », des réponses du passé pré européen! (2).

1- cf, dans le cadre de cet atelier, la communication de Franck Lafaille, « La constitution au sens matériel » de Costantino Mortati »

2-cf Bernard Cubertafond, « Cinquante ans après, malaise et termites dans la Cinquième République » *Revue Politique et Parlementaire* n° 1048, 2008, p. 101-109.

Enfin, alors que le droit constitutionnel actuel inclut bien sûr la Convention et Cour européenne des droits de l'homme, déterminants pour les droits fondamentaux, pourquoi ne pas inclure des développements sur les idées, les forces et organismes « déterminant la politique de la nation » que sont, de fait, le G20 et/ou 8, l'OMC, le FMI, l'idéologie financière-libérale dominante, et même les agences de notations.

### **3- le droit politisé**

Partant du principe que « le droit est décision politique », Christoph Gusy, définit pour le droit constitutionnel, droit politique, trois domaines (1). D'abord celui du « droit de l'organisation et de l'institutionnalisation des processus politiques », qui tend à recouper la « constitution matérielle » évoquée plus haut. Ensuite « celui dont l'application et l'interprétation se déroulent de façon (également) politique ». Autant de domaines dans lesquels la dépolitisation a échoué. Car de nombreuses réglementations « n'ont pas un contenu purement technique, économique, médical ou éthique », « contrairement aux idées reçues ». « De même sont politiques les normes qui, certes, n'habilitent pas exactement à la production du droit, mais sont si matériellement tellement vagues que leur contenu doit être précisé par les personnes concernés et les tiers. » Ou quand on dit que les intérêts publics et privés doivent être mis en balance. Son troisième domaine serait celui des « normes dont la validité ou l'application demeure politiquement contestée ». Ces normes n'arrivent pas à produire leur dépolitisation du fait de résistances au sein des organes d'application, des personnes concernées et/ ou de l'opinion publique. L'extension potentiellement sans fin du politique ouvrirait donc un champ indéfini au droit constitutionnel conçu comme droit politique

## **B- LA CONSTITUTION ECONOMIQUE ET LA CONSTITUTION SOCIALE**

Aujourd'hui, notamment dans le cadre de l'Union Européenne, et de la mondialisation, une constitution économique et une constitution sociale européenne, subrepticement imposées, tendent à supplanter les constitutions formelles nationales.

### **1-La constitution économique**

**La constitution subreptice.** Il y a encore peu de dispositions économiques dans les constitutions actuelles. On tend toutefois à y inclure des dispositions capitales.. Soit par voie de révision formelle: exemple actuel des dispositions tendant à sacraliser l'équilibre budgétaire et donc des politiques anti Etat entrepreneur, protecteur et égalisateur. Soit par voie d'élargissement jurisprudentiel de principes généraux: par exemple, en France, constitutionnalisation par le Conseil Constitutionnel de la liberté d'entreprendre. Soit encore par introduction de dispositions déterminantes dans la constitution matérielle: par exemple pour les agences dites « indépendantes » destinées à « réguler » c'est à dire, en fait, à remplacer, dans de plus en plus de secteurs d'activité, des interventions étatiques contraignantes par la loi de l'offre et de la demande.

1- « Considérations sur le « droit politique » », *Jus Politicum*, n° 1, notamment III- Droit politisé

**La constitution déterminante.** Cette constitution économique de fait est pourtant aujourd'hui ressentie comme le cadre politique et institutionnel déterminant, le lieu inavoué du pouvoir réel, au delà des gesticulations des politiques prétendant encore « déterminer la politique de la nation ». Traduisant les dictats de la mondialisation et du libéralisme financier, elle pèse sur les vies quotidiennes (chômage, perte de revenus, remise en cause des services publics et des acquis sociaux). Et suscite des réactions de rejet (non français et hollandais à la « concurrence libre et non faussée » consacrée par la « constitution européenne »; votes pour les partis anti système). Ces refus d'une nouvelle constitution économique libérale prédominante mais subrepticement imposée, et pour le maintien de la constitution sociale dont il sera question par la suite, peuvent être caricaturés par les despotes éclairés de la « bonne gouvernance » et par les ploutocrates en populisme régressif et raciste.

**Une approche nécessairement pluridisciplinaire.** L'étude de cette constitution quasi implicite mais essentielle fait appel à de multiples disciplines. La science et la théorie politiques pour étudier les adhésions, les rejets, et les nouvelles formes politiques ainsi engendrées: néo corporatisme, démo despotisme, etc...; l'histoire des idées et de la pensée économique: John M. Keynes puisque c'est un anti keynesianisme, Milton Friedman et les monétaristes, la pensée libertarienne, Friedrich A. Hayek qui donne le modèle du gouvernement sans législateur, Mosca, Pareto, Michels, pour étudier les nouvelles oligarchies, les discours idéologiques et pseudo scientifiques sur la, forcément, « bonne » gouvernance. Elle fait aussi appel au droit économique international et au droit mondialisé et européenisé de la concurrence: décisions de l'OMC, décisions anti concentration de la Commission ou encore arrêts Viking, Laval et Rüffert de la Cour de justice européenne sur la liberté des marchés internes et les droits sociaux fondamentaux (1).

**Du démo despotisme.** Cette nouvelle constitution économique tend à supplanter les constitutions formelles nationales dans le cadre d'une nouvelle forme politique que j'appelle le démo despotisme(2) (magistère des experts, des sages et des juges imposant les bonnes pratiques du marché et contreparties démocratiques ou compensations pseudo démocratiques sous forme de droits, de maternages et prestations). Elle déborde et transforme la démocratie représentative. Et elle heurte de front, et tend à annihiler, la constitution économique française classique qui trouvait ses traductions juridiques dans, feu, le droit public économique français, très interventionniste: politiques industrielles planifiées et soutenues par l' Etat, politiques, monétaire, des changes, des échanges, du crédit, des prix, nationales; actions étatiques de soutien budgétaire à la croissance et à l'emploi, protections douanières et sociales). Les mêmes, « bons », principes, de fait imposés comme nouveaux principes constitutionnels fondamentaux par les agences de notation, sous la menace de perdre la note AAA, remettent aussi en cause la constitution sociale.

1-Arrêts de la CJE sur la liberté des marchés internes et des droits sociaux fondamentaux Viking ( 11 décembre 2007), Laval ( 18 décembre 2007) et Rüffert (3 avril 2008) faisant primer la concurrence sur le droit du travail et réintroduisant subrepticement, selon certains commentateurs, la directive Bolkestein: un nouveau coup de force supra national et libéral dans la ligne de Costa/ Enel; une contribution à une « économie soviétique de marché » (Alain Supiot)?

2- cf Bernard Cubertafond, « Le roman de la Cinquième République à l'aube du démo despotisme », *Pouvoirs*, n° 104, et « Essai sur un despotisme post moderne, le démo despotisme », *Annuaire Français des Relations Internationales*, 2004, articles repris in *Le Nouveau Droit constitutionnel, un démo despotisme*, L' Harmattan, 2008.

## 2- La constitution sociale

On ne retient pas ici la définition, déjà mentionnée, de Maurice Hauriou, qui distinguait constitution politique ( les textes de la constitution écrite) et constitution sociale ( fondée sur les droits individuels, constitution de la communauté nationale, d'une légitimité supérieure). La constitution sociale est en effet entendue ici comme l'ensemble des droits économiques et sociaux souvent inclus dans les déclarations constitutionnelles de droits. Et plus particulièrement en France comme l'ensemble des garanties, protections, services et perspectives que l' Etat accorde aux individus, et qui contribuent à leur adhésion au pacte républicain et au contrat social national.

Cette constitution sociale, ou cette « République sociale » (1) sont aujourd'hui combattues par un autre modèle économique et social porté par la mondialisation et la financiarisation de l'économie et par l'idéologie libérale qui a gagné les institutions européennes: dénonciation des déficits publics, culpabilisation de l'assistance, évaluations des activités publiques selon les critères de l'entreprise privée, mise en concurrence des services et des individus, discours sur l'initiative mais méfiance et contrôles généralisés, dénonciation des corps de métier et des fonctions publiques fondés sur honneur et devoir, individualisme triomphant, exaltation de la création, même artificielle, de valeurs, justification des rémunérations financières exorbitantes, et, via les délocalisations, réduction de la rémunération du travail industriel.

## 3- Le rejet populaire et adoption juridique de la constitution économique et sociale européenne

**Réticences profondes.** Cette nouvelle constitution économique et sociale est souvent mal ressentie. Elle contribue à l'abstention et au zapping électoral, au discrédit des hommes et des institutions, à la méfiance à l'égard d'une Europe ressentie comme punitive (retour du « fini de jouer » de Pétain et de sa synarchie), aux replis identitaires et aux surenchères communautaires. Et la constitution formelle n'est plus considérée comme le réceptacle sacralisé d'une constitution sociale protectrice: le préambule de 1946 est relégué, trop souvent considéré a priori comme inapplicable; le Conseil Constitutionnel, alors reflet de la pensée unique pro européenne des aristocraties de fait au pouvoir, n'a jamais relevé les violations constitutionnelles pourtant flagrantes induites par les successifs traités d'approfondissement européen: on est donc passé d'une constitution nationale à une constitution européen-française, et à la subordination du Parlement, du gouvernement et de la loi nationale. Tout cela sans réécrire nos principes constitutionnels fondamentaux mais selon des formes constitutionnelles et démocratiques régulières.

**Adoption formelle.** Le Conseil Constitutionnel a accepté cette dérive sous couvert de dispositions procédurales creuses et cachotières ( le titre XV entérinant sans approfondir les principes et règles incompatibles). Lorsqu'il a été enfin consulté à propos de la « constitution européenne », le peuple a flairé la violation flagrante de ce qu'il ressentait comme son identité constitutionnelle et son non majoritaire a donc constitué une manière de contrôle constitutionnel populaire destiné à suppléer la complaisance et la défaillance du Conseil. On ne lui demandera donc plus son avis. Et la nouvelle constitution économique et sociale européen-française a été réintroduite, avec l'accord parlementaire, dans l' opportunément illisible traité de Lisbonne. On avance donc ici que la constitution de fait ne reflète plus la volonté populaire, et plutôt qu'elle la viole. Et que la volatilité de l'électorat, le désamour européen, la montée des votes et expressions extrémistes, les replis identitaires résultent pour partie de ce décalage: précarité du droit manquant de substrat politico social ! .

1- Michel Borgetto et Robert Lafore, *La République sociale*, PUF, 2000.

## C -LA CONSTITUTION IMAGINAIRE

Les constitutions économique, sociale, historique se recoupent. Et se rejoignent, dans les sous terrains de l'imaginaire et des croyances collectives; elles s'enracinent toutes, en effet, dans le grand récit (1), constitution imaginaire de la société, histoire nationale plus ou moins réinventée, avantageusement romancée, pour partie mythologique, dans laquelle la société se reconnaît, et qui peut la mobiliser, la mettre en mouvement.

Cette constitution imaginaire joue considérablement sur le droit positif. D'une part, au niveau de sa légitimité et de son acceptation. Une norme ne reflétant pas le grand récit encore dominant, même adoptée selon des procédures formellement démocratiques restera contestée, suspectée d'illégitimité. C'est le cas pour la constitution économique européenne de fait, en dépit des ratifications parfaitement régulières de chacun des traités d'approfondissement. D'autre part, au niveau de son interprétation dont on sait qu'elle peut être récréation. Elle constitue en effet un arrière fonds pouvant déterminer les interprétations fondamentales: les juges suprêmes peuvent y puiser consciemment ou non pour donner un sens, le bon sens c'est à dire le sens qui doit s'imposer, à la constitution matérielle.

La construction européenne heurte les grands récits nationaux; Puisqu'elle se fonde – on le répète - sur les idées, libérales, de réduction du périmètre de l'Etat, de méfiance à l'égard des interventions, des entreprises publiques, et de la fonction publique de carrière, de concurrence vertueuse, dont bénéficiera le consommateur et le contribuable, entre Etat et entreprises, de régulation par des agences promouvant la concurrence libre et non faussée, et d'abandon nécessaire des réglementations paralysantes et budgétivores, d'ouverture sans limite à toute société, voire tout individu converti à ses bonnes règles. Ce grand récit exalte la double appartenance au monde globalisé et à la région, plutôt qu'à la belliqueuse et frileuse nation, le cosmopolitisme, l'individualisme, l'initiative privée, la concurrence libre et non faussée, source maximale d'épanouissement et de création de richesses, le libre choix de ses moeurs. Elle a tendance, au nom du progrès et de la jeunesse, donc de l'avenir, à ringardiser tout ce qui tente de s'opposer à elle.

La plupart des Etats membres sont heurtés au niveau de leur propre grand récit, de leur constitution imaginaire qu'ils ont donc tendance à exalter en réplique; La Pologne va réaffirmer son catholicisme traditionnel et marquer sa réticence à l'égard des comportements, individuels, familiaux, sexuels « modernes » légalisés dans d'autres pays européens présentés comme précurseurs. Le gouvernement conservateur hongrois Orban va faire une réforme nationaliste de la constitution exaltant son histoire et accordant, hors frontières, la nationalité à tous ceux qu'elle veut considérer comme des hongrois d'origine. Les dirigeants anglais, allemands, français, hollandais, vont parler d'un échec du multiculturalisme, de la double nationalité et donc d'un certain cosmopolitisme européen. Les « indignatos » espagnols, sans doute précurseurs d'autres révoltes anti Europe libérale, réclament considération, protection et redistribution.

1- cf Jean François Lyotard. Et Bernard Cubertafond, « Crise positiviste et renouveau sociologique du droit constitutionnel » (la crise des grands récits), site de l'AFDC, congrès de Montpellier, 2004, et in Politeia, n° 7, 2005, p.623-647 et *Le nouveau droit constitutionnel, un démo despotisme*, op. cit.

L'affirmation par la jurisprudence constitutionnelle allemande, française ( mais ici encore sans conséquences pratiques) d'une « identité constitutionnelle » de chaque Etat à impérativement préserver permettra t-elle de rapprocher les points de vue et les grands récits nationaux et européens? Ces identités - dont la recherche requiert le concours des historiens plus que des juristes -ne seraient-elles pas les reflets constitutionnalisés des éléments irréductibles que sont ou seraient les droits fondamentaux en Allemagne, le service public à la Française, l'appartenance, qui ne ne saurait se perdre, à la nation hongroise, ou encore le fond catholique polonais?

En réalité, sur de nombreux points, les constitutions imaginaires européenne et nationales s'opposent. En France, l'Europe apparaît destructrice, castratrice et punitive, parlant le seul discours de l'effort sans fin. Négative et impuissante sur l'essentiel ( l'industrie, l'emploi, le pouvoir d'achat, les protections aux frontières à l'égal des autres grandes puissances économiques). Inexistante, voire contre productive en matière de politique étrangère et de défense. Vivant encore dans le monde imaginaire du patriotisme constitutionnel, de l'agir communicationnel, et du cosmopolitisme forcément vertueux. On peut craindre que les efforts normatifs et jurisprudentiels de rapprochement faits, du côté européen et du côté des Etats membres ne servent à rien aussi longtemps que l'Europe restera impuissante à mettre en place une histoire positive, heureuse. Pour que la norme européenne redevienne légitime, elle doit s'appuyer sur un grand récit à nouveau gratifiant.

### **C- LA CONSTITUTION FONDAMENTALE**

Avec les grands récits, n'étions nous pas, déjà, dans une constitution profonde, ou fondamentale? Nos distinctions constitutionnelles sont contestables. On appellera toutefois ici constitution fondamentale seulement ce qui constitue le coeur, le noyau dur, l'élément déterminant du pouvoir gouvernemental, Ce n'est pas forcément le plus visible, encore qu'il faille se méfier d'une théorie, conspirationniste, du pouvoir manipulé. Mais reconnaître et décrire une, éventuelle, « constitution implicite » (Rkia Al Mossadegh)(1) n'est pas succomber à la théorie du complot.

On veut dire simplement ici, qu'au delà des multiples détails sur le pouvoir gouvernemental, dans lesquelles on peut se perdre, il faudrait hiérarchiser et sans doute consacrer un chapitre distinct, pouvant éventuellement reprendre et rassembler des éléments déjà ailleurs disséminés, pour répondre à cette seule question: où est, comment s'exerce, l'essentiel du pouvoir; ou encore quelle est la règle ou la pratique fondamentale?

1-« L'interaction de l'explicite et de l'implicite dans la réforme constitutionnelle au Maroc» , *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999.

La constitution fondamentale répond donc en quelques phrases à la vieille question essentielle: comment sont-ils gouvernés? La réponse peut correspondre à la constitution « officielle ». Ainsi en Grande Bretagne: les élections aux Communes désignent premier ministre, majorité et opposition. Elle peut aussi s'en démarquer sans la renier; comme aux Etats Unis d'Amérique: présidence impériale ou pouvoirs plus partagés avec le Congrès selon les conjonctures électorales, magistrature de la Cour suprême et financement privé sans limites de la vie politique installant au coeur de l'administration le conflit d'intérêt et pouvant conduire à des dérives ploutocratiques(1).

Ce peut être une « convention de la constitution » ( Pierre Avril) née d'une décision historique. Ainsi, comme le dit Dominique Rousseau, « la véritable constitution républicaine de la France jusqu'en 1958 ne sont ni les lois constitutionnelles de 1875, ni la Loi fondamentale du 27 octobre 1946, mais le discours prononcé par Jules Grévy le 31 janvier 1879, dans lequel il affirme que jamais le Président de la République n'entrera en conflit avec la volonté des chambres : un accord politique s'établit en conséquence pour interpréter toutes les dispositions constitutionnelles, y compris celles relatives aux pouvoirs de l'exécutif, dans un sens toujours favorable au Parlement. Comble de la perversion, en prononçant en 1955 la dissolution de la Chambre des députés, Edgar Faure sera accusé de violer cet accord alors qu'il ne faisait qu'appliquer la lettre de l'article 51 de la Constitution de 1946. »(2).

Ce peut être une convention issue d'une décision historique rehaussée et consacrée par l'évocation, la célébration d'un grand récit national, de nature historico mythique. Alors, la vision du grand homme suscite et rejoint une croyance collective, et exalte l'identité nationale. Ainsi le général de Gaulle a-t-il imposé, par sa conférence de presse du 31 janvier 1964, sa vision de la Cinquième République, très éloignée du texte lui-même mais correspondant à sa version épique de l'histoire et à l'idée qu'il se faisait de sa propre mission: le président incarne la nation et l'autorité indivisible de l'Etat; tous les pouvoirs procèdent donc de lui; il dispose du premier ministre(3).

1- O nous pardonnera de citer longuement un quotidien:

« Dans l'arrêt « citoyens unis des Etats-Unis contre la Commission fédérale électorale adoptée par cinq juges de la mouvance conservatrice (Kennedy, Roberts, Alito, Thomas et Scalia) contre quatre de sensibilité libérale (Stevens, Breyer, Ginsburg et Sotomayor), la plus haute juridiction des EU dynamite tous les garde-fous progressivement (et imparfaitement) instaurés, depuis 100 ans, pour empêcher le capital et la grande industrie américaine de mobiliser leur argent et leur pouvoir d'influence au service de leurs candidats. Déjà forts présentes en coulisse, à travers les lobbies et les comités d'action politique, soumis à des plafonds de contribution, les entreprises, les ONG, pourront désormais puiser dans leur trésorerie sans limite pour financer ouvertement publicité, spots et actions en faveur de leurs poulains politiques. Plus que jamais, les grandes corporations risquent de se présenter en faiseurs de rois. C'est une victoire pour les gros intérêts pétroliers, pour les banques de Wall Street, pour les compagnies d'assurance et autres intérêts puissants qui exercent leur pouvoir chaque jour à Washington pour noyer les voix des américains » a réagi le président Barack Obama, rejoignant l'avis minoritaire des juges progressistes qui ont insisté dans leur contre-argumentation sur la lourde menace de « corruption politique ».

Laure Mandeville, « La Cour Suprême consacre le rôle de l'argent dans les élections. Au nom de la liberté d'expression, elle abolit les limites fixées aux contributions des entreprises. », *Le Figaro*, 25 Janvier 2010

2- Dominique Rousseau, « Questions de constitutions », *Politique et sociétés*, n° 2-3 2000, p.9-30, p.20

3- Bernard Cubertafond, « Le roman épique du général » in « Le roman de la Cinquième République à l'aube du démo despotisme », *Pouvoirs* n° 104

Ce peut être une représentation collective. Ainsi ne pourrait-on pas dire qu'en s'exposant, en parlant familièrement, en empiétant ostensiblement sur le quotidien banal du premier ministre, le président Sarkozy a violé un élément fondamental de la constitution profonde française: le président célèbre la France en sacralisant la fonction; il doit incarner l'aspect monarchique du grand récit national ou de la coagulation constitutionnelle française (monarchique, parlementaire, bonapartiste, républicaine); le président monarque a deux corps et son corps physique ne doit pas absorber son corps mystique. On peut donc exercer la présidence en respectant la constitution formelle tout en donnant l'impression qu'on viole la fonction telle que définie par la constitution fondamentale.

Ce peut être un fait politique lié à du religieux très enracinée et /ou manipulé. Ainsi, au Maroc on déduit d'un article 19 aussi peu précis que notre article 5 que le fait d'être proclamé « commandeur des croyants » donne au roi, même sans texte express, non un réel pouvoir religieux mais un pouvoir sur tout et tous, en surplomb. Ou encore, en Iran, le pouvoir d'orientation, de sélection et de contrôle du guide doit être lu à partir de la croyance chi'ite fondamentale: ceux qui savent, et restent en contact avec la lumière, doivent orienter et contrôler la masse aveugle.

Ce peut être, aussi, une constante politique vécue comme un fatalité, ou une nécessité. Ainsi en Algérie où il semble encore aujourd'hui largement convenu que le pouvoir n'appartient que fictivement au peuple, qu'il est accaparé par telles forces s'appuyant sur l'armée. En somme qu'il y aurait - comme encore en Turquie?- un « Etat profond » exaltant le grand récit national ou le manipulant à son profit mais légitime aussi longtemps qu'il assure la sécurité publique et un minimum de redistribution..

De toutes façons, qu'elle soit, largement dictée par la constitution, plutôt fondée sur du grand récit mytho historique, ou sur des nécessités un temps ressenties, la constitution profonde, noyau dur du pouvoir, ne peut s'appréhender que si l'on observe les règles certes, mais traversées, contournées, supplantées, triturées par la religion, la croyance, la culture, l'histoire, la volonté des grands hommes, les mouvements de la vie: les règles en deçà et au delà de leurs sources formelles, le droit et « les forces créatrices du droit »( Georges Ripert).

## II- CREUSER : LES FORCES CREATRICES DE LA CONSTITUTION

**Ripert versus Kelsen.** Selon Kelsen, le droit est une science particulière, fondée, contrairement aux autres sciences sociales, sur le principe d'imputation (le pouvoir pose à priori une règle à laquelle on impute des conséquences) et non sur le principes de causalité (qu'est-ce qui, au niveau des forces économiques et sociales, conduit à la création et l'application de telle ou telle manière de la règle).

Les juristes devraient donc laisser aux historiens la recherche des sources profondes du droit, historiques, économiques, idéologiques, sociales, géo stratégiques, etc..., et se focaliser sur le droit positif. D'autant que, comme l'a montré ensuite, dans les années 1970, le *Mouvement critique du droit*, la relation infrastructures économiques et sociales - droit reflet ou superstructures juridiques est difficile à élucider. Quels seraient les vraies causes, comment, et dans quelle proportion se combindraient-elles, effectivement, sur ces points, les certitudes manquent, c'est difficilement mesurable, tout est réfutable et les à priori politiques orientent les, déjà, fragiles, hypothèses.

Reste que la création du droit, et sa recréation, son remodelage par l'interprétation et l'application historique est toujours située, qu'il y a d'ailleurs en France une forte tradition historique du droit constitutionnel étouffée ces dernières années par le positiviste mais renaissante. Pourquoi est-on resté si longtemps sur la vision gaullienne, épique, de la Cinquième République, pourquoi le Conseil Constitutionnel ne fait-il pas, plusieurs fois de suite, d'objections lourdes au glissement du pouvoir vers les instances européennes, puis pourquoi rejoint-il plutôt le point de vue des jeunes dans sa décision Hadopi, quelle ligne politique constante révèle, à 43 ans d'intervalle, les arrêts Costa/ Enel (1964) et Viking (2007). Poids du contexte, air du temps, orientations politiques des juges, nécessité pour un juridiction suprême de se réaffirmer face à la concurrence, droit politique? Le fait que sur ces questions on n'aboutisse à aucune certitude ne doit pas empêcher de les poser. Ne jamais être d'accord sur les ressorts historiques n'a jamais empêché de faire, très brillamment, très « scientifiquement », de l'histoire au-delà de l'histoire factuelle. Situer le droit l'éclaire plus que de multiplier les références jurisprudentielles même si, sur celles-ci, il peut y avoir des certitudes érudites, du vrai, du faux, des questions de cours.

Cette recherche des sources profondes, des « forces créatrices », apparaît encore plus nécessaire aujourd'hui, dans des sociétés revendiquant sans cesse autour des droits fondamentaux, discutant de tout et faisant pression sur tout en dehors des circuits constitutionnels de la démocratie représentative. La constitution n'y est plus totem tabou mais plutôt pâte molle dans laquelle chacun et chaque composante sociale cherche à imprimer sa marque: une citadelle assiégée, enjeu d'un combat sans fin.

Elle n'est plus point fixe indiscuté. Elle devient horizon flou dont chaque groupe cherche à fixer, à son seul avantage, les lignes. Constitution poreuse, accessible au rapport de force permanent. Constitution enjeu, la volonté de se l'approprier étant aujourd'hui renforcée, en France, par la QPC utilisée comme possibilité de faire parler la norme collective supérieure dans le sens de ses préoccupations. Constitution dernier mot désacralisé toujours en débat, chaque assaillant cherchant ensuite, en cas de victoire, à la re sacrifier à son seul profit. Cette lutte politico-juridique portant sur le contenu de la constitution pourrait faire l'objet d'un chapitre du nouveau droit constitutionnel, comprenant, notamment, deux sections, la lutte pour la reconnaissance, la bataille de l'interprétation.

## **A-LA LUTTE POUR LA RECONNAISSANCE**

**1-théorisations.** La constitution est le lieu sacrifié de la reconnaissance. Et celle-ci est un ressort historique et social, politique, fondamental. Il faudrait donc relier le droit constitutionnel avec cette notion, très fouillée par l'histoire et la sociologie. On pourrait donc partir de Hegel qui met la reconnaissance au coeur de sa phénoménologie de l'esprit et de sa dialectique de l'histoire( le maître a besoin d'une reconnaissance authentique, qui ne peut être celle de l'esclave; on passera donc à un face à face d'hommes libres)(1). Hegel en fait donc le moteur de l'histoire. Dans une perspective plus sociologique, Charles Taylor insiste sur le

1- Phénoménologie de l' Esprit, 1807

besoin de reconnaissance du multiculturalisme et sur l'hétérogénéité constitutionnelle de l'identité (1). Et Axel Honneth (2) distingue des paliers de reconnaissance et trois types de reconnaissance, amoureuse, culturelle, juridique, celle qui nous intéresse ici. On cherche en effet à apparaître, à se faire reconnaître, à faire réparer et confirmer l'identité blessée, à obtenir protections et droits, dans la loi et, c'est encore mieux, par la constitution qui sacralise la cause, détermine l'encadrement législatif et les garanties. Et encore plus aujourd'hui quand règne la revendication identitaire, la concurrence victimaire, la surenchère mimétique, le souci du « care ».

## 2- vecteurs

Les partis, les groupes de pression, les associations, les ONG, les réseaux sociaux, les porteurs de cause, les éveilleurs de conscience, les leaders d'opinion, les « sonneurs d'alerte » sont autant d'institutions influant sur le pouvoir politique mais que notre droit « pur » a abandonné à la science politique. Comme il lui a abandonné l'étude de leurs moyens et formes d'action : manifestations, émeutes, résistance passive, mouvements de masse, actions en liaison avec les médias, par des leaders d'opinion, Internet. Si bien qu'apparaît une coupure entre droit constitutionnel et réalité sociale. Notre droit constitutionnel ne parle pas aux gens de ce qu'ils considèrent aujourd'hui comme l'essentiel de la vie politique et du pouvoir gouvernemental: les pressions et crises sociales, la marge de manœuvre du gouvernement, le gouvernement réel. On a bien vu ce décalage, ou cet hors-jeu lors de la crise des banlieues en 2005, de la crise du CPE en 2006, et encore plus à l'occasion des révolutions arabes et du mouvement des « indignados », qui pourrait faire tache d'huile compte tenu des contraintes et punitions imposées par la constitution économique européenne.

## 3- inscriptions

**La constitution démotique.** Cette demande de reconnaissance constitutionnelle rejoint la question de la constitution démotique (prenant en considération le substrat humain, transcrivant les aspirations, l'identité et la diversité nationales, et donc constitutionnalisant des symboles d'appartenance, des langues officielles et nationales, des autonomies, des droits pour les minorités, des éléments de l'histoire, réelle ou mythique, ce qui fait lien et ce qui distingue.) « Les aspects démotiques des constitutions tendent à exprimer juridiquement ce que la société « de fait » pense d'elle-même et ce qu'elle entend faire produire comme conséquences juridiques à cette identité constitutionnellement exprimée » nous dit Marianne Vervin. Et « Qui sommes nous? » et « comment vivre ensemble? », telles sont, pour François Borella les questions démotiques. Comment faire en sorte que les citoyens se reconnaissent dans la constitution de leur pays, telle qu'elle est élaborée, appliquée et interprétée par des juges sans mandat électoral et qui ne devraient donc pas se mettre en décalage avec le démotique(3). Le constitutionnel doit donc être étudié autant sous ses angles démotique, imaginaire, économique et social, profond, matériel, que formel-contentieux.

1- Charles Taylor, *Les sources du moi, la formation de l'identité moderne*, Seuil, 1998; *Rapprocher les solitudes, Ecrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Presses universitaires du Québec, 1992; *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Paris, Aubier 1999; *Les sources du moi, La liberté des modernes*, PUF, Editions du Boréal, 2002

2- Axel Honneth, *Justice sociale et reconnaissance*, Le Cerf, 2000.

3- cf note 2, p.6

**La démocratie des droits, forces créatrices et exégèse** . Le droit constitutionnel actuel prend déjà largement en compte la question de la reconnaissance dans sa partie droits fondamentaux, qui s'est développée sous l'influence de l'école d'Aix en Provence (Louis Favoreu). Mais la démocratie des droits ne résulte pas, principalement, du commerce et de l'imagination créatrice des juges, de la hiérarchie des normes ou de l'imitation des cours les plus avancées. Il y a, certes, entre juridictions supérieures, un jeu de surenchères vertueuses. Reste que les avancées dans la démocratie des droits reflète avant tout des pressions sociales. Paradoxalement, ce sont les mouvements sociaux qui accroissent le champ d'études des positivistes alors même que ceux-ci ne s'autorisent à les mentionner qu'à la marge! Pour être complet, nos développements sur les droits fondamentaux devraient donner leur place aux forces créatrices. Et aussi pour redevenir socialement influents: le public ne peut comprendre notre division sources profondes- droit positif. Les philosophes et les sociologues communiquent d'ailleurs sur l'ensemble de la question, souvent sans trop d'égards pour l'exactitude juridique. On préconise donc d'accorder autant de place au contentieux constitutionnel et aux droits comparé qu'aux pressions et réactions sociales. Ce qui permettrait aussi de mettre au grand jour la bataille, politique, de l'interprétation.

## **B- LA BATAILLE DE L'INTERPRETATION**

On admet aujourd'hui que l'interprétation n'est pas seulement un exercice d'exégèse logique. Qu'elle peut être récréation, subjective, politique, voire coup de force à l'issue d'une bataille politique: le pouvoir du dernier mot est une forme de violence(1). Pour avouer et éclairer ce combat, on propose quelques pistes.

### **1- la révision par les acteurs**

Les révisions par les acteurs, par « conventions de la constitution » peuvent être plus modificatrices que les révisions formelles(2). Résultant de pratiques consensuelles, elles donnent souvent son vrai visage de la constitution, praeter ou contra legem. Nos cours en parlent bien sûr déjà abondamment mais ne serait-il pas bon de les mentionner ou décrire aussi dans une nouvelle section, nécessairement très sociologique et très historique du chapitre « Révision »?

Ce serait l'occasion de poser des questions du type: pourquoi le général de Gaulle a-t-il pu imposer, en 1964 sa vision historico-mythique du pouvoir, sa constitution épique; pourrait-on réussir un tel coup de force juridique dans le contexte historico sociologique actuel? Ou encore, pourquoi le présidentielisme à la française du type 5ème République du général a abouti en France à la cohabitation et en Afrique à la confiscation de la démocratie? Ou encore, en fonction du contexte et du consensus des acteurs, les constitutions seraient elles « réversibles »? Par exemple, au Maroc, voire en Algérie, ne pourrait-on pas passer à la démocratie avec peu ou pas de modifications constitutionnelles comme on a pu en France changer de régime dans le cadre du même texte. Ainsi, au Maroc, le fameux article 19 qui donne tout pouvoir au roi est aussi creux que notre fameux article 5 longtemps considéré comme le fondement du pouvoir dominant du président; la démocratisation du Maroc aurait pu et pourrait se faire sans changement de la constitution mais en l'appliquant autrement, avec l'accord des acteurs, dont le principal.

1- Dans « L'interprétation, coup de force issu d'une bataille politique », *Politeia*, n°17, 2010, p.461-469, j'essaie de montrer l'aspect bataille politique de l'interprétation par les juges et par les acteurs à partir de trois exemples: la constitution de 1958 interprétée par la conférence de presse de 1964, l'idée de *Commandeur des croyants* au Maroc, les lectures modernistes et régressives du même Coran.

2- Bernard Cubertafond, « La révision par les acteurs sous la République française », *Politeia*, n° 5, 2009, p.167-177

## **2-la plasticité constitutionnelle .**

Il s'agirait non seulement de définir le contenu du bloc de constitutionnalité, mais aussi le potentiel constitutionnel de chacune de ses composantes. En travaillant alors comme des juges constitutionnels se demandant avant de juger ce que dit et ce qu'on pourrait faire dire à la constitution sur telle question, on pourrait distinguer des bases constitutionnelles plus ou moins solides, donc plus ou moins utilisables. Ce qui amènerait à opérer des hiérarchies au sein même de la même constitution, hiérarchies distinctes de celle déjà opérées, par exemple à partir des principes fondamentaux constituant l'identité constitutionnelle allemande intangible, entre constitution et supra constitution.

On pourrait distinguer alors des normes constitutionnelles faibles parce que trop déclaratoires et/ou ne correspondant plus à l'époque, tel en France, le préambule de 1946; des normes délaissées, peu appliquées ou contradictoires comme l'article 34 et les autres articles délimitant un domaine pour la loi mais contenant, aussi, des dispositions conduisant à une intervention législative dans tous les domaines( intervention législative dès qu'est concernée une liberté ou le droit de propriété, par exemple). On pourrait aussi distinguer les principes déduits de la constitution et rajoutés par la jurisprudence ( par exemple , en France, la liberté d'entreprendre, la continuité du service public), les dispositions vagues à fort potentiel d'interprétation, les dispositions utilisées ou délaissées ( ainsi des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République), les principes et objectifs pouvant correspondre à des modes ou à des pressions extérieures ( comme les objectifs relatifs à la clarté, la concision et au caractère applicable, non déclaratoire de la loi). Autant de précisions et classifications relatives au matériau constitutionnel.

Degré de clarté, degré d'applicabilité, degré de généralité; possibilité de création de contrepoids, degré d'oubli, possibilité de réanimation, mises à l'écart, degré d'influence possible de l'air du temps, potentiel de remodelage par les juges. Cette nouvelle classification est déjà largement opérée. Mais elle devrait être reliée aux contextes possibles: par exemple quels éléments constitutionnels seront mis en avant, et comme dopés, si on veut interpréter la constitution dans un sens républicain classique, européen et mondialiste, libéral, interventionniste, égalitaire, élitiste. Autrement dit comment pourraient être, constitutionnellement, fondées différentes politiques jurisprudentielles? On aurait donc, à partir de la même constitution, des constitutions sélectives.

## **3- La biographie des juges**

Disséquer la biographie des juges permettrait de mieux discerner d'éventuels conflits d'intérêts et de fonder d'éventuelles récusations. Et, surtout, de débusquer le subjectif sous la façade d'objectivité, les à priori politiques pouvant orienter les raisonnements juridiques. Cela se pratique aux Etats Unis lorsqu'il s'agit de nommer un nouveau juge à la Cour Suprême. En France, on tend trop à considérer les membres du Conseil Constitutionnel – et d'ailleurs aussi ceux du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation - comme des grands prêtres, ou sages, ou experts, dotés d'une grâce spéciale les mettant à l'abri des préjugés, connivences, à priori de classe ou de club.

Imaginons un Conseil Constitutionnel comprenant un ancien dirigeant de la CGT ou de la CFDT, et y apportant une sensibilité sociale; Lilian Thuram, ancien arrière de l'équipe de France de football victorieuse en 1998, y exprimant ses jugements moraux et sa sensibilité de minoritaire antillais (un de ses camarades footballeur n'a t-il pas dit qu'il se prend pour un membre de la Cour Suprême!); un provincial anti parisien du type Georges Frêche. Supposons qu'ils travaillent pour argumenter sérieusement, qu'ils ne soient pas intimidés par les « conseils » prodigués par l'administration de l'institution, et inhibés par les solennités protocolaires et les consensus mondains qu'une instance collective secrète nécessairement. N'aurions-nous pas alors des décisions plus ancrées sur le préambule de 1946, donnant corps à « l'identité constitutionnelle » de la France, pointant les incompatibilités européennes et ne se contentant pas de modifications constitutionnelles de façade.. Bref reflétant moins la pensée unique issue de l' « Etat profond », parisien, à la française, et plus la constitution démotique.

#### **4- Le contexte politique de l'interprétation juridictionnelle**

**Le juridictionnel et le politique.** La première réflexion face à une décision marquante d'une cour suprême est souvent d'ordre politique; Après Costa/ Enel, on se dit que la Cour de justice clôt le débat sur la primauté européenne avant même qu'il ne puisse se développer. Après « liberté d'association », on se dit que le Conseil Constitutionnel s'émancipe, qu'il ne veut pas être le flic de la loi, et que s'il persiste dans la voie de la défense des libertés, il risque d'entamer des positions de la Cour de cassation et de la Cour de Justice Européenne, qui pourraient donc répliquer en défense. Etc...(1) Tout cela – l'essentiel ?- n'est pas formulable au coeur d'un commentaire juridique « sérieux ». Et pourtant, tous ceux qui ont participé à des délibérations savent bien que les déterminants ne sont pas nécessairement formulés dans les motifs de la décision ou dans les compte rendus officiels (2). Ne conviendrait-il pas de considérer franchement certaines décisions juridictionnelles comme politiques parce que faisant prévaloir une position politique sous couvert d'argumentations ou d'affirmations juridiques, voiles d'objectivité?

1- autres réflexions à chaud: après une décision sur un traité européen: « de toutes façons, le Conseil pense a priori qu'il est bon d'approfondir la construction européenne même au détriment de la souveraineté française, pourtant formellement constitutionnalisée »; après la décision Hadopi, le Conseil ne veut pas apparaître ringard, il veut tenir compte de la jeunesse et donc de sa perception de la liberté, même au détriment du droit de propriété; ou encore, pour exister et s'imposer au milieu de juridictions de fait concurrentes ( et notamment la Cour Européenne des Droits de l'Homme), il doit innover, trouver des appuis dans l'opinion et ne plus risquer d'apparaître comme de fait subordonné au gouvernement.

2- cf Dominique Schnapper, interview au *Monde*, 16 Février 2010 :

- « les comptes rendu des séances- les traces de l'activité du Conseil Constitutionnel qui resteront pour les historiens – ne sont que la face émergée de l'iceberg. L'essentiel, se passe pendant la phase d'élaboration collective de la décision. Par exemple, pendant la décision contradictoire entre le Conseil ( son secrétaire général, le rapporteur de la décision et les autres membres du conseil qui assistent à la réunion depuis de longues années) et le secrétaire général du gouvernement ...

De cet échange, on connaît les arguments juridiques ; ils sont publiés au JO et sont consultables sur le site internet du Conseil. Mais cela ne permet pas de saisir la saveur de cette discussion, les compréhensions implicites, les arguments choisis. Cette discussion ne laisse pas de trace ».

**Les coups de force.** On gloserait, alors, librement et politiquement, sur des coups de force , voire coups d'Etat juridiques des cours suprêmes. Ainsi sur la myopie pro européenne d'un Conseil Constitutionnel, qui, alors bien en phase avec la pensée médiatique hégémonique, a entériné l'essentiel des successifs traités européens qui, pourtant, sapaient les bases de la constitution de la Cinquième République(1). Et sur le coup politico juridique Costa/ Enel, aussi, sinon plus fondateur de la supra nationalité européenne que les successifs traités européens. Et on présenterait aussi l'arrêt Viking pour ce qu'il est vraiment, ou aussi: une remise au pas politique, pique de rappel d'inspiration fédéraliste et ultra libérale, après des offensives étatistes autour de la directive Bolkestein. Bien sûr, la mise à jour de la biographie des juges éclairerait ce type d'analyse.

**Des contextes inhibiteurs.** Mais ces décisions - coups de forces sont des violences sociales et politiques que les cours suprêmes ne peuvent se permettre de multiplier. Bien sûr, les décisions seront présentées comme objectives et leurs critiques comme populistes, excités et rétrogrades. Reste qu'en démocratie le juge ne devrait réécrire ni la constitutions ni la loi et que récuser une loi revient à réprimander la majorité élue, même si l'on avance que c'est à partir d'une décision démocratique supérieure et antérieure. Le contexte politique commande sans doute plus souvent des décisions prudentes, conciliatrices et d'apaisement. Il faudrait, par exemple, enquêter à partir de cette réflexion de Dominique Schnapper relative au Conseil Constitutionnel:« Sa toute puissance est un mythe. Il a peu à peu conquis une indépendance respectable. Mais avec beaucoup de prudence. Un des présidents que j'ai connu nous a dit un jour : « Attention, nous avons épuisé notre quota de censures ». Cela voulait dire que nous avions prononcé, dans la période précédente, le maximum de censures et de réserves acceptables pour le pouvoir politique. Cette réflexion est révélatrice des limites politiques du Conseil. » (2).

**Diplomatie juridictionnelle.** Affirmations, calculs et moments d'inhibitions politiques des cours suprêmes. Mais aussi décisions diplomatiques dans le cadre du commerce des juges et du « droit vivant ». Par exemple la décision *régulation des jeux en ligne* est une prise de position conciliatrice et d'apaisement destinée à empêcher les blocages de la QPC par le Conseil d'Etat et, surtout, par de la Cour de cassation. Le Conseil envoie un message politique: ne craignez rien, vous restez, vous aussi, « suprêmes »( décision 2010-605 DC du 12 mai 2010).

**Commerce ou combat des juges?** On pourrait donc se focaliser sur les seuls arrêts stratégiques, posant ou modifiant une jurisprudence, engageant telle ou telle politique jurisprudentielle, pouvant répliquer à telle autre jurisprudence d'une autre juridiction, de fait, concurrente. A partir de Costa / Enel confirmé et prolongé par Viking, montrer le volontarisme fédéraliste des juges européens, et en quoi il a été progressivement admis et confirmé par des textes qui font oublier le coup de force, politique, initial. Montrer aussi, notamment à propos de la garde à vue, la résistance de la Cour de cassation qui ne veut surtout pas perdre son pouvoir d'interprétation (de recreation partielle des lois) par le biais de la QPC. Et son utilisation pour ce faire du contrôle de conventionnalité dont le Conseil Constitutionnel n'a pas encore voulu, par ce qui serait un autre coup de force, s'emparer.

1- cf Bernard Cubertafond, «Cinquante ans après, malaise et termites dans la Cinquième République », précité

2- Interview au Monde précité.

A cet égard, Denys de Béchillon note qu' « une (série de) bataille(s) a (ont) eu lieu, dont tout le monde conserve à l'esprit les principaux faits d'armes »,... « la Cour de cassation ayant « déclenché les hostilités ». Et il ajoute:« ...On ne saisira pas l'occasion de la présente étude pour dresser sur le mode militaire le bilan des affrontements passés - pour autant qu'ils le soient tous. La distance manque pour analyser avec un minimum de sérieux un phénomène aussi complexe et surdéterminé que celui de cette « guerre des juges » pour le *leadership* du contrôle des lois, à fortiori en peu de lignes. Il faudra écrire cette histoire et cette sociologie - mais pas maintenant, et pas sans s'être doté de bons moyens de méthode »(1).

### **Conclusion**

« D'un excès à l'autre », c'est sous ce titre que le manuel de référence, *Droit Constitutionnel*, publié sous l'autorité de Louis Favoreu, constate ou critique la tendance à réduire le droit constitutionnel à de la science politique dans la « période Duverger » des années 50-60 (1). On pourrait reprendre ce titre pour décrire l'exclusion de la science politique de l'enseignement et de la recherche en droit constitutionnel depuis trente ans. De la science politique et d'autres sciences sociales comme l'histoire, souvent évacuée également des manuels actuels de droit constitutionnel. La question de l'immersion du droit, particulièrement du droit constitutionnel dans le social et le politique, est chronique. Et, comme voudraient le prouver les citations en exergue, beaucoup pensent qu'il est scientifiquement et socialement nécessaire d'inverser la tendance.

Duverger et Favoreu devraient s'additionner et non s'exclure. Le rééquilibrage en cours heurtera les politistes, qui s'accommodent très bien de voir le droit constitutionnel comme une discipline d'appoint dont on peut si facilement investir le champ ou que l'on peut, marginalement, appeler à son secours, en la cantonnant dans un simple rôle technique, auxiliaire. Une science politique qui tend d'ailleurs, ici, trop souvent, à se consacrer à la traduction prosélyte des seuls maîtres anglophones. A nous donc de redevenir pleinement des enseignants et des chercheurs en droit constitutionnel et sciences politique, et sociologie politique, et histoire politique. De ne plus nous complaire dans le rôle, de fait, du plombier sophistiqué déguisé en clergyman et parlant comme un évêque. Et bien que j'ai le plus grand respect pour ces rôles ou fonctions, et surtout pour les -chacun a pu le constater- si indispensables plombiers.

**Bernard Cubertafond 14 juin 2011**

1- « Cinq cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre », op cit, p. 34 et 35.

2- Louis Favoreu, Parick Gaïa, Richard Ghevoitian, Jean Luis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Soffoni, *Droit constitutionnel*, 13<sup>ème</sup> édition, 2010, n° 28.

