

**LES MANUELS DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNALISTE
FACE AUX
BOULEVERSEMENTS FONDAMENTAUX
DE L'ERE POST BIPOLAIRE¹**

Par
Christophe Euzeit
Maître de Conférences à l'Université Via Domitia de Perpignan

1. Même si l'on s'accorde sur le fait que le Réel n'est pas pleinement accessible à l'expérience humaine –à sa capacité d'analyse devrait-on dire-, il n'en demeure pas moins que le but de toute science est *d'approcher au mieux la compréhension de l'objet de ses investigations*. L'effort de neutralité, le recul nécessaire à un minimum d'objectivité, doivent ainsi accompagner une démarche soucieuse d'expliquer, de rendre compte (pour –éventuellement- mettre sous forme théorique) toute étude réalisée sur une thématique déterminée, à la marge de toute idéologie. Le processus d'investigation se doit, pour sa part, d'obéir à des choix épistémologiques préalables, à une méthode de recherche rationnelle et de reposer sur l'utilisation d'outils analytiques pleinement opératoires, c'est-à-dire à même de se confronter avec succès aux problématiques envisagées en faisant avancer les éléments de la connaissance, de la compréhension du monde.

2. On s'est beaucoup interrogé, dans les sciences sociales en général et chez les juristes en particulier, pour déterminer s'il était possible de prétendre à la scientificité dès lors que l'on étudie des activités humaines, dans la circonstance -en d'autres termes- où l'homme étudie l'Homme. Ce ne sera pas ici la préoccupation centrale du propos. Considérons simplement, pour en baliser la portée, que la recherche en droit constitutionnel déploie une activité « scientifique » en ce sens qu'elle essaie -en principe- *d'expliquer ce qu'est le droit constitutionnel* en déployant des raisonnements ordonnés et en se voulant objective. La *doctrine* constitutionnaliste est ainsi composée de *l'ensemble des études réalisées en droit constitutionnel*.

3. Il va sans dire que le champ de ses préoccupations et les dimensions de sa richesse dépassent très largement les capacités de lecture et de synthèse de l'auteur de ces lignes. En revanche, l'entreprise qui consiste à porter à son endroit un regard d'ensemble apparaît plus accessible si l'on essaie d'en cerner la production en termes de *manuels*². Ces derniers sont en effet révélateurs *de l'état d'une science*, si l'on considère qu'ils constituent, d'une part, le procédé par lequel celle-ci s'offre aux néophytes en présentant ses résultats en termes accessibles³ et, d'autre part, qu'ils fournissent (lorsqu'on procède à leur analyse comparée) une illustration qualitative et quantitative des rapports de forces institutionnels existant entre écoles de pensées.

¹ La version *provisoire* présentée ici n'est pas référencée. Notre étude fait état des résultats partiels de recherches (en cours à ce jour) réalisées sur vingt-huit manuels seulement et dont l'achèvement donnera prochainement lieu à la publication d'un ouvrage d'introduction critique au droit constitutionnel.

² Nous avons pu en consulter quarante neuf consacrés à l'étude du « droit constitutionnel général » (indépendamment de la formulation de l'intitulé, qui renvoie, parfois, aux institutions politiques et/ou à la science politique) depuis l'ouvrage d'Adhémar Esmein publié en 1896 jusqu'à nos jours, si l'on ne décompte qu'un seul ouvrage par auteur (en dépit de multiples éditions parfois très différentes les unes des autres) et si l'on excepte les manuels consacrés au contentieux (ou Conseil) constitutionnel ou limités à l'étude de la seule Vème république ainsi que ceux qui abordent exclusivement la thématique des libertés publiques sous la Vème.

³ Il ne saurait être question de réduire la richesse de la discipline à la présentation qui en est faite dans les manuels. Ceux-ci donnent tout au plus une *tendance générale* qui ne doit nullement être confondue avec la profondeur de la production doctrinale des revues spécialisées. Néanmoins, ceux-ci présentent l'avantage d'offrir un instrument de mesure fiable du degré de réappropriation par l'ensemble de la discipline des réflexions menées par les spécialistes.

4. On se limitera ici à envisager la thématique de *la production doctrinale dans le cadre des manuels au regard des changements récents connus par la société internationale*, notamment depuis la disparition soudaine du bloc de l'Est au seuil des années quatre-vingt-dix. En effet, loin de se limiter au bousculement des équilibres internationaux, l'effondrement du concurrent soviétique a provoqué des bouleversements en cascade qui travaillent encore en profondeur, vingt ans plus tard, l'ensemble des sciences sociales en général, dont le droit constitutionnel en particulier. Mais la doctrine constitutionnaliste, justement, prend-elle pleinement la mesure des mutations en cours ? S'est-elle redéfinie d'un point de vue épistémologique ? A-t-elle repensé ses postulats méthodologiques ? dans quelle mesure témoigne-t-elle d'un souci d'adaptation de ses outils d'analyse aux évolutions fondamentales qui se font jour ? En un mot, *la doctrine du droit constitutionnel est-elle encore à même de donner une explication fiable de son objet d'étude ?* Tel n'est pas notre point de vue. Nous considérons au contraire que la recherche en la matière traverse aujourd'hui une crise majeure qui l'expose non seulement au spectre de sa dilution prochaine (là n'est pas le plus grave) mais encore au jugement que ne manquera pas de lui affecter l'Histoire en termes de responsabilité⁴.

5. Et l'observation n'est pas anodine. Car toute démarche scientifique (en sciences sociales notamment) a pour perspective de donner des éléments d'explication du présent ayant vocation à offrir des instruments d'appréhension de l'avenir. Elle a donc une fonction sociale à remplir. Or l'on comprend aisément que cette *mission* revêt une dimension particulière lorsque la science en question touche à *l'organisation politique des sociétés humaines*. Il se trouve pourtant que la doctrine constitutionnaliste pêche -de toute évidence- dans les deux finalités qui lui sont assignées. Face à la rupture historique *majeure* que représente l'effondrement du bloc de l'Est, la continuité de la science du droit constitutionnel semble de plus en plus inconciliable avec l'objet de ses préoccupations (I). En situation d'échec explicatif face aux défis d'une Histoire immédiate dont elle n'a aucunement pris la mesure, celle-ci utilise désormais des outils analytiques obsolètes qui ne rendent plus guère compte de la réalité. En tant que science, en tant que science du *pouvoir* et des *sociétés politiques constituées* devrait-on dire, elle invite aujourd'hui à un changement radical de climat scientifique. Son aura bien sûr, sa survie même, mais surtout les apports qui doivent être les siens quant à l'explication des *gouvernements des hommes* ne sauraient en faire davantage l'économie. (II).

I. LA CONTINUITÉ SCIENTIFIQUE FACE À LA RUPTURE HISTORIQUE DE 1989

6. Les vingt années qui se sont écoulées depuis la chute du mur de Berlin ont charrié -avec une vélocité sans équivalent dans l'Histoire- des changements aux dimensions sans précédent. En réalité, il apparaît que la lame de fond du phénomène que nous percevons aujourd'hui trouve ses origines à la fin du XVIII^{ème} siècle pour une part et à l'issue de la deuxième guerre mondiale d'autre part. Mais la période écoulée -celle de la révélation de l'individu, puis du long déchirement entre l'individuel et le collectif- a masqué, jusqu'à l'effondrement soviétique, l'essentiel des transformations qui se dessinaient pour l'Humanité toute entière depuis le siècle des lumières.

⁴ Dilution annoncée dans une sorte de *journalisme* politique si son premier travers ne trouve pas à se corriger. Marginalisation programmée si celui de la technicisation outrancière du discours tendait *in fine* à s'imposer à la discipline. Mais responsabilité au regard de l'Histoire surtout, pour n'avoir pas su expliquer le bond dans la post-modernité et ses enjeux, primordiaux pour l'appréhension de notre futur immédiat.

Même en limitant la réflexion à des périodes plus réduites, nul ne doute que le monde en 2008 n'a plus grand-chose à voir avec ce qu'il était en 1958. On verra qu'il expose désormais ceux qui l'étudient à l'impératif d'une évolution, voire d'une, *révolution* scientifique. Or cette révolution n'a pas eu lieu dans la discipline qui nous intéresse. Alors que la matière est profondément affectée par les transformations rapides et fondamentales du monde (B), les manuels ne prennent aucunement la mesure du bouleversement et se limitent à actualiser un discours dont la trame n'a quasiment pas bougé depuis l'après-guerre, sinon depuis les origines (A).

A. LA CONTINUITÉ SCIENTIFIQUE : LES MANUELS DE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME RESULTANTE D'UNE STRATIFICATION PAR TRANCHES DE CONNAISSANCES SUPERPOSEES

7. Contrairement à une idée de plus en plus répandue –mais rarement vérifiée–, les manuels de droit constitutionnel contemporains ne sont pas dominés quantitativement par l'école normativiste. Au contraire, la quasi-totalité d'entre eux trouve sa cohérence dans une approche historique du droit constitutionnel enrichie par l'apport de la science politique. Néanmoins, les contraintes de publication⁵ ont progressivement produit deux phénomènes. D'abord, la partie historique tend à se contracter et n'apporte plus toujours les éléments de compréhension qui en justifiaient la présence. Il ne s'agit plus de faire de l'histoire sociale des constitutions, mais seulement des références à des textes constitutionnels extérieurs à toute conjoncture. Ensuite et surtout, des pans entiers de la matière sont (sans justification méthodologique) soit relégués à des développements marginaux soit intégralement écartés. Il en va ainsi par exemple, de la notion de *pouvoir politique*, de *l'historicité de l'Etat*, de la notion de *droit*, ou, plus surprenant encore, du *constitutionnalisme du XVIII^{ème} siècle* qui n'est que très sporadiquement évoqué alors qu'il se trouve être le fondement même de la matière à étudier⁶.

8. Globalement, « le manuel standard » est ainsi articulé sur une construction quasi-invariable : L'Etat, la Constitution, Les régimes politiques, les expériences étrangères, L'Histoire de la V^{ème} République, La V^{ème} République. [Il est à noter que l'appauvrissement de la « théorie générale » durant les deux dernières décennies a généralement été compensé par l'enrichissement de ce qui constitue le plus souvent le dernier chapitre (ou la dernière partie) du manuel, consacré à la justice constitutionnelle. L'« école aixoise », si elle n'emporte pas l'unanimité des suffrages dans la construction des manuels, a donc une influence qualitative déterminante sur leur contenu. L'ouvrage collectif du Doyen Favoreu est en effet le seul à débiter, après l'examen de la constitution comme norme, par l'étude de la justice constitutionnelle. En ce sens, son influence sur la construction des manuels est quasi nulle. Toutefois, tous s'imprègnent des apports de l'école en évoquant abondamment la justice et la jurisprudence constitutionnelles en fin d'ouvrage. Elle est donc, en réalité et *en ce sens cette fois*, déterminante]. Pour résumer et grossir le trait, un manuel de droit constitutionnel est aujourd'hui la résultante de la superposition des travaux historiques d'Adhémar Esmein, des développements de Raymond Carré de Malberg relatifs à l'Etat souverain, des apports d'Hans Kelsen en matière d'ordres juridiques et des analyses sociopolitiques de Maurice Duverger, sur lesquels vient désormais se greffer l'étude jurisprudentielle des décisions des cours constitutionnelles chère à Louis Favoreu.

⁵ volume de l'ouvrage, adaptabilité du contenu aux exigences des concours et nécessités d'actualisation liées aux rééditions.

⁶ Il en va ainsi, de la même façon, pour les partis politiques et les systèmes de partis, qui sont déconnectés du système constitutionnel. A l'inverse, ils reprennent parfois à leur compte des distinctions scientifiquement dénuées d'intérêt, comme celle entre « la droite et la gauche ».

9. La science du droit constitutionnel, et en cela elle n'a rien de spécifique, s'est ainsi développée par *strates de connaissances* comme il en va –selon Thomas Kuhn– pour toutes les sciences. Sûre d'elle-même, la construction des manuels de droit constitutionnel ne met même plus en balance ses *a priori* épistémologiques et ne prend presque plus soin de préciser ses orientations méthodologiques⁷. Mais Thomas Kuhn a démontré, aussi, que la recherche trouve des limites intrinsèques lorsqu'elle évolue et se développe toujours sur les mêmes paradigmes. L'avancée de la science repose alors sur une *rupture* scientifique, sur un changement de paradigme. En sciences sociales, ce changement peut être rendu indispensable par l'évolution de la conjoncture ou des faits (La connaissance y est en effet toujours plus ou moins dépendante du contexte historique de sa production) : Adhémar Esmein écrit après un siècle d'expériences parlementaires aux succès inégaux et appuie ses travaux sur les débats révolutionnaires de 1789. Raymond Carré de Malberg publie en 1920 une contribution à la théorie générale de l'Etat rédigée avant le premier conflit mondial. Il est imprégné du nationalisme des juristes allemands de la deuxième moitié du XIX^e siècle. Héritier de Kant à certains égards, Hans Kelsen construit la pyramide des normes entre les deux guerres dans la perspective espérée d'une paix perpétuelle. Maurice Duverger impose la science politique comme grille de lecture du droit constitutionnel en pleine crise du droit, sous la guerre froide. Louis Favoreu raccroche enfin la République à ses voisins européens au milieu des années 80 en oeuvrant au développement de la justice constitutionnelle et en militant en faveur du positivisme normativiste, déjà digéré par les autres constitutionnalistes du vieux continent. Les sciences sociales (et c'est en cela que leur caractère scientifique leur est souvent contesté) sont, plus encore que les sciences exactes, étroitement dépendantes de leur contexte de production. Comment, d'ailleurs, pourrait-il en aller autrement ? Mais au final, la connaissance constitutionnelle contemporaine (celle qui nous intéresse ici) se présente comme une *superposition de strates de connaissances dont les fondations paradigmatiques ne sont plus vérifiées*.

10. A cela il convient de rajouter, enfin, que cette superposition des strates de savoir finit par *accumuler* les préjugés pour les faire devenir inconscients. Esmein milite pour la République parlementaire au regard de l'Histoire révolutionnaire. Carré de Malberg pour un Etat fort et responsable du sort de la nation. Kelsen pour l'édification d'un système juridique international surplombant des Etats de droit. Maurice Duverger pour une modernisation « démocratisante » de la pensée à l'égard des phénomènes de pouvoir. Louis Favoreu, pour la démocratisation du *système* par un renforcement de sa juridicité et sa juridictionnalisation. La doctrine constitutionnelle française contemporaine, en se faisant l'écho de ces strates successives, voue en somme (souvent sans le percevoir) une admiration sans borne à la révolution, à la république, à la démocratie et à son droit, plus qu'elle ne les étudie *au fond*, comme se le doit une science à l'égard de ses objets d'étude. Mais peut-il, encore une fois, en aller autrement ? le droit constitutionnel n'est-il pas en effet le fruit d'une volonté délibérée de mettre un terme à l'arbitraire et à la barbarie ? On y reviendra.

B. LA RUPTURE HISTORIQUE DE 1989 : LA TRANSFORMATION FONDAMENTALE DE L'OBJET D'ETUDE DE LA SCIENCE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

⁷ Seule « l'école aixoise », parce qu'elle tache encore de rallier à sa grille de lecture, s'étend sur les vertus du positivisme normativiste. A la marge, le Pr. Michel Troper, tout en militant en faveur du positivisme et de la dogmatique juridique, prône à titre personnel les vertus de la théorie réaliste de l'interprétation qui peine, à ce jour, à pénétrer la doctrine générale en dépit d'un certain nombre d'atouts séducteurs. Mais on y reviendra..

11. Le démantèlement du mur de Berlin offre une cristallisation édifiante de la rupture historique qui se produit en 1989 (1). Il en résulte un changement d'ère et un bouleversement sans précédent pour la jeune discipline qu'est le droit constitutionnel (2).

1. *La rupture historique de 1989*

12. Le monde de l'organisation politique des sociétés humaines n'avait plus guère changé de nature depuis la signature des traités de Westphalie en 1648. A cette époque, les grands pays européens devenaient des Etats modernes à part entière en s'émancipant de la tutelle papale d'une part et de celle du Saint Empire Romain Germanique de l'autre. *Le principe de l'égalité souveraine des Etats les faisait entrer de plain pied dans la modernité.* Derrière l'effondrement du camp collectiviste trois siècles et demi plus tard, ne se dessine pas uniquement l'échec d'un modèle ou d'un système, mais bien l'entrée dans une nouvelle ère. La dislocation de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques entraîne une vague de prolifération étatique qui vient couronner un mouvement déjà amorcé auparavant : Entre 1945 et 1992, le nombre d'Etats sur la planète s'est quasiment multiplié par quatre⁸. Ce premier mouvement (la multiplication du nombre d'Etats) est bientôt suivi de conséquences importantes qui lui sont directement inhérentes : Les nouveaux Etats se dotent de nouvelles *Constitutions*, résolument *démocratiques* (faisant à l'époque écrire à d'aucuns que l'Histoire était sur le point de s'achever).

13. Très rapidement, la disparition du concurrent soviétique produit pourtant des manifestations inattendues, qui se répercutent jusqu'à nos jours. La démocratie constitutionnelle s'est en effet heurtée d'emblée à des résistances culturelles. Elle a été confrontée au péril ou à la réalisation de l'émiettement des Etats en entités distinctes. De multiples autorités politiques se sont révélées incapables de faire face à la demande sociale au point que l'on a pris l'habitude de les qualifier de pseudo-Etats. Des conflits intraétatiques ont fait leur apparition, substituant bientôt les guerres civiles aux conflits interétatiques des temps d'« avant ». Et le phénomène ne s'est pas cantonné au monde en développement. Par ricochet et par un entraînement logique pour un système en voie de globalisation, les régimes politiques occidentaux ont eux aussi été en proie à des mutations substantielles : L'internationalisation des problématiques (environnement, démographie, déséquilibres économiques, nouveaux moyens de communication, transétatisme religieux...) s'est révélée de plus en plus manifeste, de même que la multiplication du nombre des acteurs en situation de concurrence avec les autorités étatiques (Firmes multinationales, organisations non gouvernementales, mafias internationales, autorités religieuses...). *La perte des leviers de commande du pouvoir politique par les Etats*, y compris occidentaux, est apparue avec une évidence qu'a vite signalée la baisse de fréquentation des bureaux de vote les jours de consultations électorales.

2. *Les évolutions fondamentales subséquentes*

⁸La décolonisation du continent africain dans l'intermédiaire (au début des années soixante) est étroitement dépendante de la guerre froide en ce sens que les américains et les russes ont vu dans l'émergence d'Etats nouveaux et le démantèlement irréversible des puissances coloniales européennes et de nouvelles zones d'influence potentielles.

14. En quoi tout cela concerne-t-il le droit constitutionnel ? A tous les niveaux en réalité. On pourrait constater par exemple, on y reviendra d'ailleurs, une extension sans précédent du champ d'application du droit constitutionnel dans sa dimension comparée. On se consacrerait pour l'instant à ce qui devrait constituer pour la doctrine un tout autre degré de préoccupation. Au terme de cette évolution en effet, le principe de la *souveraineté de l'Etat*, principe fondateur du droit constitutionnel, *paradigme incontournable de la discipline*, ne fait tout au plus qu'office de pétition de principe, évidée de tout contenu, tant « en droit » que dans l'évidence de l'observation des faits

a. Au niveau factuel

15. Tous les indicateurs extérieurs au droit convergent pour témoigner, sans nuance aucune, du *démantèlement* rapide de la souveraineté des autorités étatiques contemporaines. Celui-ci est, naturellement, plus aisément repérable dans les Etats en situation de dépendance économique : La « puissance » publique s'y exerce selon les conditions dictées par les pourvoyeurs de fonds internationaux (c'est-à-dire occidentaux). Mais à y regarder de plus près, les finances publiques occidentales (et désormais les actions en partenariat avec les entreprises privées) sont elles aussi alimentées par le recours à l'emprunt auprès de « pools » d'établissements financiers privés qui finissent eux aussi par poser leurs conditions « commerciales » à la puissance d'Etat. Dans le même ordre d'idées, les conditions du commerce international prévoient un désengagement de la puissance publique (accords de l'OMC) qui vient altérer toute marge de manœuvre à l'intérieur de l'espace de « souveraineté étatique ». On objectera valablement qu'il n'existe dans les deux cas aucune obligation (en droit) de souscription pour l'autorité politique. Il faut admettre cependant qu'elle se condamne à la restriction financière et/ou à l'autarcie économique en ne s'y résolvant pas.

16. *Les faits* témoignent encore de la *souveraineté juridique toute relative* de certaines autorités étatiques : Les forces serbes de la province (serbe) du Kosovo bombardées par les forces de l'OTAN le sont sur le territoire d'un Etat –en principe- juridiquement souverain (la République de Serbie). L'intrusion de l'armée turque sur le territoire irakien durant l'été 2008 a lieu sur la zone de compétence exclusive d'une autorité étatique bénéficiant -en principe- d'une compétence *générale* et *exclusive* sur son territoire. L'intervention de l'armée russe en Géorgie pour favoriser l'indépendance de l'Abkhazie et de l'Ossétie du sud à la même période suggèrent encore la même constatation : Il y a dans les faits des *Etats plus souverains que d'autres*⁹. Si l'on se limite à un point de vue exclusivement *juridique*, les choses sont un peu plus subtiles mais, *in fine*, tout aussi claires.

b. Au niveau juridique

17. En ce qui concerne la *juridicité internationale*, force est de constater que le droit n'a plus seulement pour fonction de coordonner l'action d'Etats souverains. Il est aussi un droit de *subordination* qui contrecarre le principe de la *souveraineté* (qui signifie, rappelons-le, une compétence générale et exclusive sur un territoire), de même que celui de l'*égalité* entre Etats. En

⁹Les faits mettent parfois à jour les *excès de souveraineté* de certaines autres entités politiques. Que l'on se souvienne des lois Helms-Burton ou d'Amato-Kennedy adoptées par le Congrès des Etats-Unis d'Amérique : Elles interdisaient aux sociétés non américaines de faire commerce avec la Libye, Cuba et l'Iran sous peine de sanctions et inauguraient ainsi une législation intégralement déterritorialisée. Certains ont cru pouvoir s'engouffrer dans la brèche pour instituer des juridictions à compétence universelle, au mépris, encore une fois, du principe de la souveraineté de l'Etat. Que l'on se remémore enfin les conditions de l'intervention américaine en Irak au printemps 2003...

prévoyant que les cinq membres permanents du conseil de sécurité de l'ONU disposent d'un droit de *veto* sur ses décisions, le statut de la charte des Nations Unies introduit en effet une inégalité *de jure* entre Etats. On rétorquera là encore que l'adhésion à l'ONU est un acte de volonté souveraine. Mais le refus d'y souscrire ne condamne pas seulement à un isolement diplomatique. L'organisation s'est, par l'intermédiaire de la CIJ, octroyée le statut d'organisation à existence objective. Cela signifie que tout Etat sur la planète est considéré comme soumis au respect de ses règles.

18. Dans le prolongement, le *droit d'ingérence* dans les affaires internes des Etats, empiriquement consacré lors de l'intervention en Irak en 1991 et promu lors des opérations de maintien de la paix réalisées en Somalie, au Rwanda ou en Bosnie Herzégovine, ne préserve juridiquement aucune entité étatique (autre que celles siégeant en tant que membres permanents dotés du droit de *veto* en tout cas) d'une action décidée par le Conseil de sécurité. A cela, il convient d'ajouter le fait que les Etats-Unis d'Amérique ont obtenu, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, le vote de la résolution 1373 qui leur confère un véritable *pouvoir de police internationale* destiné à permettre l'éradication du terrorisme international ; Mais surtout, et enfin, que la normativité internationale est de plus en plus imprégnée de normes de *jus cogens* (des règles non écrites considérées comme impératives et non dérogeables) dégagées soit par la répétition de textes non normatifs (qui le deviennent en se transformant en coutume) soit par les juridictions internationales qui les découvrent, soit par le Conseil de sécurité lui-même¹⁰. Les Etats de la scène internationale sont donc juridiquement liés par une contrainte internationale qui affecte substantiellement le principe de souveraineté.

19. En ce qui concerne le degré institutionnel européen enfin, les éléments sont tout aussi manifestes. Au-delà des mots en effet, en quoi peut bien consister la souveraineté des membres d'une association d'Etats (l'Union européenne) dont les prises de décision se font le plus souvent à la *majorité qualifiée*, dans des domaines éminemment *politiques* (et pas seulement en matière économique comme on pouvait le prétendre avant le traité de Maastricht en 1992, à considérer que l'économie ne soit pas politique) ? Quelle peut être la substance de la souveraineté d'Etats engagés dans un processus d'intégration « irréversible » au sein d'une organisation obéissant au principe de subsidiarité (qui veut que le niveau décisionnel européen puisse se substituer au niveau étatique s'il s'estime mieux à même de réaliser une mission et dont la justiciabilité relève naturellement des juridictions de l'Union) ? Le fédéralisme européen, avoué ou non, est, on l'aura compris, un ultime défi lancé à l'étude du principe de souveraineté. Il est immanquablement un défi lancé à l'analyse constitutionnaliste.

20. Depuis la dislocation du bloc de l'Est, la multiplication des normes constitutionnelles, la propagation du modèle de la démocratie représentative, la remise en cause des systèmes nouvellement institués et la dilution (tant juridique que factuelle) de la souveraineté de l'Etat - donc de l'Etat lui-même-, ont convoqué la science du droit constitutionnel à l'analyse du passage dans la *post-modernité*. Les manuels consacrés à la discipline ne paraissent pas, dans l'ensemble, avoir pris la juste mesure de ces évolutions.

¹⁰ On y retrouve pêle-mêle, dans une confusion idéologique qui tend à se répercuter au niveau étatique, l'idéologie des droits de l'homme, le droit des peuples, le développement durable ou encore la lutte contre le terrorisme notamment.

II. L'ECHEC SCIENTIFIQUE DES MANUELS FACE AUX DEFIS EXPLICATIFS DE L'HISTOIRE IMMEDIATE

21. Les transformations fondamentales du monde et, par là, la modification profonde de l'objet et du champ du droit constitutionnel ouvrait la voie à un chantier scientifique majeur. Il offrait au droit constitutionnel l'opportunité de diagnostiquer, dans toutes leurs dimensions, les changements en cours et de présenter des éléments de compréhension d'une période historique très incertaine. Il permettait aussi à la doctrine de se positionner en science majeure d'explication des organisations politiques. Mais à se dissoudre –tantôt- dans une activité quasi-journalistique peu probante et à se restreindre -de plus en plus souvent- dans une perspective techniciste excessivement refermée sur elle-même, les manuels de droit constitutionnel abandonnent progressivement le chantier de l'explication des modes contemporains d'*organisation*, de *régulation* et de *fonctionnement* des *sociétés politiques* aux autres sciences sociales, auxquelles ils concèdent sans y penser l'essentiel du débat public (A). Le phénomène, regrettable, n'est pourtant en rien irréversible si l'on tient compte des qualités intrinsèques qui caractérisent, au fond, le colossal vivier intellectuel des constitutionnalistes. Il suggère seulement un repositionnement scientifique susceptible de rendre à la discipline l'intégralité de sa capacité explicative et de restaurer son utilité sociale (B).

A. OBSOLESCENCE DES PARADIGMES, DEFICIENCES METHODOLOGIQUES ET FAIBLESSES EXPLICATIVES

22. Le phénomène de la marginalisation du droit constitutionnel et le recul notable du rayonnement social de sa doctrine tiennent essentiellement à l'usure des paradigmes sur lesquels elle se fonde (1), au réductionnisme méthodologique dont elle est devenue l'otage (2) ainsi qu'à la faiblesse de ses explications techniques, qui n'éclairent somme toute qu'assez mal la complexité du réel (3).

1. Obsolescence des paradigmes¹¹ :

La science du droit constitutionnel n'a pas repensé ses piliers fondateurs

23. Sous l'ère post-bipolaire émergente, les paradigmes de l'analyse constitutionnelle classique (qu'ils relèvent du courant « sociopolitique » ou du « positivisme normativiste ») sont obsolètes et ne permettent plus de prendre la mesure du réel. L'ensemble de la doctrine (les deux courants confondus) s'articule en effet autour de notions fondatrices qui ne correspondent plus à la réalité à décrire. Le droit constitutionnel (comme objet et comme science) naît en effet dans une période historique au moment de laquelle une *communauté humaine organisée en Etat souverain*, relativement homogène et localisée sur un *territoire* identifié, entreprend d'encadrer l'exercice du *pouvoir politique* qui en émane, par des règles de *droit* consignées dans un texte écrit appelé *Constitution*. Il s'agit alors d'un *acte de fondation* jetant les bases d'une vie en commun et déterminant les conditions d'un « vivre ensemble », limitant la seule autorité qui soit (l'autorité politique) aux respect de prescriptions préalables. Aujourd'hui encore, la doctrine continue de manipuler ces paradigmes analytiques comme si nul des bouleversements que nous avons décrits

¹¹ On emploiera ici le terme « paradigme » dans le sens d'« axiome de départ jamais remis en question ».

plus haut ne s'était produit. Pourtant, plus aucun d'entre eux ne retrouve sa capacité explicative des origines.

24. D'abord, parce que l'on trouve derrière le terme *Etat* des réalités tellement dissemblables qu'elles lui font perdre toute homogénéité, toute faculté de description. Il n'y a que peu de rapports entre les différentes catégories d'« Etats » qui font la société internationale. La description classique d'une *autorité politique souveraine instituée sur un territoire donné et concernant une population donnée* apparaît dès lors bien générique pour cerner la diversité du réel¹².

25. La *souveraineté de l'Etat*, ensuite, fait -on l'a vu- figure de pétition de principe qui ne trouve plus de vérification pratique. Celle-ci présuppose en effet que le pouvoir politique souverain ne soit concurrencé par aucune autre forme de contingence, de contrainte ou d'organisation sociale. Or, l'on sait aujourd'hui (même si le phénomène se manifeste à des degrés très divers) que le pouvoir religieux, les communautarismes ou les mouvements culturels identitaires, qui s'offrent comme un (des) concurrent(s) (déclaré(s) ou non) au pouvoir politique, créent des réseaux de légitimité et de solidarité qui ignorent les cadres délimités par l'Etat. De la même façon, le pouvoir économique (et/ou médiatique) se faufile dans les interstices ouverts par la mondialisation pour contourner les limites que lui fixe théoriquement la volonté politique. La Constitution, qui a donc pour vocation de poser un cadre englobant est donc débordée par la société qu'elle régit. Or la doctrine continue à tenir pour certaine l'idée que le *pouvoir politique*, bien que saisi par le droit, n'en surplombe pas moins, par principe, l'économique et le culturel. Elle néglige ostensiblement les atténuations de la souveraineté pourtant manifestes du fait de l'intégration européenne (à peine évoquée dans la plupart des manuels) et des contingences internationales de plus en plus contraignantes pour l'autorité étatiques (en général entièrement éludées).

26. Il en va de même de la question de la *légitimité dans l'Etat*, qui constitue le deuxième mouvement mis en lumière il y a un instant. Car s'il revêt une configuration extrême dans le monde en développement (jusqu'à la guerre et la mise à bas de l'ordre constitutionnel), il trouve la même acuité dans les démocraties constitutionnelles enracinées, où il ne soulève pas seulement un problème technique d'agencement institutionnel (de décentralisation, d'autonomie ou de fédéralisme), mais suggère au contraire une réflexion sur la dilution de la souveraineté dans l'Etat du fait de la concurrence croissante des légitimités (et de la revendication effrénée de *droit au droit* des peuples à disposer d'eux-mêmes).

27. En ce qui concerne par ailleurs l'analyse de l'objet-*droit*, les évolutions ne sont pas davantage prises en considération. Le normativisme Kelsénien règne sur ce terrain dans un non-dit quasi général qui laisse entendre (en le précisant très rarement) qu'est *droit* un ensemble de normes généralement obéies, dont le contenu est précisé par ses interprètes authentiques et la violation susceptible d'être sanctionnée par des juridictions. Or, on y reviendra, le droit se crée aussi -on le sait- dans l'entreligne des textes, dans leur silence ou en fonction de l'interprétation qui en est faite par les différents acteurs, que l'on ne saurait réduire à un acte purement neutre de connaissance. Flexible du fait de son imprécision, il l'est aussi du fait l'utilisation humaine qui en est faite. Et si l'on a pu voir que le premier défi était, pour la science du droit constitutionnel celui de la propagation de la démocratie constituée, nul doute que le second passe par l'analyse du modèle sur ses terres originaires (celles des démocraties plus anciennes). Or, en y regardant de

¹² On remarquera, à la marge, que le dernier « élément constitutif de l'Etat » est globalement moins signifiant que jadis dans une société déterritorialisée dans laquelle l'homme n'est plus dépendant de son positionnement géographique pour communiquer, obéir ou ne pas le faire.

plus près, on y décèle l'avancée subreptice d'une normativité souple (*soft law* dans les pays anglosaxons) qui transforme tout autant les modalités de production du droit que le droit lui-même, ce dernier tendant à s'imprégner d'une charge à forte connotation métaphysique. Qu'on le reconnaisse ou non, les systèmes juridiques sont aujourd'hui irradiés par une lame de fond idéologique qui -au niveau qui nous intéresse ici- relève indubitablement de la *supra*constitutionnalité. Sur ce point encore, la doctrine s'est jusqu'ici refusée à mesurer le degré d'imprégnation du système constitutionnel. Par exemple, la constitution y est sacralisée en tant qu'objet d'étude, mais son degré de *sacralité* en tant qu'acte fondateur, toujours supposé, n'est jamais vérifié.

28. En définitive, la re-discussion de la notion d'Etat, la question de la souveraineté de l'Etat, celle de la souveraineté dans l'Etat, le problème des *légitimités* et celui des confrontations de légitimités, la question de la *nature* du droit constitutionnel, de *l'influence des valeurs* sur ce même droit, ou encore de la *sacralité de l'acte constitutif*, n'occupent qu'à la marge la doctrine constitutionnelle qui devrait y voir des priorités absolues. Il est vrai que la discipline n'a pas adapté ses méthodes aux transformations récentes. Aussi, en dépit de ses qualités indéniables -qu'il ne saurait être question ici de négliger ou de fouler aux pieds- la doctrine peine à expliquer le présent.

2. Inadéquations méthodologiques : Le droit constitutionnel n'a pas adapté ses grilles d'analyse

29. La remarque de l'inadéquation des méthodes vaut, bien entendu, pour le courant dominant du droit constitutionnel, qui s'articule autour d'une explication sociopolitique de la discipline. La première critique à son endroit est bien connue et honorablement fondée : L'analyse des politistes tend à négliger les aspects juridiques du droit constitutionnel. Il existe en effet une réalité juridique dans tout système constitutionnel que l'étude du *droit* constitutionnel ne saurait éluder. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la plupart des auteurs que l'on peut ranger sous cette rubrique reprennent à leur compte l'analyse normativiste qu'ils juxtaposent à leur position méthodologique de départ au moment d'envisager le contrôle de constitutionnalité. Ils deviennent donc positivistes à leur tour et tombent dès lors sous la critique de ce deuxième courant doctrinal. Mais ils pèchent globalement (la critique est moins répandue) dans la partie qui relève de leur choix politologique : Non seulement en reprenant -sans les discuter- les paradigmes évoqués plus haut, mais encore en ayant progressivement laissé s'appauvrir les outils d'une analyse de *sociologie politique à proprement parler*. On n'y trouve jamais, par exemple, les enjeux et les implications du choix entre la science politique du *déterminisme social*, celle de la *libre détermination* ou encore de l'analyse *structuro-fonctionnelle*. De plus, la présence des développements historiques n'est jamais justifiée en méthode et n'offre que très peu des clés de lecture propres à expliquer au-delà des textes étudiés (à de rares mais remarquables exceptions près toutefois)

30. Sur le terrain du droit « pur », sur lequel les manuels se retrouvent autour d'une description plus ou moins normativiste (elle n'est que rarement précisée), l'érosion explicative est tout aussi patente. L'analyse normativiste offre certes des outils méthodologiques appréciables pour l'examen méticuleux des mécanismes juridiques et juridictionnels et elle a apporté au droit constitutionnel une richesse inestimable de connaissances et de questionnements. Mais elle ne saurait être retenue comme mode opératoire d'explication du droit constitutionnel. Elle postule en effet que doit être considéré comme objet d'étude du juriste *le droit positif*, c'est-à-dire le droit en vigueur, le droit applicable et rien de plus. Il s'agit au départ d'un réductionnisme méthodologique *relatif*, dans la mesure où le normativisme considère que tout ce qui peut exister autour du droit n'est pas inintéressant, mais seulement non juridique, donc extérieur à son objet

d'étude ; Mais un réductionnisme tout de même, en ce sens que le champ du droit constitutionnel se trouve alors circonscrit dans des dimensions faméliques dont on verra qu'elles ne sont guère acceptables.

31. Si l'on admet ce positionnement, le problème est de savoir si le normativisme est en mesure d'expliquer l'objet *droit constitutionnel* et de rendre compte fidèlement de ce qu'il est. Il convient ici de remarquer que ce modèle explicatif postule, depuis Kelsen, l'*existence* d'un Etat *souverain* dont nous avons souligné qu'elle ne se vérifie plus systématiquement en pratique. Or selon le célèbre juriste autrichien le droit *est* l'Etat ou l'Etat *est* le droit, l'un s'expliquant obligatoirement par la référence à l'autre. Il n'est donc aucunement certain que ce modèle résiste à la société post-moderne. La question mérite, à tout le moins, d'être discutée.

32. Plus fondamentalement encore, tout le système normativiste paraît opter pour une explication artificielle de son objet d'étude en faisant le postulat de la *pureté* du droit et de son caractère *autopoïétique*. Selon ses disciples, le droit est un « devoir être », un système de normes valides (tenant leur validité de normes elles-mêmes valides), globalement obéi. Cette construction pêche à de multiples niveaux pour saisir la vraie nature du réel.

33. En premier lieu, l'analyse normativiste est obligée de supposer une norme fondamentale originaire pour postuler la juridicité de la constitution. Or justement, l'acte constitutif originaire est a-juridique par nature. Une révolution populaire, un coup d'Etat, une révolution de palais, une succession d'Etat, accouchent de circonstances particulières qui font qu'un groupe humain se constituer juridiquement. Le processus est déterminant pour la suite (la constitution a-t-elle été voulue, par qui, rédigée par qui, consentie par qui ?). Il se trouve que le normativisme tient ces éléments à l'écart de ses explications.

34. En deuxième lieu, la hiérarchie de normes pures est une fiction et leur autoproduction dans un système fermé de procédures illusoire. Car tout l'édifice est imprégné de valeurs : Mécaniquement en effet, le juge constitutionnel sanctionne l'inconstitutionnalité d'une loi et suggère donc au législateur d'avoir recours au pouvoir constituant dérivé pour modifier la constitution si la législation en cause le tient à cœur. Mais en réalité, le juge sanctionne l'inconstitutionnalité en vertu d'une démarche dont les préjugés idéologiques ne sont jamais absents. Le constituant dérivé modifiera (ou non) le texte fondamental en fonction de ce qu'il jugera conjoncturellement « bon » de faire. En d'autres termes, les valeurs sont omniprésentes dans le droit, surtout lorsqu'il est constitutionnel. Elle sont pourtant écartées. La coutume l'est tout autant. N'étant pas écrite, elle ne relève pas du droit : Et pourtant, le Président de la République en 2008 choisit librement ses ministres, indépendamment de ce que prévoit le texte de 1958.

35. L'insurrection, en troisième lieu, « brise la chaîne autopoïétique et change de système de droit » précise le courant normativiste. Mais elle est pourtant prévue en droit constitutionnel français (dans la déclaration de 1789) : Or quel est le critère juridique qui valide son bien-fondé si elle trouve à se réaliser ? Il n'en existe aucun car elle pose car le soulèvement pose le problème de la légitimité, qui n'est pas abordable sous l'angle de la dogmatique juridique. Plus important encore : Le droit existe, d'après le schème kelsénien, lorsqu'il est globalement obéi. Mais justement, jusqu'à quel niveau de non respect doit-on considérer qu'il est globalement obéi ? Comment évaluer ce niveau ? Quelles sont les conditions requises pour qu'il soit globalement obéi ? La question de la légitimité, bien qu'omniprésente, est donc définitivement étrangère à ses préoccupations.

36. En quatrième et dernier, un ultime point -fondamental- d'inacceptabilité: Le droit constitutionnel est, selon l'analyse normativiste, un *devoir être* qui ne saurait être confondu en quelque circonstance que ce soit avec *ce qui est* (loi de Hume). Le droit ne décrit donc pas ce qui est, mais ce qui devrait être, ce qui doit être obéi. Soit. Mais le *devoir être* ne se forge pas moins à partir de ce qui est. De plus, le droit constitutionnel a pour but initial (il est idéologique en ce sens) d'éradiquer le pouvoir despotique et de promouvoir la liberté n'est-ce pas en effet la finalité de toute limitation juridique du pouvoir ?). Ce sont là deux finalités entièrement subjectives. Or, à partir d'un *certain* moment, les conditions concrètes de réalisation de ces deux objectifs (que sont les règles de droit et leur précision jurisprudentielle) doivent être confrontées aux principes initialement promus pour évaluer si l'objectif est atteint. En d'autres termes, la science du droit constitutionnel doit *aussi* prendre en considération la question de savoir si le but est atteint, suffisamment atteint, dépassé ou perdu de vue, en procédant à un retour réflexif sur ses finalités initiales. Là encore, l'axiologie reste déterminante en ce sens que c'est à un certain niveau de valeur que l'on considèrera que le but assigné à la discipline est ou non atteint. Elle est tout autant absente de la perspective qui –rappelons-le- irradie tout le discours des manuels qui touche à la concrétisation jurisprudentielle de la démocratie.

37. En définitive, et pour résumer, le positivisme normativiste -qui justifie l'étude resserrée des jurisprudences pour déterminer le droit constitutionnel applicable- manque une bonne part de son objet¹³. A vouloir le définir avec pureté pour lui appliquer une méthode d'analyse rigoureuse, il perd de vue la réalité et décrit une situation déconnectée du réel : *Un système de droit intemporel et autosuffisant dont l'humanité serait absente*. Or le droit est toujours celui des hommes dans un moment précis de l'Histoire des hommes.

3. Carences explicatives :

Le droit constitutionnel ne parvient plus à décrire efficacement le réel

38. Comme on l'aura compris, la doctrine constitutionnaliste contemporaine est donc dans l'incapacité de faire face aux défis explicatifs de l'Histoire immédiate. Mais l'affirmation théorique ne se suffit pas à elle-même. Les paradigmes sont assez largement obsolètes et les méthodes relativement éculées, soit. Quels en sont les révélateurs en pratique ? L'usure des principes, l'inadéquation des mots, leur perte de sens. Leur incapacité à décrire et à expliquer le réel. Elle se révèle à deux niveaux et explique la marginalisation progressive de la discipline dans le champ des sciences sociales.

39. D'une part, les principes théoriques souffrent manifestement de l'usure du temps. La distinction entre *pouvoir constituant originaire* et *pouvoir constituant dérivé* par exemple, ne rend pas compte des difficultés qui existent pour différencier le second du premier lorsque son utilisation dépasse un certain seuil qualitatif ou quantitatif de révision (donc de la part d'idéologie subjective susceptible des les démarquer). L'élection d'un Chef de l'Etat ayant recueilli moins de 20% des suffrages au premier tour de scrutin, l'absence dans l'enceinte parlementaire de formations politiques recevant plusieurs millions de bulletins ou la confiscation des postes électifs par une caste de professionnels de la politique, n'interpellent nullement les manuels sur la *théorie de la représentation*. La démocratie y est présentée comme « représentative ». L'approbation référendaire d'une révision constitutionnelle avec un taux d'abstention proche des 70%, ou l'impossibilité de

¹³ Limites de la capacité de séduction du réalisme

gouverner du fait des excès de la démocratie réactive (étrangement appelée démocratie du troisième tour, celui de la rue) ne suscitent pas davantage de retour réflexif sur les atouts et limites de la *démocratie directe* (et son origine antique). La démocratie directe n'est pas envisageable dans un Etat d'une certaine dimension.

40. La description des procédures et des mécanismes de justiciabilité de l'Etat de droit ne soulève plus guère la question de la légitimité des juridictions suprêmes, pourtant déterminante quant au contenu positif qu'elles sont invitées à conférer au droit. Elle n'intègre pas, dans les manuels, la question centrale de la conciliation entre la définition *nécessaire* des libertés et la *pérennité effective* de la liberté. Elle ne contient aucun questionnement sur la légitimité de l'Etat de droit et sa compatibilité avec le but d'émancipation de l'individu qui forge le constitutionnalisme. La séparation des pouvoirs est présentée comme celle qui organise le champ décisionnel entre les organes législatifs, exécutifs et judiciaires. Mais cette distinction n'explique plus rien. L'« exécutif » légifère, le « législatif » contrôle tout au plus, le « judiciaire » est en réalité juridictionnel et se trouve au cœur d'un processus décisionnel dans lequel il n'y a plus séparation mais subordination et coopération, sous l'œil (plus ou moins) attentif de médias qui interfèrent de façon prononcée dans l'exercice du pouvoir. La « démocratie », enfin, ne fait jamais l'objet d'une lecture débouchant -par exemple- sur *l'analyse critique* systématique de ce qui la distingue fondamentalement des autres régimes politiques, sur celle des systèmes politiques (que la distinction entre « parlementaires » et « présidentiels » ne parvient plus du tout à réaliser), ou encore sur celle des mécanismes de responsabilité politique (que l'on continue à expliquer avec force détails alors même qu'ils ne fonctionnent plus depuis longtemps) ou de responsabilité pénale (qui outre le fait qu'elle n'est pas davantage utilisée, est paradoxalement de nature politique). A se perdre dans une science politique appauvrie et dans un normativisme réducteur, les manuels ne prennent plus la mesure de ces questions centrales.

41. D'autre part, les instruments techniques d'explication sont dépassés. Que signifie le principe de *rigidité constitutionnelle* (et, par là, la notion même de *constitution*) dans un système politique qui révisé sa norme supérieure deux fois par an en moyenne ? Au-delà des détails techniques, quelle est la différence ou quelles sont les lignes force entre les Etats fédéraux, les Etats régionalisés et les Etats unitaires très fortement décentralisés ? Au-delà de la technique encore, l'évolution qui se dessine ne pose-t-elle pas la question de la dilution du souverain *dans* l'Etat ? Les limitations de compétence (savamment distinguées des transferts de souveraineté) consenties à l'Union européenne ne soulèvent-elles pas celle de la dilution du souverain *par-delà* l'Etat ? Quelle est la valeur de la distinction, toujours d'actualité, entre pouvoir *politique* et pouvoir *administratif* (ou réglementaire) ? Qui peut raisonnablement penser que la commune, le département ou la région détiennent encore un pouvoir exclusivement « exécutif » ? Aucun développement ne vient généralement nourrir la question de la *nature profonde* de l'autonomie consentie aux autorités infraétatiques. Le principe de *subsidiarité*, pour finir, examiné d'un point de vue technique -comme celui de la répartition des compétences entre le centre et la périphérie- n'est jamais évoqué pour ce qu'il est en fait : *Un projet de société*. Le droit constitutionnel contemporain, par l'intermédiaire de ses manuels de diffusion pour le moins, n'en rend nullement compte.

B. POUR UN REPOSITIONNEMENT DOUBLEMENT FINALISE

42. La réintroduction de la discipline dans le champ des sciences sociales majeures est, aujourd'hui, à la fois une obligation déontologique et une nécessité sociale. Elle repose inmanquablement sur sa redéfinition épistémologique et un redéploiement méthodologique visant à lui redonner les dimensions qui n'auraient jamais dû cesser d'être les siennes. Parce que

mieux que toute autre, une science du droit constitutionnel ouverte sur la complexité nouvelle du monde est à même d'appréhender, de décrire et théoriser cette complexité.

43. Le mouvement suppose d'abord un retour sur son épistémologie, depuis trop longtemps perdue de vue. Quelle est la justification de la quête de connaissance en matière constitutionnelle ? S'approcher au mieux, on l'a dit, de l'explication du phénomène constitutionnel. On ne saurait donc se contenter d'une méthode sans objet ou d'une méthode appliquée à un objet défini *a priori*. Le droit constitutionnel, par sa (ou ses) méthodes, se doit au contraire de procéder à la construction de son objet. En d'autres termes, la science de droit est tenue de réinterroger les déterminations complexes de la discipline (d'où vient-elle ? comment germe-t-elle ?) et la nature profonde de cette dernière (que sont le pouvoir politique et le droit ? quel est le degré d'emprise du deuxième sur une société ? quel est sa place réelle du premier dans la complexité sociale ?) avant de mesurer sa place et son degré d'enracinement dans la société qu'il régit (contextualisation de la discipline), pour être à même de d'évaluer ses lignes d'évolution, pour redevenir, en d'autres termes, une science explicative consciente de ses limites.

44. Ce mouvement ne peut être que le résultat d'une réintroduction du pluralisme méthodologique qui, pour avoir longtemps caractérisé la matière, peine aujourd'hui à se frayer un chemin au cœur des manuels : Raymond Carré de Malberg faisait face à la pensée foisonnante de Léon Duguit et Maurice Hauriou. Le premier vénérat l'Etat là où les deux autres étaient ses principaux contempteurs. Hans Kelsen construisait le positivisme normativiste au moment même où Joseph Barthélémy et Paul Duez jetaient les bases de la science politique. Le Doyen Vedel choisissait en 1949 (heure de gloire pour le constitutionnalisme démocratique occidental) de traiter dans son manuel celui des démocraties populaires de l'Est à niveau égal. Le Pr Miaille essayait encore, à la fin des années soixante-dix, d'imposer une grille de lecture marxiste du constitutionnalisme libéral bourgeois. Or, depuis l'effondrement du bloc de l'Est, le débat s'est considérablement réduit dans ses dimensions. La rivalité scientifique –abandonnée par les politistes qui renoncent à décrire l'objet-droit- se concentre désormais sur une question que l'on se permettra, imprudemment, de qualifier d'accessoire : Le juge constitutionnel, lorsqu'il interprète les textes de droit, fait-il acte de connaissance ou acte de volonté ? Ne passe-t-elle pas, ce faisant, à côté de l'Histoire ?

45. La réintroduction du pluralisme ne signifie nullement que le positivisme normativiste doive être ignoré ou que la science politique n'ait sa place en droit constitutionnel. Au contraire cela suppose que ces courants soient complétés et contrebalancés par d'autres, par un recours massif aux instruments analytiques des autres sciences sociales que sont la sociologie, l'économie l'histoire, la psychologie sociale ou encore la philosophie, l'axiologie et, même, la théologie. Le droit constitutionnel devient alors la science sociale qui a pour objet l'étude des phénomènes constitutionnels. Cette dernière « zoome » sur l'objet constitutionnel dont elle cherche les éléments d'explication par la convocation de tous les outils scientifiques d'analyse disponibles. L'étude d'un objet de la discipline consiste ainsi à remonter une chaîne de questions fondamentales entrecroisées et pluridisciplinaires pour redescendre sur l'objet (et par là le construire) en aboutissant à un « être » juridique socialement contextualisé, donc susceptible d'apporter éléments de compréhension du monde, explicatifs et socialement utiles.

46. Plus précisément, une science opératoire du droit constitutionnel doit aujourd'hui reprendre en considération des discussions que le débat a progressivement délaissées : Le constitutionnalisme des origines n'est au départ rien d'autre que la « positivation juridique » d'une idéologie jusnaturaliste. Si l'on songe en effet à circonscrire le pouvoir dans un cadre

juridique contraignant à la fin du XVIIIème siècle, c'est parce que l'on considère qu'il est *bon (ou juste)* de lutter contre l'exercice arbitraire et illimité de ce même pouvoir. L'idée du juste est donc au fondement même de la discipline (et ce n'est pas être *jusnaturaliste* que de le souligner). Pourquoi ne pas le reconnaître et entreprendre de déterminer *en quoi les valeurs morales transpirent par tous les pores de la juridicité*. Encore une fois, le postulat de la pureté du droit ne décrit pas le réel, or pour se connaître véritablement il convient de s'autopsier tel que l'on est.

47. Cela suppose donc, dans notre discipline, de mesurer les déterminations et fluctuations idéologiques qui président aussi à son évolution. La validité de l'analyse d'un système constitutionnel dépend avant tout de *l'examen scrupuleux des conditions de convocation du pouvoir constituant originaire et du processus*. Toute la vie postérieure du texte en dépend en effet. La société est-elle en adéquation avec l'alchimie dont a procédé l'acte fondateur et la norme fondamentale trouvera à être globalement obéie ; Mais qu'il n'en soit plus ainsi -ou que le temps et les circonstances aient affecté la concordance entre le contrat initial et le groupe social- et tout le système se trouve alors menacé.

48. En ce qui concerne les règles constitutionnelles à proprement parler, il convient de repositionner le débat et d'assumer pleinement les imperfections de la technique juridique pour mieux les cerner et les identifier. Le droit est par nature imprécis et en un sens créateur de désordre dès lors qu'il génère des marges de manœuvre interprétatives. La matière se doit d'évaluer, au-delà des « écoles », la dimension effective de ces marges de manœuvres et de mobiliser l'ensemble des sciences sociales pour, à la fois, expliquer *les déterminations complexes de l'interprétation* mais aussi, et surtout, pour révéler en quoi les *degrés de légitimité* autorisent une certaine liberté à l'égard des textes [Le Président convoque par exemple un conseil restreint en matière militaire (le 1^{er} septembre 2008) sans le Ministre de la défense ni celui des Affaires étrangère. Le peuple n'y voit pas un mobile légitime de recours au droit à l'insurrection pour autant. Il y a des raisons à cela].

49. Par-dessus tout, la doctrine du droit constitutionnel est invitée à prendre conscience des « révolutions » décrites tout au long du propos pour opérer à son tour sa propre révolution. Dans un monde en voie de globalisation et d'internationalisation des problématiques une place particulière doit désormais être accordée à *l'analyse comparée*, qui offre des laboratoires d'investigation d'une richesse inestimables y compris pour mieux comprendre le droit constitutionnel occidental lui-même. La crise de l'Etat national n'est pas seulement révélatrice de difficultés techniques d'agencement d'une ingénierie institutionnelle. Elle est au cœur du problème du « vouloir vivre ensemble » que la discipline se doit de reprendre à bras le corps. Car le droit *constitutionnel* est avant tout celui qui étudie *l'acte solennel par lequel une société humaine se constitue* en groupe solidairement organisé. Il y a là une *sacralité génitrice* dont l'importance ne saurait être mésestimée (En étudiant l'impact permettrait par exemple aux responsables européens de mieux comprendre l'échec fréquent des consultations référendaires et d'appréhender plus fidèlement le « refus de constitution » exprimé par les peuples : Le processus européen n'a en réalité rien de *sociétalement constitutif*. Et nul doute qu'une convocation référendaire solennelle du peuple européen le même jour à la même heure connaîtrait un sort bien différent).

50. Le droit constitutionnel est aujourd'hui devenu celui d'une autorité de gestion régulatrice – l'Etat- *par delà* et *en deçà* de laquelle l'essence même du politique -la souveraineté- s'est progressivement diluée pour, finalement, se volatiliser. Dans cette configuration nouvelle, et si elle demeure passive, la discipline qui l'étudie est vouée à une dilution programmée.

La recherche en droit constitutionnel demeure pourtant *fondamentale*. En se redéployant sur l'ensemble des contrats sociétaux qui font son objet même et sa raison d'être (ou, en d'autres termes, sur la reconstruction institutionnelle des groupes humains qui tend à se dessiner, désormais, à d'autres niveaux, -notamment européen et international, mais aussi local-) et en pariant sur la pluridisciplinarité, elle demeurera au contraire au cœur de l'explication de la société des hommes, tout en accordant à l'analyse de son droit la juste part qui est la sienne. Or c'est bien à l'aune de ces nouveaux défis que l'Histoire louera, condamnera, -ou pire- oubliera, les manuels de droit constitutionnel et la doctrine du début du XXI^{ème} siècle.

Le Salita, le 1^{er} septembre 2008