

Informations personnelles :

LE BARBIER

Raphaël

ATER en droit public

Doctorant en 3ème année

14 rue Michelet

83 390 Cuers

Tel : 06.12.23.01.88

Mail : rl@lebarbier.com

CDPC-JCE

UMR-CNRS 7318

Université de Toulon

35 Av. A. Daudet

BP 1416

83056 Toulon cedex

Thèse codirigée par les Professeurs M.Baudrez et J.J.Pardini

Version provisoire:

Atelier E : Droit constitutionnel, histoire et théorie du droit.

Le retour vers le futur : une obligation systémique inconstitutionnelle.

Le « retour vers le futur » : une obligation systémique inconstitutionnelle.

« L'historicité et la rationalité sont les deux dimensions nécessaires pour envisager le pourquoi des droits, c'est à dire leurs fondements, et la positivité comme réponse à la fonction des droits c'est-à-dire leur pour quoi »¹.

Le rapport du droit à l'histoire pose des problèmes épistémologiques importants, dès lors que plusieurs ordres juridiques cohabitent. Le système autopoïétique² de l'Etat sacralise la Loi³, qui incarne la volonté du Peuple. Même incohérente historiquement, la magie du creuset républicain confère à la norme une légitimité qui s'impose dès lors qu'elle respecte certains principes constitutionnels⁴.

Le rôle du législateur est de combattre l'analyse historique conservatrice du juriste⁵, pour pouvoir se projeter dans le futur⁶. La chronologie du raisonnement est simple : pour changer une situation juridique passée, une synthèse historique est faite⁷, afin de faire évoluer le droit pour le futur.

¹ Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2003, 497p, p 97.

² Dans le sens de : Lhumann, N, *La Constitution comme acquis évolutionnaire*, Droits, n°22, 1995, p 103, cit in Troper, Michel, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, T1, p 245.

³ Vedel, Georges, *La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989*, RFDC n°1 1990.p 7. La croyance française « que l'infailibilité de la loi a constitué la base même du droit public français »

⁴ A défaut d'ambition scientifique, peut-être utopique, nous pouvons matérialiser un courant de pensée mettant en exergue la logique systémique. Pfersmann, Otto, *Principe majoritaire et démocratie juridique*, in *L'architecture du droit Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, p 859-870. Dans cet article, on visualise la logique juridique démocratique, débarrassée de son corpus moral (Le postulat initial est que le processus démocratique est légitime pour créer du droit; ce qui est en soi un paradigme moral.)

⁵ Appréhendée sous l'angle de la nomologie, la situation juridique et la norme actualisée, même indépendante de toute interprétation historique, n'est juridique que par son caractère prescriptif dans un référentiel donné. Sans référentiel antérieur et donc historique, on démontre le caractère illusoire du droit. Juridiquement, dès lors que l'on réfléchit par rapport à un système, que ce soit pour le contourner ou l'utiliser, on reconnaît une antériorité phénoménologique. L'analyse juridique des faits présuppose certaines analogies conceptuelles pour pouvoir exister et donc une forme d'historicité.

⁶ Si l'on considère le contenu prescriptif de la norme, le futur est encadré dans un espace de liberté prédéterminé. C'est l'institutionnalisation de la fonction politique qui permet le changement. On se place alors dans un cadre démocratique fondé sur une utilité sociale relativiste. A défaut, le droit est une quête théologique - ou téléologique - naturaliste, qui utilise des méthodes de raisonnement scientifique.

⁷ La synthèse normative présente la seule solution véritablement acceptable pour considérer juridiquement le droit. Voir Favoreu Louis *Droit de la Constitution et constitution du droit* RFDC n°1 juin 1990 p76 le droit peut être considéré « un mouvement d'horlogerie parfaitement au point dont le juge constitutionnel assure la régulation. » Voir aussi : Archives de la philosophie du droit, Shaer, Benjamin, comptes rendus, p523-526 , 2010, Dalloz, Compte rendu de Paul W.Kahn, *The Cultural Study of Law: Reconstructing legal scholarship*, Chicago University of Chicago Press, 1999. Selon ce professeur de droit à Yale, pourtant baigné de Common law, la recherche en droit nécessite « une reconfiguration radicale de ses objectifs et de ses activités ». L'intérêt de ce compte rendu proposé par un linguiste est une approche transdisciplinaire d'un problème sociétal. Le juriste se sent une obligation morale et politique de faire évoluer le droit, se faisant il devient acteur : « il n'étudie pas le droit [...] Il fait le droit » . En cherchant à « faire fonctionner le droit », il se place dans une démarche prescriptive, qui inéluctablement « introduit simultanément morale et subjectivisme culturel ». Selon Kahn « le droit existe en état de simultanéité », ce qui revient, pour emprunter une métaphore cinématographique, à un acteur qui passerait derrière la caméra. Cela participe à la création d'une culture juridique qui empêche d'étudier le droit en soi et de le considérer comme « un tout complet à n'importe quel moment »

Congrès AFDC - Lyon 2014 -

Cette conception institutionnelle du rôle du politique, s'accorde avec l'ambition du co-fondateur de l'école historique des annales, Marc Bloch. Il invitait les citoyens à tirer les leçons d'hier pour construire demain⁸.

Cette école de la synthèse historique a évolué. Désormais, pour pouvoir appréhender correctement la réalité, il faut décrypter les grandes tendances internationales et raisonner en terme de gouvernance⁹. Le droit doit pouvoir être subsumé, au sens kantien, pour s'inscrire dans un schéma moral libéral, universel¹⁰.

S'il ne veut pas nier la réalité, le juriste ne peut plus raisonner de manière stato-centrée¹¹. Il doit embrasser une approche réaliste¹² et constater que le législateur n'est plus la seule source de droit légitime.

Le principal risque de cette démarche épistémologique est de consacrer juridiquement le dogme libéral comme un élément inhérent à la nature humaine. En effet, Husserl a démontré que la subsumation des faits dépendait de la conception que l'individu se fait de son essence¹³. La sacralisation des droits fondamentaux et la subjectivisation du droit, portés par le droit international semblent légitimer cette évolution sociologique¹⁴.

⁸ Le juriste ne pourrait-il pas reprendre à son compte cette citation? il suffirait de substituer le terme constitutionnel à pédagogique. Bloch, Marc, *L'étrange défaite*, 327 p, p 268 : «*En résumé, nous demandons, d'un bout à l'autre une révision raisonnée des valeurs. La tradition française incorporée dans un long destin pédagogique, nous est chère. Nous entendons en conserver les biens les plus précieux : son goût de l'humain ; son respect de la spontanéité spirituelle et de la liberté ; la continuité des formes d'art et de pensée qui sont le climat même de notre esprit. Mais nous savons que, pour lui être vraiment fidèles, elle nous commande elle-même de la prolonger vers l'avenir.*»

⁹ L'école des Annales a connu de nombreux disciples, les revendiqués tels que François Furet, Pierre Nora. Aujourd'hui même ceux qui s'en sont écartés continuent à en utiliser la méthode (Mona Ozouf). La synthèse historique cherche à percer la complexité des schémas de gouvernance. Dans le sillage de Fernand Braudel qui pensait que le temps long était plus important que les événements qui sont des épiphénomènes. Certains auteurs s'en détachent pour se spécialiser (Michel Winock), d'autres se placent sous le signe de l'histoire politique comme René Rémond. Ce faisant ils cherchent à éviter l'écueil de la problématisation anthropo-centrée.

¹⁰ Le principal symbole de ce mouvement est le dialogue des Cours, rattachées à des ordres différents. Si nous postulons que des référentiels aux axiomatiques différentes produisent les mêmes effets, la scientificité de la démarche juridique est contestable. L'histoire n'est plus appréhendée comme l'analyse des actes de volonté exprimés par des populations différentes, elle devient l'expression d'un holisme philosophique postulé. Les fondements culturels du constitutionnalisme ne sont plus étudiés en tant que tel, mais selon les nouvelles finalités auxquelles on souhaite aboutir. En raisonnant par analogie avec les sciences dures, on ne retient plus du droit « newtonien », que les résultats cohérents (à défaut d'être exacts) par rapport à un droit « quantique ». Une telle démarche suppose l'existence d'une vérité démontrable. Elle est contraire aux fondements sociaux du droit. L'histoire perd son caractère social au profit d'une scientificité contestable.

¹¹ Les deux guerres mondiales, le développement des droits de l'homme, et l'interdépendance de nos sociétés semblent être autant d'éléments qui incitent le juriste à sortir de son analyse stato-centrée. L'existence de juridictions, dont les fondements ne sont pas constitutionnels, oblige à sortir de l'autopoïèse.

¹² Voir sur ce sujet : Troper, Michel, *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, 2011, 294 p 4ème de couverture. Sa thèse réaliste défend l'existence du droit «*comme des ensembles de faits soumis à la nécessité*», cette nécessité se déduit du fait qu'«*en vertu de certains discours, certains comportements sont tenus pour obligatoires, les discours juridiques peuvent être traités comme des faits. La théorie peut alors rechercher les causes endogènes de leur apparition et de leur transformation.*»

¹³ Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2003, 497p, p21 : «*avancer que cette idée de droits de l'homme a la même signification que celle du droit naturel au XVIIe et XVIIIe siècles n'est pas déraisonnable.* »

¹⁴ Gregorio Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2003, 497p, p21 «*La compréhension véritable des droits de l'homme n'est pas seulement une démarche théorique. Elle a aussi une grande portée pratique que ce soit du fait de sa fonction de régulation, de la légitimité des systèmes politiques et des ordres juridiques ou parce qu'elle représente, pour de nombreuses personnes une garantie de leur dignité, et un chemin, le chemin principal, vers la liberté et l'égalité.* »

Congrès AFDC - Lyon 2014 -

Le normativisme kelsenien, s'efface devant une pratique que Hart décrit parfaitement : « un système juridique doit nécessairement manifester quelque conformité avec la morale ou avec la justice »¹⁵. L'obligation de donner un sens historique à la morale, bloque juridiquement les perspectives de progrès hégéliens¹⁶ où l'intelligibilité de l'action politique n'apparaît qu'à posteriori.

Cette contrainte pèse sur le législateur. Elle renforce le caractère conservateur du droit. Certes, la sécurité juridique¹⁷ du citoyen, la prévisibilité et l'intelligibilité¹⁸ de la norme sont protégées, mais au prix d'un filtrage historique de l'acte de volonté¹⁹. Le cadre démocratique fondé sur l'utilité sociale se réduit à ce qui est historiquement acceptable²⁰ : le standard²¹.

Le travail du législateur évolue, au risque de devenir parfois ubuesque. Désormais, pour faire évoluer le droit, il faut voyager dans le temps. La norme de demain, prise pour changer la réalité présente, doit être historiquement acceptable. En effet, avant de voter une loi, il est d'usage d'étudier : si cette norme respecte les principes énoncés avant-hier par les juges régionaux et internationaux ; d'envisager la compatibilité avec les dispositions conventionnelles antérieures, elles-mêmes susceptibles de faire l'objet d'une nouvelle interprétation dans le futur !

¹⁵ Hart, HLA, *Le concept de droit*, deuxième édition augmentée, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2005, 344p, p203.

¹⁶ Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, Paris, 1995, 380 p. P 83 « *le droit est donc en général la liberté comme idée* » mais pour lui, l'idée n'existe non pas comme un absolu mais une fois conceptualisée et formalisée. C'est en fait l'incarnation du progrès de la pensée et du sens de l'histoire. P 78 « *un droit est limité et par suite il est subordonné à un autre élément ; seul le droit de l'Esprit du monde est absolu et sans borne.* »

¹⁷ La question de la sécurité a été évoquée notamment dans la décision n°86-207 Privatisation, mais surtout dans la décision n°98-404 DC du 18 décembre 1998 limitée à la rétroactivité fiscale. Elle n'est pas en soi une valeur constitutionnelle au sens large, mais peut être invoquée dans un certain nombre de cas « *sureté individuelle énoncée par la déclaration de 1789 et l'article 66 de la Constitution, respect des situations légalement acquises dans le domaine des libertés fondamentales et en matière contractuelle ou s'agissant de l'exigence de clarté législative découlant de l'article 34 de la Constitution.* » *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 13ème édition, p 840. Le Conseil d'Etat, qui en fait déjà application dans l'exercice de ses fonctions consultatives, consacre le principe de sécurité juridique dans une décision du 24 mars 2006 Société KPMG et autres. En matière judiciaire, la Cour de cassation prend également en compte les exigences découlant de ce principe.

¹⁸ Le principe de continuité peut être rapproché du principe de sécurité juridique dans sa forme jurisprudentielle. Il constitue un principe général du droit communautaire depuis un arrêt Bosch du 6 avril 1962 de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). La CEDH, donne une interprétation extensive de la sécurité juridique. Ainsi dans son arrêt du 16 décembre 1997, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce*, elle considère la sécurité juridique non pas seulement comme une garantie offerte par la loi. « *Une jurisprudence et une pratique administrative constante avaient créé, au fil des années, une sécurité juridique* ». La décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, reconnaît une valeur constitutionnelle à l'objectif « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ».

¹⁹ Schmitt, Carl, *Théorie de la Constitution*, préface Olivier Beaud, PUF, 1998, p 5 à 68.

²⁰ Le citoyen a l'impression que le changement n'est plus possible. L'histoire est alors perçue comme une fatalité.

²¹ L'originalité du raisonnement se définit essentiellement dans le rapport qu'il entretient avec le standard. sur ce sujet voir : *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Sous la direction de Marthe Fatin-Rouge Stéfanini et Guy Scoffoni, Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu, 234 pages – 2013 Actes du colloque du 17 et 18 novembre 2011 organisé par l'Institut Louis Favoreu.

L'obligation historique et consensuelle qui pèse actuellement sur la norme, crée un déterminisme qui change notre vision de la Constitution où : « *La souveraineté ne sera pas judiciaire, l'épée de la justice cèdera à l'autorité de la décision législative, obtenue au nom du bien commun par une promulgation de sa volonté souveraine* »²².

Le poids grandissant de la norme historique, qui nous oblige à un « retour vers le futur permanent », risque de se heurter au principe démocratique, au cœur de notre Constitution (I). Epistémologiquement, le droit est conservateur, mais ne doit en aucun cas devenir le censeur d'un progrès intellectuel²³, sauf à reconnaître la fin de l'Histoire²⁴ (II).

1. Démocratie et historicité juridique :

Les ordres juridiques contemporains ont été fondés à un moment historique charnière pour la démocratie. Les fondements juridiques théoriques des systèmes démocratiques, ont montré leurs limites. L'Etat de droit est devenu un objectif institutionnel²⁵, qu'il faut consacrer, pour protéger la démocratie.

La théorie juridique s'applique à justifier et intégrer toutes les évolutions, dès lors que ces dernières sont compatibles avec les objectifs de coopération entre les peuples, qu'elles respectent formellement les mécanismes électoraux propres à chaque Etat et les droits fondamentaux.

Le pari qui a été fait au sortir de la seconde guerre mondiale semble avoir été réussi. L'Etat de droit est aujourd'hui une réalité. Cependant, si la pratique démocratique semble acquise, d'un point de vue formel ; l'efficacité des normes démocratiques reste contestée.

Ce constat « que les élections ne changent rien », est dû en partie à un nouveau contexte historique, qui ressuscite des débats doctrinaux historiquement datés. Ainsi depuis les écrits de Marc Bloch, la notion de volontarisme a évolué vers une plus grande prise en compte du contexte international global. Cette nouvelle approche épistémologique a eu des conséquences juridiques. Elle nous plonge au cœur des débats doctrinaux consubstantiels à la ratification du traité de Maastricht.

²² Kriegel, Blandine, *Philosophie de la République*, Plon 1998, 401p, p 87.

²³ La question de l'intérêt d'un recentrage de nos sociétés autour de l'utilité sociale et des contraintes juridiques de droit dur et mou sont particulièrement bien explicitées dans les ouvrages suivants Sen, Amartya, *L'Idée de Justice*, Flammarion, Paris, 2010, 558 p. Rosanvallon, Pierre, *La République des Egaux*, Seuil, Paris, 2011, 427 p. Rifkin, Jeremy, *Une nouvelle conscience pour un monde en crise, civilisation de l'empathie*, Editions les liens qui libèrent, Paris, 2011, 648 p.

²⁴ Fukuyama, Francis, *Nous sommes toujours à la fin de l'Histoire*, Le Monde, jeudi 18 octobre 2001. L'utilisation du mot Histoire dans son sens hégéliano-marxiste permet de définir un concept simplement respectueux des droits de l'Homme, mais débarrassé de toute idéologie connexe, relevant bien souvent de l'opinion. Il apparaît donc à la lecture de cet article que la « fin de l'Histoire » soit synonyme du déclin des idéologies. Dans ce cadre les valeurs véhiculées par la devise nationale semblent superflues, l'égalité étant de moins en moins reconnue, et la fraternité renvoyant à une certaine forme d'identité dépassée, lorsque la nouvelle égypte est l'internationalisme.

²⁵ Carpano, Eric, *Etat de droit et droits européens*, l'Harmattan, Paris, 2005, 662 p. Cet ouvrage permet de saisir la dynamique commune et l'influence de la juridictionnalisation du droit. Spéc. p 409 : « Avec le droit au juge on se trouve au cœur de l'une de ces zones frontalières qui n'appartiennent ni au droit interne ni au droit européen mais constituent le fond commun des Etats de droit. Se dessine ainsi un modèle universel du procès, saisi par le droit européen, contribuant à la consolidation d'un modèle commun de l'Etat de droit centré sur la figure du juge ».

Congrès AFDC - Lyon 2014 -

En revisitant cette autre étape fondamentale pour notre ordre, nous nous apercevons que les débats qui ont vu s'opposer de grands noms Louis Favoreu, Georges Vedel, Otto Pfersmann, Michel Troper, ou encore Olivier Beaud, se révèlent être d'une particulière acuité.

Faute d'avoir pu, ou voulu, tirer toutes les conséquences théoriques liées à l'évolution de notre ordre juridique l'histoire se répète.

1.1 Le retour vers le futur : une pratique juridique

La théorie de Hans Kelsen continue d'être un repère pour bon nombre de publicistes. La théorie de la hiérarchie des normes permet de comprendre pourquoi la souveraineté est le lien juridique qui permet à un peuple d'exister juridiquement. Sans elle, l'ordre international s'impose, sous l'influence de la puissance dominante.

La Constitution protège in fine une identité et des principes démocratiques. Elle offre au Peuple la possibilité de refuser les compromis historiques²⁶, qu'ils soient jugés conservateurs²⁷ ou progressistes²⁸. Cet ancrage historique repose sur un acte de volonté, qui a dominé l'histoire des idées politiques au XIXe et XXe siècles : la nation.

Le XXe siècle semble privilégier une approche plus globale de l'histoire²⁹ et du droit liée à la mondialisation, sans pour autant avoir pu véritablement inventer de nouveaux concepts à même d'assouvir le besoin démocratique des peuples.

1.1.1 La théorie du droit pur : un moment fondateur de l'histoire

Le schéma kelsenien, comme l'a rappelé Otto Pfersman³⁰ est le seul à circonscrire un ordre juridique cohérent et scientifique. Les paradigmes fondateurs sont explicites et susceptibles d'évoluer selon des procédures démocratiques encadrées.

²⁶ Les processus de légitimation démocratiques restent essentiellement nationaux, qu'ils soient fonctionnels ou substantiels. L'importance prise par les décisions collégiales des Conseils européens remet en cause le lien traditionnel qui permettait d'unir la norme à la volonté souveraine du peuple. La Cour constitutionnelle fédérale allemande sur ce point a développé des considérations intéressantes, dans ses arrêts Solange I, II et III. Elle insiste sur la réalité et l'effectivité du processus démocratique et sur le rôle indispensable des parlements. Cour constitutionnelle fédérale 7 sept 2011, arrêt relatif au financement du premier plan de soutien à la Grèce, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10, 2 BvR 1099/10. Communiqué de Presse.

Press release no. 55/2011 of 7 September 2011: « *Instead, guaranteeing parliamentary budget autonomy requires an interpretation of this provision in conformity with the constitution to the effect that the Federal Government is in principle obliged to always obtain prior approval by the Budget Committee before giving guarantees.* »

²⁷ Les 3 arrêts « Solange » insistent sur un effet « cliquet », qui garantit l'effectivité des droits fondamentaux en Allemagne. C'est le contenu de la norme qui est analysé de manière à garantir l'effectivité des droits. L'application d'une norme européenne ne pouvant pas réduire les prérogatives constitutionnelles offertes au citoyen. Cet effet cliquet n'a pas reçu le même accueil en France, même s'il a fait l'objet de discussions doctrinales : Favoreu, Louis « *C'est une garantie particulière donnée à certaines libertés...consistant à considérer comme inconstitutionnelle toute loi qui au lieu de les rendre plus effectives (...) voudrait en quelque sorte revenir en arrière* » cit in p167 Théron, Sophie, *La notion de condition, Contribution à l'étude de l'acte administratif*, Editions L'Harmattan, 2002 - 640 p. De façon plus triviale Louis Favoreu parlait d'effet artichaut : des notions que l'on pouvait effeuiller sans toucher au cœur.

²⁸ Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne, par M. Hubert Haenel.

²⁹ Suivant ainsi l'évolution de la méthodologie de l'école des annales.

³⁰ Pfersmann, Otto, *Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie*, RFDC, n°50, 2002, p759-788

Proposition de communication Atelier Droit constitutionnel, histoire et théorie du droit

La Constitution, envisagée comme une norme d'habilitation au contenu substantiel accessible rationnellement, offre l'avantage de se détacher d'un schéma moral dominant. Elle permet le progrès social et s'adapte aux évolutions historiques. Dès lors que la norme ne correspond plus aux attentes de la population, elle doit évoluer³¹, selon des schémas prévisibles.

Les mécanismes surmajoritaires³² sont là pour protéger une histoire et assurer une sécurité juridique au citoyen ; charge au législateur de les préciser si le besoin s'en fait sentir. L'évolution du droit est ainsi encadrée par des concepts reçus en héritage, symboles d'une continuité historique, inaccessible à une majorité non qualifiée.

Cette lecture doctrinale du droit, qui postule une intelligibilité, permet d'appréhender le fait historique. Elle contextualise la norme, fixe des limites inhérentes à la prise en compte de l'acte de volonté fondateur. Ce faisant, elle définit aussi des espaces de liberté clairs, toutes choses restant égales par ailleurs. L'indétermination interprétative dans ce schéma, est un gage démocratique. Elle peut être une arme politique, en offrant la possibilité à une norme inférieure, de privilégier un sens plutôt qu'un autre.

Toute liberté ayant un coût, le principal risque est de faire peser sur la norme le poids d'un déterminisme historique. La sophistication risquerait en effet de faire croire qu'une seule interprétation de la norme est possible³³.

Afin d'éviter cet écueil, la notion d'acte de volonté a été réintroduite, en l'extirpant du théologisme kantien : « de la volonté procèdent les Lois »³⁴. Le processus cognitif à défaut d'être parfait reste sous le contrôle de la majorité, charge aux scientifiques de continuer à explorer les champs du possible et de ne pas se focaliser sur la seule solution ayant cours. Telle est sans doute leur responsabilité historique.

Cette théorie normativiste, qui reconnaît l'existence d'actes de volonté marqués, correspond à une période historique où l'idéologie occupait une place centrale dans le débat politique. Elle engendrait des conflits normatifs, « une hypothèse possible qui n'est pas du tout rare »³⁵.

Dans ce schéma le parlementarisme, même s'il repose sur une illusion, a pour fonction « la formation de la volonté étatique »³⁶, selon un principe majoritaire réversible.

Cette réversibilité est une source d'insécurité juridique, dès lors qu'elle risque de remettre en cause des schémas juridiques existants. Elle est le prix d'une démocratie effective.

1.1.2 La théorie réaliste et l'empirisme : l'histoire du droit en mouvement

³¹ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, p342 : Une telle interprétation, qui est vraiment scientifique, peut montrer à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire au postulat technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possibles.

³² Pfersmann, Otto, *Principe majoritaire et démocratie juridique*. A propos d'un argument de Kelsen revisité par Michel Troper. L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, Paris, 2006, p 868-870 : La culture surmajoritaire effective : « Dès lors qu'une démocratie est en tant que tel juridiquement formalisée, les normes qui la structure seront surmajoritaires ».

³³ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, Bruylant LGDJ, 2010, d'après la traduction de Charles Eisenmann, 367, p342: « L'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet qu'une seule interprétation, l'interprétation « exacte » ou « vraie ». »

³⁴ Kelsen, Hans, *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996, 604p, p101.

³⁵ Kelsen, Hans, *Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996, 604p, p163.

³⁶ Kelsen, Hans, *La démocratie, Sa nature - Sa valeur*, Dalloz, 2010, 121p, p 34.

La théorie kelsénienne, aussi critique soit-elle vis à vis du parlementarisme³⁷, a fait du légicentrisme un élément fondateur de notre ordre³⁸. Cependant, l'intégration progressive des ordres juridiques nationaux dans des schémas régionaux plus importants, s'accorde mal avec ce principe de réversibilité de la volonté étatique. Elle heurte frontalement le fondement même du droit international : *Pacta sunt servanda*³⁹.

Historiquement, la chute du mur de Berlin a changé la donne, les principes communs de coopération ont pris le pas sur les revendications exceptionnalistes.⁴⁰ Cela a eu pour conséquence, d'instituer un filtre interprétatif ayant un effet « quasi-rétroactif »⁴¹ sur les normes antérieures⁴².

Afin de préserver la tradition juridique européenne et de ne pas heurter les sensibilités en adoptant un système de common-law tel que peut le décrire Hart⁴³, la théorie juridique a évolué. La théorie réaliste de l'interprétation s'est imposée, car elle est la seule à pouvoir expliquer l'évolution empirique du droit. Elle a été consacrée par le succès rencontré des théories du dialogue⁴⁴ des cours, et illustrée par le cas d'école sur la garde à vue⁴⁵ et maintenant par le renvoi préjudiciel⁴⁶.

³⁷ Une des principales lacunes du système est l'impossibilité d'aboutir à une parfaite représentativité du corps social. Kelsen, Hans, *La démocratie, Sa nature - Sa valeur*, Dalloz, 2010, 121p, p 38 : « *Le parlement ne peut exprimer cette volonté du peuple pour la simple raison que, d'après les Constitutions des Etats parlementaires, le peuple ne peut pas même exprimer une volonté, - en dehors de l'élection du Parlement.* »

³⁸ Vedel, Georges, *La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989*, RFDC, n°1, 1990, p 7. La croyance française « *que l'infailibilité de la loi a constitué la base même du droit public français* ».

³⁹ Magnon, Xavier, colloque, *La QPC vue du droit comparé*, colloque à Aix en Provence, 21 et 22 mars 2013. *La modulation des effets dans le temps des juridictions constitutionnelles*, XXIII e Cours international, 7-8 septembre 2011.

⁴⁰ Colloque, Aix en Provence, 17 et 18 novembre 2011, *Existe-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*

⁴¹ La CEDH peut inciter un pays membre à revoir sa législation et condamner un Etat pour ne pas avoir adopté une législation adéquate. Dans ce cas, le caractère rétroactif provient du fait que la norme qui sera adoptée dans le future devrait déjà produire des effets.

⁴² Elle a poussé les députés anglais à voter (à une très large majorité de 234 voix contre 22), une motion qui établit la primauté du pouvoir législatif sur tout autre en matière de droit de vote des détenus (motion déposée conjointement par un député travailliste et conservateur) *Le Monde* samedi 12 Février 2010 Virginie Malingre *Les députés britanniques défient la Cour européenne des droits de l'homme* (à propos du vote des détenus)

⁴³ Hart, H.L.A., *Le concept de droit*, Publication des Facultés de Saint-Louis, deuxième édition augmentée, 2005, 344 p, p 203 :« *un système juridique doit nécessairement manifester quelque conformité particulière avec la morale* ». Cette citation, entendue ci avant, doit être mise en relation avec l'existence de règles primaires et secondaires qui servent « *à distinguer au sein de l'ordre moral en général l'idée spécifique de justice, et à faire état des caractères spécifiques qui justifient son lien particulièrement intime avec le droit.* », p175. Voir aussi « *le droit d'un système donné se trouve identifié par des critères fournis par une règle de reconnaissance acceptée dans la pratique des juridictions, ...(qui) exercent un pouvoir créateur de droit ou discrétionnaire authentique.* » p 277(conception plus radicale que celle de Dworkin qui raisonne de façon plus normative).

⁴⁴ Malgré une existence juridique contestable, le terme est consacré par la doctrine. Le Doyen Di Manno préfère, par exemple, le terme de communicabilité, introduction à la journée d'étude « *Le recours au droit comparé par le juge* », 25 mai 2012 à Toulon, publication à venir.

⁴⁵ Arrêts de la Cour de cassation: garde à vue par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011 (n° P 10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242).

⁴⁶ Levade, Anne, *Anatomie d'une première : renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice*, La semaine juridique, n° 23, 3 juin 2013, p1111-1114. Même si le contrôle exercé « *demeurera de stricte constitutionnalité* », on ne peut nier que le « *renvoi préjudiciel aura des effets sur l'examen de la QPC* ». Il conditionnera dans tous les cas le cadre interprétatif, en soumettant la résolution d'un conflit interne à notre ordre à une décision à venir, d'un ordre extérieur.

Pour comprendre cette évolution, il ne faut plus envisager la norme comme un objet intangible. La théorie réaliste de l'interprétation en raisonnant sur le « fait authentique », place l'articulation des contraintes juridiques au cœur des problématiques. Cette évolution est un marqueur historique qui change notre vision de l'Etat de droit.

1.2 La chronologie démocratique : l'autopoïèse entravée.

L'évolution de notre ordre juridique n'est pas neutre vis-à-vis du travail des historiens. Elle pose le problème de la prise en compte de la chronologie de l'expression de l'acte de volonté. Jadis, seules les Constitutions et les élections pouvaient offrir du sens à la norme. Aujourd'hui il faut prendre en compte les accords internationaux, ainsi que les effets qu'ils sont susceptibles de produire.

1.2.1 L'historicité de l'acte de volonté : les vertus démocratiques de l'autopoïèse.

Derrière les mots les plus savants se cachent souvent les concepts les plus simples. L'autopoïèse⁴⁷ est la capacité de produire sa propre organisation ainsi que ses propres justifications. Ce principe épistémologique, qui permet de définir son propre référentiel, n'a pas que des vertus de logique mathématique. Appliqué aux sciences sociales et à l'idée de démocratie, il ouvre les voies de la transcendance politique et juridique. Il permet à quiconque de repenser notre ordre ; avec comme seule contrainte d'obtenir une majorité suffisante pour le réaliser.

Dès lors que je peux changer mes paradigmes fondateurs, sans avoir à les justifier selon l'ancien référentiel, j'accepte le schéma hégélien d'une rationalité qui n'apparaît qu'à postériori. J'accepte des projets politiques alternatifs, selon le principe révolutionnaire de 1793 « nul génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »⁴⁸.

Cette capacité à changer d'environnement est une condition du succès du modèle kelsénien qui prédisait que : « La démocratie moderne ne vivra que si le parlement se révèle un instrument approprié à la solution des questions sociales de l'heure ». Autrement dit : le rôle juridique du politique est de changer la donne sociale conformément aux aspirations de la population. Cette définition est certes simpliste, mais nul démocrate ne peut en faire l'économie.

En acceptant ainsi d'encadrer juridiquement des changements profonds dans notre ordre, on complexifie le droit et on prend le risque de provoquer des conflits normatifs.

⁴⁷ Varela, Francisco, *Autonomie et connaissance*, Seuil, Paris, 247 p, p 45 « Un système autopoïétique est organisé comme un réseau de processus de production de composants qui (a) régénèrent continuellement par leurs transformations et leurs interactions le réseau qui les a produits, et qui (b) constituent le système en tant qu'unité concrète dans l'espace où il existe, en spécifiant le domaine topologique où il se réalise comme réseau. Il s'ensuit qu'une machine autopoïétique engendre et spécifie continuellement sa propre organisation. Elle accomplit ce processus incessant de remplacement de ses composants, parce qu'elle est continuellement soumise à des perturbations externes, et constamment forcée de compenser ces perturbations. Ainsi, une machine autopoïétique est un système à relations stables dont l'invariant fondamental est sa propre organisation (le réseau de relations qui la définit). » Pfersmann, Otto, *Contre le néoréalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation*, Revue Française de Droit Constitutionnel, n° 52 mars 2003, PUF, Paris, p 789-836. Selon l'auteur sans signification textuelle, ce système conduit à une « régression à l'infini ».

⁴⁸ DDHC 24 juin 1793 : « Un peuple a toujours droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures. »

1.2.2 Les risques de conflits normatifs liés à l'approche historique du droit.

Dès lors que l'on se place dans le référentiel historique du droit où le législateur est là pour changer ou faire évoluer la législation les conflits normatifs sont inévitables. Toutes les procédures pour les résoudre existent : de façon coutumière *lex posterior derogat priori*, de façon juridictionnelle par la censure négative du Conseil, par la possibilité de dénoncer des accords internationaux...

Si ces mécanismes fonctionnent dans notre ordre interne (avec la censure du conseil constitutionnel par exemple), force est de constater qu'ils sont rarement mis en œuvre dès lors que le droit international est en cause. La notion d'identité constitutionnelle représente un garde fou potentiel. Il s'agit pour l'instant d'une incantation du juge français, face à un juge européen qui s'est déjà reconnu la possibilité d'en apprécier le fondement⁴⁹.

L'acte de volonté n'est plus aujourd'hui l'apanage du parlement, le juge s'en est saisi alors qu'il n'est ni élu, ni compétent historiquement pour en apprécier la valeur. En se réjouissant que les conflits normatifs soient résolus par un dialogue des Cours apaisé, n'enferme-t-on pas la démocratie dans un schéma juridique déterministe qui acte une fin de l'histoire programmée ? Etrange défaite dont Marc Bloch nous mettait en garde.

2. Déterminisme juridique et sens de l'histoire :

L'ouvrage de Marc Bloch s'inscrit dans le prolongement de celui de Julien Benda. « La trahison des Clercs » est, selon Benda⁵⁰, une défaite de la pensée, qui prolonge l'analyse wébérienne⁵¹ du schéma de reproduction des élites. Le progrès historique n'est pas seulement dû à une lutte idéologique, mais doit tenir compte des résistances institutionnelles conservatrices. Ces dernières s'expriment par des normes morales implicites, qui peuvent parfois trouver une consécration dans le droit positif⁵².

Dès lors que l'on admet une propension naturelle des détenteurs du pouvoir à le conserver, il faut rester vigilant pour que les institutions démocratiques ne soient pas détournées. Le principal risque associé au vieillissement des institutions est de rétrécir les champs démocratiques⁵³ au profit de la pensée politique dominante.

2.1 La fin de l'Histoire une norme diffuse : une finalité libérale

⁴⁹ CJUE Arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 22 décembre 2010. Ilonka Sayn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien.

⁵⁰ Benda, Julien, *La trahison des Clercs*, Grasset, 1995, 255p, p125 : « Ces passions (politiques) me semblent pouvoir se ramener à deux volontés fondamentales (...), l'une cherche la satisfaction d'un intérêt et l'autre celle d'un orgueil ».

⁵¹ Weber, Max, *Economie et Société*, T2, Pocket Agora, Paris, 1995, 423p, p291 et s. Il décrit un schéma de reproduction des élites fondé sur un mode de « domination légale ». Dans ce système, c'est la conformité des actes des acteurs, avec un droit rationnel (en finalité ou en valeur), qui marque l'appartenance à un groupe social. Le degré d'intégration et de compréhension des normes produit une élite, qui concourt à renforcer les institutions en les complexifiant, pour conforter son poids et son pouvoir.

⁵² Guibourg, Ricardo, A. *Gouvernement, Droit et ontologie*, in L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, Paris, 2006, p 473 : « Il n'est pas utile de se demander si vraiment la morale est séparée du droit ».

⁵³ A défaut de caution intellectuelle on notera un rétrécissement des champs du possible qui s'ouvrent au politique. Favoreu, Louis, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988, 153 p. Il soulignait déjà que « quelle que soit la couleur du gouvernement celui-ci est, et sera de plus en plus confronté à la difficulté croissante de faire adopter des réformes ».

La chute du mur de Berlin a vu le triomphe de l'idéologie libérale. Elle a permis une certaine unification du droit autour de la conception occidentale des droits fondamentaux. Le prisme interprétatif s'est vu rétréci, pour tenter de mettre fin au caractère paralysant de la confrontation de deux visions systémiques antagonistes du droit.

La question qui se pose est de savoir si en limitant le nombre de paradigmes d'un référentiel, on parvient à conserver une représentativité suffisante. L'histoire rejoint ici le droit, puisqu'elle s'interroge sur l'ontologie de la norme. L'enjeu est de savoir si le droit est à la hauteur des enjeux historiques.

2.1.1 La norme libérale : un référentiel historique partiel

Le trait, sans doute le plus remarquable, de la Constitution de 1958 est la pluralité d'inspiration idéologique de sa normativité⁵⁴. Fruit d'un long et tortueux héritage constitutionnel, la Ve République offre potentiellement un prisme interprétatif très large, que le Conseil constitutionnel tente laborieusement de défendre.

Le terme laborieux peut sembler péjoratif, cependant, il ne pouvait en être autrement. Que faire d'une norme présentée à la France par deux hommes aussi complexes que de Gaulle et Malraux ! Ce qui fait la richesse historique de notre Constitution⁵⁵ complexifie le travail du juriste. Les droits créances, notre triptyque, la laïcité sont autant de concepts historiquement datés et qui parfois ne correspondent pas au caractère résolument libéral des normes internationales post-1989⁵⁶.

La survivance de ces normes anachroniques dans notre Constitution renvoie à une époque révolue, celle de l'Etat providence dans un modèle keynésien. Le modèle néoclassique actuel transposé notamment dans le pacte de stabilité budgétaire permet-il un éventuel retour en arrière pour s'adapter par exemple au caractère cyclique de l'économie ? Si politiquement le changement est toujours possible - par la Révolution notamment -, force est de constater que la norme actuelle est amnésique et n'envisage pas d'alternative au système actuel.

2.1.2 Le standard juridique et le mythe de l'universalisme

Si l'on cherche un repère historique dans l'évolution contemporaine du droit, c'est sans doute le développement des droits fondamentaux qui matérialise juridiquement l'ère de la mondialisation.

Cette évolution, qui sert de socle à la promotion d'un ordre juridique intégré, s'appuie sur des standards qui sont qualifiés d'universels. Ils se fondent sur des éléments

⁵⁴ Renforcé par la vision du Général de Gaulle dont le projet est en partie résumé par la citation introductive de ses Mémoires de Guerre. *"Toute ma vie je me suis fait une certaine idée de la France. Le sentiment me l'inspire aussi bien que la raison."* Cette ambition est confirmée par Malraux dans ses Antimémoires où l'ambition transcendantale du projet gaullien est explicitée. D'un point de vue formel, cela explique que les déclarations des droits fondamentaux et sociaux ne soient pas intégrés dans le corps principal de la Constitution. Voir aussi Geffray, Marie, *De Gaulle et Malraux : Le discours et l'action, une éthique de la parole politique*, Guibert, 2011, 511p, p 445 : Les écrits et les discours « *sont les deux moyens dont dispose l'humanité pour s'affranchir de son destin.* »

⁵⁵ Le triptyque républicain comporte de nombreux paradoxes philosophiques. Borgetto, Michel, *La devise Liberté, Egalité, Fraternité*, Presses Universitaires de France, Paris, coll. QSJ. 1997.

⁵⁶ Haber, Stéphane, *Renouveau de la philosophie sociale?* Esprit mars-avril 2012 3-4 p 131 : « *Contre l'exaltation de l'individu, la philosophie sociale française a mis en avant la fragilité de l'autonomie individuelle.* »

présents dans les traditions constitutionnelles des Etats membres⁵⁷, gages de leur caractère démocratique.

Cependant, cette idée relève en grande partie du syllogisme, et c'est en ce sens qu'il faut comprendre la décision de la Cour constitutionnelle allemande relative au plan d'aide à la Grèce. Ce n'est pas parce qu'une décision a été prise par des instances internationales démocratiquement élues que sa légitimité peut s'imposer ou se substituer à la légitimité nationale. L'appartenance à un même groupe social, ne préjuge pas de l'homogénéité des membres qui le compose.

C'est là tout l'enjeu du développement contemporain du droit : appréhender la complexité⁵⁸.

L'enjeu est de taille et sa résolution marquera sans doute une étape historique dans notre définition de la nation, qui balbutie actuellement pour se forger une identité cohérente⁵⁹.

Cette hésitation est en grande partie systémique. Elle est le reflet des mutations sociologiques qui irriguent le droit, sans pour autant en tirer toutes les conséquences constitutionnelles. L'empreinte historique de l'universalisme progresse, mais pas suffisamment pour remplacer les mythes fondateurs des ordres nationaux. Ils restent protégés par des mécanismes juridiques démocratiques, et en dernier recours par la définition historique de la nation⁶⁰. Ils sont les garanties juridiques d'un relativisme historique, qui postule une utilité sociale qui reste attachée à un territoire.

2.2 Déterminisme juridique VS utilité sociale : le droit comme moyen historique

L'histoire a-t-elle un sens ? Et si oui est-il intelligible ? Répondre à ces questions, c'est déjà un engagement politique. Le naturalisme n'est pas neutre, c'est une forme de religiosité ethno-centrée.

La conception hégélienne de l'histoire permet de s'affranchir de ce débat⁶¹. En reconnaissant notre incapacité à appréhender la complexité présente, nous posons un

⁵⁷ Article 6 TUE, 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. On notera ici, une assimilation entre les traditions constitutionnelles et les droits fondamentaux.

⁵⁸ Morin, Edgard, *Science avec conscience*, Seuil, Points Sciences, Paris 1990, p. 29 « *De toutes parts surgit le besoin d'un principe d'explication plus riche que le principe de simplification (disjonction/réduction) et que l'on peut appeler le principe de complexité.* » Appliqué au droit, cela signifie que l'extrême spécialisation disciplinaire, nuit à transversalité. Autrement dit que la complexité, si elle ne s'accompagne pas d'un mouvement d'ouverture peut engendrer un réductionnisme préjudiciable à la compréhension globale des enjeux.

⁵⁹ La décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, n'a toujours pas produit d'effet.

⁶⁰ Sentence n° 1146 de 1988 : « *la Constitution italienne comporte certains principes suprêmes qui ne peuvent être altérés ou modifiés dans leur contenu essentiel même par des lois de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles. Il en va ainsi aussi bien d'un principe que la Constitution range parmi les limites absolues au pouvoir de révision comme la forme républicaine du gouvernement (art. 139 de la Constitution) que des principes qui, bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux qui ne peuvent faire l'objet d'une procédure de révision constitutionnelle appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne* ».

⁶¹ Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, Paris, 1995, 380 p. P 83 « *le droit est donc en général la liberté comme idée* » mais pour lui, l'idée n'existe non pas comme un absolu mais une fois conceptualisée et formalisée. C'est en fait l'incarnation du progrès de la pensée et du sens de l'histoire. P 78 « *un droit est limité et par suite il est subordonné à un autre élément ; seul le droit de l'Esprit du monde est absolu et sans borne .« un progrès dans la conscience de la liberté* » Hegel, *La philosophie de l'histoire*,

principe relativiste, qui justifie l'approche démocratique. En faisant confiance au Peuple, le droit perd toute prétention de vérité substantielle, mais gagne un véritable statut de science sociale.

2.2.1 Les enjeux historiques de l'utilité sociale

Si l'histoire de la pensée politique permet de définir des périodes marquées par des faits sociaux clairement définis, la science juridique fait preuve d'une plus grande continuité. Lorsque nous évoquons l'Ancien Régime, la période révolutionnaire, ou même l'essor du nationalisme, il semble que nous ayons tiré les leçons du passé et que nous soyons passé à autre chose.

Le droit quant à lui s'inscrit dans un enracinement et une tradition beaucoup plus profonde. L'argument de droit romain a toujours droit de cité, les fondements bodiniens de la souveraineté sont toujours enseignés, le code civil est un héritage napoléonien loué et l'Etat-nation continue d'être la pierre angulaire de notre ordre.

Là où la société civile semble avoir choisi la voie de la rupture, le droit semble préférer la sédimentation historique. En intégrant ainsi de nouveaux paradigmes dans leur logique systémique, les juristes risquent d'entretenir l'idée que la justice existe, et que nous progressons vers cet idéal ⁶²!

Le droit dans cette optique devient au mieux de la philosophie, au pire une fin en soi. Si la figure d'un juriste philosophe peut séduire quelques idéalistes, elle n'en est pas moins pernicieuse. Deux raisons majeures s'opposent à ce mélange des genres. La première nous est enseignée par Wittgenstein⁶³. Si nous suivons sa logique les juristes deviendraient des censeurs négatifs de l'action politique, sans bornage constitutionnel. La seconde est d'ordre démocratique : si la vérité existe alors le philosophe est roi au sens platonicien ; ce qui réduit l'intérêt et les prérogatives des partis politiques qui concourent « à la vie démocratique de la Nation » (art 4 C).

Un autre argument pratique s'oppose à la confusion des genres. La rapidité et la régularité des consultations électorales ne permettent pas d'établir des objectifs scientifiques de long terme. Les réformes juridiques entreprises par une nouvelle majorité, redéfinissent à chaque fois ce que le peuple estime socialement utile.

Le temps juridique se voit ainsi parfois confronté à la rapidité du temps politique, prompt à répondre aux besoins sociaux de la population. Pourtant malgré une absence de synchronisme, le droit intègre ces différentes temporalités. Il est certes constitutionnellement le gardien d'un temps long, et d'un héritage historique, où l'égalité en

livre de poche, Paris, 758p, p70. « Rien de grand ne s'est produit dans le monde sans passion (...) pour ainsi dire comme quelque chose d'animal ».

⁶² Sur ce sujet voir Magnon, Xavier, *En quoi le positivisme –normativisme – est-il diabolique ?*

<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC7/MagnonTXT.pdf> p4 : « Ne pas prendre pour objet la justice dans l'étude du droit ne revient pas à nier que la justice, ou n'importe quelle autre valeur, est ou peut être à l'origine du droit ».

⁶³ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, Gallimard, 1993, 121p, p 112. Professeur à Cambridge. Citation complète :

« La méthode correcte en philosophie consisterait proprement en ceci : ne rien dire que ce qui se laisse dire, à savoir les propositions de la science de la nature - quelque chose qui par conséquent n'a rien à faire avec la philosophie -, puis quand quelqu'un d'autre voudrait dire quelque chose de métaphysique, lui démontrer toujours qu'il a omis de donner, dans ses propositions, une signification à certains signes. Cette méthode serait insatisfaisante pour l'autre - qui n'aurait pas le sentiment que nous lui avons enseigné de la philosophie - mais se serait la seule strictement correcte ».

droit est la clef de voute de l'édifice contemporain ; mais il se refuse au dogmatisme en reconnaissant des « distinctions sociales » fondées sur l'utilité commune. (art 1 DDHC).

Cet article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ouvre les champs du possible face à une vision cartésiano-juridique du droit qui voudrait sacraliser les droits fondamentaux, à la manière des penseurs ou philosophes libéraux qui ont triomphé au XVIII^e siècle.

L'atavisme actuel pour les droits fondamentaux et la globalisation correspond à une tendance de notre histoire contemporaine. Le piège serait d'en faire un symbole de modernité.

Ce retour en force de la pensée libérale classique, que l'on avait un moment cru dépassée par le keynésianisme, nous rappelle le caractère cyclique de certains phénomènes sociaux. Kondratieff l'a démontré en économie, un retour en arrière n'est jamais exclu. Il permet, dans certains cas, de gommer les excès d'une période et de replacer « l'utilité sociale » au centre du système.

La fin des idéologies a parfois été interprétée comme une fin de l'histoire. Certes le débat idéologique n'est plus aussi marqué, mais de profonds clivages subsistent sur ce qui est socialement utile.

Ne peut-on pas y voir une opportunité scientifique de promouvoir le conflit normatif ? Dès lors que les protagonistes politiques s'entendent sur le référentiel⁶⁴, le juriste se consacre à la promotion de la pluralité des solutions normatives⁶⁵, au sens kelsénien. Il reste ainsi un esprit scientifique. Il se met au service de la démocratie en offrant au peuple la possibilité de trancher les éventuels conflits normatifs.

2.2.2 Le relativisme juridique, une vision historique de la démocratie.

La thèse de Fukuyama est plus complexe qu'il n'y paraît. Le libéralisme triomphant qui y est décrit n'est pas celui d'Adam Smith ou de Rawls⁶⁶. La rupture historique qu'il matérialise se caractérise par la mort des idéologies, et le triomphe du pragmatisme. Cette nuance est importante d'un point de vue systémique et juridique. En effet, cela signifie que l'adoption de la norme ne se justifie plus selon des considérations idéologiques issues d'un référentiel de pensée prédéterminé, mais en fonction de considérations sociales factuelles. On comprend dès lors que pour une partie grandissante de la population une norme adoptée par une majorité de gauche ne sera pas foncièrement différente de celle qu'aurait voté une majorité de droite.

Cette impression d'un rétrécissement des champs du possible ou de la norme, a des causes endogènes dues à l'intégration d'un droit de l'Union dont les fondements politiques ont été influencés par la guerre froide⁶⁷. A la manière du « plus jamais ça », qui a guidé la rédaction de certaines constitutions et qui a justifié par exemple des limites au

⁶⁴ Certes des divergences subsistent concernant la vision institutionnelle des ordres juridiques, mais il n'y a plus de clivage aussi radical que celui qui a opposé communistes et libéraux.

⁶⁵ Bloch, Marc, *L'Etrange défaite*, Folio, histoire, 1999, 326p p29 « dès maintenant, à accumuler tantôt l'ignorance et tantôt la mauvaise foi se lèveront peu à peu ; et peut-être les chercheurs occupés à les percer ».

⁶⁶ Rawls, John, *Théorie de la justice*, éditions Points, 665 p, p 508, montre que « le contenu de la morale de groupe est fourni par les normes morales qui correspondent au rôle de l'individu dans les divers groupes auxquels il appartient (...) elles lui sont imposées par l'approbation ou la désapprobation des responsables ou des autres membres du groupe ».

⁶⁷ Quermonne, Jean Louis, *Le spectre de la technocratie et le retour du politique*, Pouvoir, Seuil, n°69, 1994, p8: « sous la menace soviétique l'objectif poursuivi ... par les pères fondateurs était de nature politique. »

pouvoir de révision ; l'Union s'est construite selon une vision politique, charge au juridique de suivre.

La tâche était pour le moins ardue et force est de constater que 25 ans après la formule de Jacques Delors l'Europe reste un « objet non-identifié ». Elle produit néanmoins des effets insoupçonnés⁶⁸ que la théorie peine à intégrer, sans reconnaître une forme de supra-constitutionnalité externe, selon la formule du doyen Favoreu.

Un retour en arrière sur les fondements de l'Union nous renvoie à des débats doctrinaux non résolus à ce jour, et que l'histoire juridique ne semble pas avoir retenu. L'empirisme semble s'être substitué à la théorisation juridique. L'atavisme pour les droits fondamentaux, modifie l'essence même du droit en passant progressivement d'un droit prescriptif à un droit permissif. Ce nouveau centre gravitationnel change profondément la nature d'une autopoïèse qui continue néanmoins d'être notre cœur constitutionnel.

En imposant un retour à une pensée historique datée, qui a déjà montré ses limites⁶⁹, la crainte du Général de Gaulle de voir « l'écart se creuser entre l'opinion publique et ses élites »⁷⁰ se matérialise par la montée des populismes. C'est pourquoi il faut conférer une légitimité démocratique⁷¹ à l'Europe. Mais il est surtout indispensable de préserver la possibilité de faire évoluer les ordres juridiques nationaux selon des paramètres d'utilité sociale. Le droit comparé ne peut pas s'affranchir d'une lecture d'économie comparée préalable. Il se doit de comprendre qu'historiquement les niveaux de développement ne sont pas similaires, et que l'utilité sociale est difficilement appréhendable pour le citoyen à un niveau global.

Alors que nous sommes en période de campagne pour les élections européennes, nous ne pouvons que constater que les débats n'ont pas permis de faire émerger une véritable légitimité au projet européen encore largement supplanté par les questions sociales nationales.

D'un point de vue systémique la question de l'adéquation du projet européen avec les préoccupations nationales se pose. Le caractère idéologique de ses fondements pèse sur les normes nationales, à une époque où les intellectuels nous poussent à redécouvrir les vertus du relativisme au travers de l'utilité sociale.

Si le droit européen devient un moyen systémique de s'opposer à la réalisation d'un projet national porté par une majorité, alors le « retour vers le futur » sera synonyme d'obscurantisme. Il n'y aura plus alors qu'à espérer que le juge, se saisisse du critère démocratique pour sanctionner des normes contraires à l'utilité sociale.

⁶⁸ Marguénaud, Jean-Pierre : *La Cour Européenne des droits de l'homme* Dalloz 2008 165p. La « Cour européenne des droits de l'Homme a su faire produire à la CEDH et à ses protocoles complémentaires des effets protecteurs des droits de l'Homme insoupçonnés à l'origine. » p36.

⁶⁹ Stiglitz, Joseph, Prix Nobel d'économie, *Le triomphe de la cupidité*, Les liens qui libèrent, 2010, 473p, p 391. Pour lui, la faillite des théories néoclassiques fait l'objet d'une constatation empirique. Il réintroduit des nuances avec la pensée de Bentham plus complexe, qui avait mis en garde contre certaines dérives interprétatives de son modèle. Nous ne pourrions pas ici développer ce point, pourtant intéressant, la doctrine néoclassique dominante au niveau européen ayant intégré les finalités du projet utilitariste, elle sera traitée d'un point de vue global.

⁷⁰ Quermonne, Jean-Louis, *Le spectre de la technocratie et le retour du politique*, Pouvoir, Seuil, n°69, 1994, p8.

⁷¹ Habermas, Jurgen, *Rendons l'Europe plus démocratique*, Le Monde 26 novembre 2011.