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

Proposition de communication :

Atelier E : Droit constitutionnel, histoire et théorie du droit

3 394 caractères : citation liminaire, espaces et notes de bas de pages exclus.

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-nation 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 changer les choses 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'infaillibilité 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 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 camera. 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 exactes) 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).

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 égerie est l'internationalisme.