

VII^e Congrès français de droit constitutionnel
(50 ans de la Constitution de 1958)

ATELIER n°2 :
« Constitution, enseignement et doctrine »

(Sous la direction des professeurs K. Mavrias et F. Mélin-Soucramanien)

Samedi 27 septembre 2008 à Paris

Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges

Par Stéphane PINON

Maître de conférences (Cergy-Pontoise)
Membre du Centre de philosophie juridique et politique

Parler du « nouveau » droit constitutionnel suggère qu'il en existe un « ancien », un droit constitutionnel plus « classique » pour dire les choses autrement.

Ce dernier plonge ses racines à la fin du 19^{ème} siècle, lorsque la République triomphe, lorsqu'elle décide de généraliser l'enseignement du Droit constitutionnel aux étudiants de première année de Licence¹, lorsqu'elle a l'idée de donner à la discipline les contours d'un vrai « catéchisme républicain ». Un grand nom de la Faculté de droit de Paris va jouer ce rôle d'interface entre la République combattante au pouvoir et le monde universitaire : Adhémar Esmein. Il incarne donc parfaitement la figure du « légiste », du juriste « engagé » pourrait-on dire encore, celui qui met son savoir juridique au service du régime et de ses valeurs. Nous lui avons consacré en 2007 un long article à la *RDJ* (n°1), d'ici quelques mois un ouvrage² ; il est donc exclu de trop s'y attarder.

Il faut simplement rappeler l'impact produit par la sortie en 1896 de la 1^{ère} édition de ses *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* (8 éditions suivront)³. Car à cette époque, la discipline du droit constitutionnel, encore récente à l'Université, ne disposait pas d'un vrai Traité comme il en existait déjà en droit civil ou en droit administratif ; la matière était encore disparate, elle avait besoin d'un travail de systématisation scientifique. Ce travail de pionnier, on le doit à Esmein. Au sein de l'immense génération de théoriciens – dite « génération 1880 » – Julien Bonnecase considérait le professeur de Paris comme « le plus grand ». Il parle d'un « guide », « supérieur à ses contemporains par son esprit universel, il le fut aussi parce qu'après tout il eut le rôle d'initiateur »⁴. René Capitant évoquera plus tard le

¹ L'enseignement du Droit constitutionnel, jusqu'alors confiné à un public de doctorat, est inscrit au programme de la Licence (cours semestriel) par la réforme du 24 juillet 1889.

² *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein* (Actes du colloque organisé à l'Université de Cergy-Pontoise le 26 janvier 2006), sous la dir. de P.-H. Prétot et de S. Pinon. Publication par les éditions L.G.D.J prévue fin 2008.

³ Les *Eléments* connaîtront huit éditions successives : 1896, 1898, 1902, 1906, 1909, 1914, 1920, 1927. Les 3 dernières éditions sont posthumes. La 5^e est mise à jour par Joseph-Barthélemy (rééditée en 2001 par les éd. Panthéon-Assas) et les deux dernières par Henri Nézard.

⁴ J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 1, Bordeaux, Delmas éditeur, 1933, p. 459 et 463.

« faisceau de lumière » jeté par le manuel d'Esmein sur ses contemporains⁵. Avec lui, on peut dire que le « grand récit » de notre tradition constitutionnelle républicaine est lancé, peuplé de fictions, de classifications, de concepts fondateurs de la discipline. On y apprend, dès la première page des *Eléments*, que « l'Etat est la personnification juridique d'une nation », que la séparation des pouvoirs fonde le règne des libertés et détermine la nature des régimes, que le gouvernement représentatif est préférable au gouvernement direct, que le parlementarisme va de pair avec la responsabilité ministérielle. Bref, toute l'armature doctrinale du droit constitutionnel enseigné au cours du XX^e siècle est là, même l'organisation interne de l'ouvrage sera scrupuleusement reprise dans les manuels ultérieurs. Avec Esmein, une « science » est née, un enseignement ne va pas tarder à s'ossifier.

La doctrine d'Esmein, imprégnée d'idéologie libérale, de référence à Montesquieu, suspicieuse à l'égard de la « souveraineté populaire »⁶, s'imposa vite comme le droit constitutionnel des « bien-pensants ». Mais son règne ne fut pas de tout repos. Il se heurta en effet régulièrement à des auteurs dissidents, de son vivant comme au sein des générations suivantes. En fait, et par vagues successives, il a été souvent question au cours du XX^e siècle d'ouvrir les fenêtres de la vieille maison, de proposer un discours plus moderne, de donner finalement naissance à un « nouveau droit constitutionnel ». C'est cette *histoire* que nous proposons ici de retracer à grands traits.

Quatre moments clés vont retenir notre attention, quatre tentatives de renverser la doctrine constitutionnelle dominante. Les deux premières, intervenues sans doute trop tôt dans le mouvement de l'Histoire vont échouer. Les deux autres vont ouvrir des brèches dans l'édifice doctrinal d'Esmein. On peut parler à leur égard d'un demi-succès.

I. L'échec du « nouveau droit constitutionnel » élaboré tour à tour par Duguit et Mirkine-Guetzévitch

A. L'ouverture à la sociologie avec Léon Duguit

La première fronde à la doctrine classique d'Esmein apparaît sous la plume de Léon Duguit⁷. On présente souvent le doyen de Bordeaux comme un « briseur d'idoles »⁸, un briseur de la doctrine constitutionnelle « classique » c'est une certitude. Son ouvrage publié en 1901 sous le nom *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (rééd. Dalloz 2003) en apporte une preuve immédiate. A la page « une », il annonce en effet qu'il veut « faire avant tout une œuvre négative, montrer que l'Etat n'est point cette personne collective, investie d'un pouvoir souverain, imaginée par l'esprit inventif des

⁵ R. Capitant, « L'œuvre juridique de Carré de Malberg », *Archives de philosophie du droit*, 1937. Repris dans R. Capitant, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, coll. « Droit public ». Les introuvables, éd. Panthéon-Assas, 2004, p 262.

⁶ On notera que cette doctrine a été largement relayée par R. Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*.

⁷ Les réflexions qui suivent se trouveront plus largement développées dans notre monographie consacrée à « Léon Duguit », in F. Julien-Laferrrière et E. Millard (dir.), *Le constitutionnalisme au XX^e siècle*, publication de l'Institut d'Etudes de Droit Public (publication prévue début 2009).

⁸ G. Langrod, « L'influence des idées de Léon Duguit sur la théorie générale du droit », Congrès publié à la *Revue juridique et économique du Sud-Ouest. Série juridique*, n°3/4, 1959, p. 131.

publicistes (...). Heureux si nous pouvons contribuer, pour notre modeste part, à briser les cadres étroits et artificiels dans lesquels s'enferme (...) la pensée juridique ». Les dernières lignes du livre ne sont pas plus complaisantes : « nous croyons fermement que les juristes (...) demeurent étrangers à tout progrès scientifique et méconnaissent, ce qui est plus grave, les aspirations et les besoins de notre époque ». En somme, le droit constitutionnel de son « savant collègue, M. Esmein » serait resté trop fidèle aux dogmes de 1789-1791, à la mémoire de Sieyès, pour répondre à la réalité politique et sociale en ce début XX^e siècle.

Le nouveau droit constitutionnel de Duguit se veut purificateur ; tout son effort doctrinal consiste à débarrasser une fois pour toute la littérature publiciste de ce « fatras métaphysique »⁹, de ces fantômes écrit-il encore, de cet ensemble de fictions imaginé pour justifier le Pouvoir des plus forts dans l'Etat. Parmi elles, il range la « personnalité morale », la prétendue volonté nationale, la souveraineté ou encore l'indivisibilité du corps national. Selon lui, élaborer une véritable « science » constitutionnelle nécessite au contraire de se soumettre à l'observation des « faits », de tenir compte des acquis récents de la sociologie (on connaît l'influence exercée par Emile Durkheim dans la pensée duguiste¹⁰). Le positivisme social doit en quelque sorte l'emporter sur le règne de la métaphysique juridique. « Adaptons les théories juridiques aux faits et non point les faits aux théories juridiques »¹¹. Alors que la doctrine classique vénère le pouvoir premier, créateur, inconditionnel de la souveraineté, Léon Duguit répond « qu'il y a un droit sans le souverain et au-dessus du souverain »¹². Pour le démontrer, il prend appui sur sa fameuse théorie du « droit objectif ». L'idée est que toute règle de droit tire sa validité et sa force obligatoire de sa conformité au « droit objectif ». On trouve là une négation pure et simple du « droit subjectif » (de la volonté du souverain), ce pilier du droit public classique. *La règle*, Duguit la voit naître des liens de « solidarité », de la loi sociale à laquelle l'homme est soumis en tant que membre de la société. Elle est « objective » car elle sort mécaniquement de « *l'interdépendance sociale* ».

Il faut y insister tellement sa doctrine constitutionnelle présente aujourd'hui une grande modernité : par la place qu'il accorde à la sociologie, par sa vision organique de la société, par sa défense des corps intermédiaires, par sa volonté finalement de redonner « un substrat humain » à la nation¹³. Avec le doyen de Bordeaux, tout doit donc être entrepris pour éviter l'atomisation des individus, leur isolement devant la puissance sans limite de l'Etat. Contre les sophismes de la Révolution, si bien relayés par Esmein, Duguit fait le choix de nier la transcendance, le « devoir être » ; la nation, il l'envisage dans son « être », dans sa réalité concrète, historiquement située. Par voie de conséquence, il réclame tour à tour plus de contrôle sur les gouvernants (par le biais notamment du contrôle de constitutionnalité des lois), plus de participation des

⁹ L. Duguit, *Leçons de Droit public général* (1^{ère} éd. en 1926), rééditées par les éd. La Mémoire du Droit, 2000, p. 108.

¹⁰ V. notamment J.-M. Blanquer, « Léon Duguit et le lien social », in S. Decreton (dir.), *Service public et lien social*, éd. L'Harmattan, 1999, pp. 80-84. Encore récemment, L. Fonbaustier, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *R.F.D.A.*, nov-déc 2004, pp. 1053-1061.

¹¹ L. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz 2003, p. 241.

¹² L. Duguit, *op. cit.*, p. 11.

¹³ Selon l'expression employée aujourd'hui par S. Pierré-Caps. Voir, « La VI^e République et la constitution démotique », in *Demain la Sixième République ?* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 133. Egalement, V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis », 3^{ème} éd., 2007, p. 325 et s.

gouvernés à la décision politique (par la réhabilitation de l'institution référendaire) et surtout, une meilleure représentation du corps national. A rebours de l'idéologie individualiste et égalitariste léguée par la Révolution, Duguit préfère s'en remettre à l'existence d'une multitude de groupes naturels, à la division du travail social, à l'inégale répartition des aptitudes individuelles. Repenser la science du droit public revient donc, chez lui, à crever l'écran dogmatique de l'unité pour accepter la nation comme une réalité. On sait par exemple que devant l'éclosion du mouvement syndical, il va encourager à l'établissement d'une seconde Chambre corporatiste « immédiatement composée des délégués des différents groupements syndicaux »¹⁴.

Cette tentative de subversion de la pensée constitutionnelle dominante ne connaîtra qu'un succès provincial. Peut-être que l'éclosion des communautarismes dans notre société, que la territorialisation de la norme et que l'étoile pâissante de la nation (ou de la République) « une et indivisible » lui donnera une seconde chance.

B. L'ouverture aux Constitutions d'Europe centrale et orientale avec Boris Mirkine-Guetzévitch

Le second temps fort en faveur de l'éclosion d'un « nouveau droit constitutionnel » est venu d'un auteur d'origine ukrainienne, injustement oublié aujourd'hui : Boris Mirkine-Guetzévitch. Une étude récente lui a été consacrée dans le numéro 46 de la revue *Droits*¹⁵. De manière schématique, on peut dire que la pensée constitutionnelle de l'auteur se scinde chronologiquement en deux volets : de 1928 à 1933 lorsqu'il expose une croyance presque aveugle dans le normativisme des Constitutions, de 1933 à sa mort lorsqu'il désespère des textes constitutionnels et préfère se réfugier dans les méthodes de la science politique.

Seule la première période retiendra ici notre attention, celle où Mirkine croit assister à la naissance d'un « nouveau droit constitutionnel de l'Europe »¹⁶. Selon lui, les nouveaux Etats de l'Europe centrale et orientale – ceux qui sont nés après la Première guerre mondiale – seraient à l'origine d'un nouveau standard parlementaire. Il en décrit les caractéristiques dès 1928, dans un ouvrage célèbre consacré aux *Constitutions de l'Europe nouvelle* (10 éditions suivront en dix ans...). La même année, à la RDP, une longue étude est publiée sous le titre : « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel ».

Parmi elles, il en a distingué une « qui est déterminante et fondamentale : c'est précisément la tendance à la *rationalisation du pouvoir* ». Elle consiste à « soumettre au droit tout l'ensemble de la vie collective »¹⁷. Affinant sa définition, il parle aussi d'une « tendance à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par les règles du droit écrit... »¹⁸. Comme synonyme, il est intéressant de noter que Mirkine utilise le concept

¹⁴ L. Duguit, « La représentation syndicale au Parlement », *Revue Politique et Parlementaire*, 1911, pp. 33-34.

¹⁵ S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel » (pp. 183-212). Elle vient compléter une précédente étude intitulée : « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch » in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes face au Politique* (tome II) Paris, éd. Kimé, 2^e trimestre 2005, pp. 61-124.

¹⁶ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Delagrave, 2^{ème} éd., 1930, p. 5.

¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Librairie générale du droit, 1933, « Avant-propos ».

d'*Etat de droit* qui signifie « la démocratie exprimée en langue juridique »¹⁹. En définitive, le « premier » Mirkine voit arriver avec une grande satisfaction l'heure de la politique « saisie » par le droit (pour reprendre une expression aujourd'hui bien connue), l'heure du triomphe de la Constitution comme norme suprême. Il parle encore, dans une approche très néo-libérale, d'une « rationalisation juridique de la volonté générale ».

Les manifestations de la « rationalisation du pouvoir » dans les textes constitutionnels de l'Europe nouvelle – ces constitutions des « professeurs » comme il les désigne – sont multiples. Il y a la tendance à inscrire l'existence des partis politiques dans les textes suprêmes ; l'établissement du contrôle de la constitutionnalité des lois inauguré dans les constitutions tchécoslovaque puis autrichienne en 1920 ; la floraison des nouvelles Déclarations des droits d'inspiration sociale (dans les Constitutions de Weimar, d'Autriche ou d'Estonie). Parmi les autres tendances de la rationalisation, il note les modifications affectant « la construction du fédéralisme » ou encore la tendance à l'internationalisation du droit constitutionnel qui a pour caractéristique principale d'introduire « la force obligatoire du droit international » dans les constitutions²⁰. Il observe par ailleurs que la *rationalisation* n'épargne pas les rouages mêmes du parlementarisme (les relations Parlement / Gouvernement). Mais il faut noter que cette ultime forme de rationalisation – du *parlementarisme* en l'occurrence – n'occupe qu'une place mineure chez Mirkine. D'abord, il n'y voit que « le sous-produit » d'un phénomène beaucoup plus large : la rationalisation du pouvoir. Ensuite, il ne lui reconnaît aucune utilité réelle en régime parlementaire. En somme, dans le « nouveau droit constitutionnel » décrit par Mirkine, la totalité d'un régime se fixe dans sa Constitution, c'est l'écrasement du fait politique par la technicité des règles constitutionnelles. A propos de ces textes de l'Europe nouvelle il a ces mots : « En eux sont encloses les *possibilités* du passage de la démocratie proclamée à la démocratie réalisée, pour le jour où le texte de la constitution englobera la totalité de la vie politique du pays »²¹.

Mais le démenti des faits sera presque immédiat : les Etats porteurs de ce « nouveau droit constitutionnel » s'effondrent un à un devant la fièvre totalitaire au début des années trente. Même la Constitution espagnole de 1931, qui cristallise tous ses espoirs, ne parvient pas à s'imposer comme « technique de la liberté ». Dès lors, à la foi première de l'auteur succède le désenchantement. Il reconnaît dès 1933 la « faillite » de son concept de « rationalisation du pouvoir » et fait le choix de défendre les méthodes empiriques de la « science politique ».

Si ces premières tentatives d'implanter un « nouveau droit constitutionnel » ont échoué, d'autres rencontreront au cours des décennies suivantes plus de succès. Il est vrai que l'évolution du contexte juridico-politique va faciliter la fragilisation de la doctrine « classique », contrainte de se remodeler, d'intégrer des matériaux analytiques nouveaux sous peine de perdre tout contact avec le fonctionnement du pouvoir dans l'Etat.

¹⁹ B. Mirkine-Guetzévitch, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *R.D.P.*, 1928, p.17.

²⁰ B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, *op. cit.*, p. 39.

²¹ *Ibid.*, p. 16.

II. Le demi-succès rencontré par les partisans de la « science politique » puis par l'École d'Aix-en-Provence

A. Le tournant de la « science politique »

Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, l'inquiétude monte dans le milieu juridique : les grilles d'interprétation des régimes, héritées du passé, seraient déconnectées du réel. Les constitutionnalistes auraient été entraînés trop loin des réalités par leur goût de l'abstraction. Le prise de conscience monte d'une doctrine enfermée dans des représentations anachroniques, propres aux formes constitutionnelles du XIX^e siècle. C'est vrai pour le principe de séparation des pouvoirs, clé inusable pour la classification des régimes, ou pour la répartition des fonctions étatiques. Bref, les formules paisiblement répétées depuis Esmein seraient incapables de rendre compte correctement de l'objet étudié et en offrirait même une perception trompeuse. Si la voie de la « science politique » avait été explorée par de rares auteurs avant guerre (le « second » Mirkine-Guetzévitch ou Joseph-Barthélemy), les nouveaux convertis se multiplient à partir de 1945. Parmi eux on compte M. Duverger, G. Vedel, G. Burdeau, F. Goguel ou E. Giraud. Tous sont persuadés que l'enseignement du droit constitutionnel doit connaître une « profonde mutation » par une prise en compte des dynamiques politiques sociales à l'œuvre dans l'Etat.

Il y aura des *formules cinglantes* : celle de M. Duverger qui prétendait – avec la place centrale accordée aux partis politiques – « faire passer l'étude de l'Etat et des constitutions de l'âge métaphysique à l'âge positif » ; celle d'Emile Giraud affirmant que les constitutionnalistes se condamnent à n'avoir que « des vues étriquées, superficielles et banales » ; il ajoutait qu'en refusant de se libérer de l'héritage spirituel des hommes de la Révolution, ils adoptent un comportement qui n'est autre que « la négation de l'esprit scientifique »²². Il y aura des *dates marquantes* : la sortie par M. Duverger de l'ouvrage sur les *Partis politiques* en 1951 (Pierre Avril parlera d'un apport « révolutionnaire » pour la compréhension des régimes politiques²³), le lancement de la *RFSP* la même année, la réforme universitaire de 1954, l'article célèbre de G. Burdeau en 1956 évoquant à propos de la Constitution, « une notion en survivance ».

Avec le temps, il y aura également une *avancée fulgurante* : l'ouverture de ces cathédrales doctrinales héritées des « maîtres » au grand air des faits politiques. Autrement dit, le droit constitutionnel « classique » est à la longue sorti vivifié, modernisé, par cette dialectique entretenue avec les méthodes de la « science politique ». Ce rapport d'intimité reliant la Constitution au pouvoir politique a pu être admis, tout comme la reconnaissance d'un conditionnement réciproque entre acteurs politiques et texte constitutionnel. Il est vrai que la coupure entre les deux disciplines n'était pas durable tant le cloisonnement des frontières peut s'avérer préjudiciable à l'analyse du système gouvernemental²⁴. La V^e République en donne un parfait exemple : la lecture du texte constitutionnel diffère en période de concordance des

²² E. Giraud, « La responsabilité des Facultés de Droit dans le déficit de la démocratie française », *R.D.P.*, 1961, p. 255. « Pour savoir ce que doit être la Démocratie, il faudrait interroger les grands ancêtres, savoir ce qu'ils ont pensé, dit et fait. C'est encore la méthode de l'autorité ! On remonte à la source de la Démocratie pour y puiser sa pure doctrine. Il n'est pas de conception plus naïve et plus antiscientifique » (p. 256).

²³ P. Avril, « L'approche institutionnelle des partis politiques », in *Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, PUF., 1988, p. 229.

²⁴ Voir J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, pp. 185-199.

majorités ou de cohabitation. « une Constitution, deux régimes, au gré du suffrage universel » dit très justement Jean Gicquel ... un « troisième » régime serait même envisageable en cas de multipartisme désordonné.

Au début des années 1970, Marcel Prélot a parlé de « la reconnaissance de la double appartenance du droit constitutionnel aux sciences juridiques et à la science politique »²⁵. Plus récemment encore, c'est Pierre Avril qui a apporté la preuve saisissante – à travers ses *Conventions de la constitution* – qu'il existe bien un droit constitutionnel « non-écrit » indispensable à la connaissance des régimes, et dont l'origine est proprement politique. On ne pouvait trouver plus bel hommage à une discipline qui demeure fondamentalement un « Droit politique »²⁶. Ainsi, au cours des décennies 70-80, la texture des manuels montrait qu'au sectarisme initial entre le dogmatisme juridique et l'approche empirique des régimes avait succédé un esprit de syncrétisme : étudier le droit constitutionnel et les institutions politiques allait de pair.

Mais si l'on a pu dire que la Constitution est un « acte vivant » (qu'il reproduit les cycles biologiques), il faut croire qu'il en va de même pour la « science » constitutionnelle : tantôt elle se déploie sur d'autres territoires, elle communique avec l'extérieur, tantôt elle se rétracte sur un pré carré proprement juridique. Comme un jeu d'accordéon, la discipline constitutionnelle se trouvera donc secouée, au cours du dernier demi siècle, entre une position d'ouverture à la science politique et de repli sur le contentieux constitutionnel. Alors que les *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* viennent de rappeler utilement l'itinéraire et le rayonnement de l'Ecole d'Aix, il ne convient pas de trop s'attarder sur ce dernier temps fort dans l'histoire du « Nouveau droit constitutionnel ».

B. L'avènement de la justice constitutionnelle

Deux décennies après la décision *Liberté d'association* de 1971, il n'était plus concevable d'étudier à la marge le contrôle de constitutionnalité, en fin de cours, à l'intérieur d'une sorte de « chapitre balai ». Comme a su le démontrer Louis Favoreu, il était nécessaire d'accorder enfin un rôle clé aux juges constitutionnels, nécessaire d'ouvrir le champ d'étude à la protection des droits et libertés ; mais il l'était beaucoup moins d'adopter un esprit de sectarisme à l'égard des institutions et du pouvoir politique. Alors quel bilan dresser de ce dernier « cyclone »²⁷ qui s'est abattu sur la discipline constitutionnelle ? L'objectif était de parvenir à un « renouveau du droit constitutionnel »²⁸, de montrer qu'il avait été touché par « une profonde et irréversible mutation »²⁹. Le résultat est un demi-succès... ou un demi-échec.

Un succès, l'ouverture constante au droit comparé et la prise de conscience du prodigieux développement de la justice constitutionnelle en Europe. Avec l'école d'Aix le droit constitutionnel retrouve une dimension téléologique. On peut également parler de succès à propos de l'entrée en force du concept d'« Etat de droit » dans le champ de réflexion des publicistes, à propos de la redécouverte des travaux d'Hans Kelsen ou de la prise en compte des juridictions constitutionnelles comme nouveau lieu de contre-pouvoir face à la démocratie majoritaire.

²⁵ M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5^e éd., Dalloz, 1972, p. 45.

²⁶ Cf. O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 264.

²⁷ Expression utilisée par B. Mathieu et M. Verpeaux, « Libres propos », *RFDC*, n°68-2006.

²⁸ Le *Renouveau du droit constitutionnel* est le titre des *Mélanges offerts en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007.

²⁹ L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2007, p. 21.

Un *échec*, la surestimation du poids du droit écrit dans l'ordre juridique ou, pour reprendre l'expression du professeur Milacic, l'idée que la constitution « judiciaire » peut recouvrir la constitution « populaire ». Bref, une trop grande importance a été accordée au contentieux constitutionnel pour établir la signification des énoncés constitutionnels ; comme si les acteurs politiques n'avaient pas leur mot à dire, comme si la règle du jeu l'emportait toujours sur la qualité des joueurs³⁰. L'école d'Aix aurait donc négligé « la force d'évasion de la vie politique » hors des formules où les textes ont voulu l'enserrer³¹. Par ailleurs, elle aurait mésestimé la capacité de révolte du « politique » devant la tentation hégémonique du « droit ». Le désaveu continu infligé aux décisions du Conseil par le pouvoir constituant (ce pouvoir hautement « politique ») le prouve. En fin de compte, à trop mettre l'accent sur le concept d'Etat de droit, on déprécie le suffrage, la dynamique « politique » propre à chaque régime ; on réveille la suspicion d'un antagonisme entre l'idéologie libérale et la démocratie.

Avec Louis Favoreu, les lignes de la discipline ont incontestablement bougé, mais la « révolution » annoncée n'a pas eu lieu. Nous ne sommes pas passés d'un droit constitutionnel institutionnel à un droit jurisprudentiel. L'importance de la personnalisation du pouvoir (Sarkozy n'est pas Chirac), de la configuration des partis (cohabitation ou non), souligne toute « l'incomplétude » de la Constitution écrite et de la charte jurisprudentielle pour rendre compte du régime politique appliqué.

En fait, la compréhension du Pouvoir dans nos sociétés est tellement fuyante, l'évolution de la pratique démocratique tellement incertaine qu'aucune amputation dans la connaissance des enjeux sous-jacents aux règles constitutionnelles n'est admise (enjeux politiques, économiques, sociologiques voire religieux)³². Dans ce contexte de transformisme permanent, on comprend que la doctrine aurait tout intérêt à être « pluraliste », à ne pas s'abandonner à une vision moniste – ou strictement juridique – du droit constitutionnel. C'est sans doute dans une telle approche complémentaire, dans un horizon interdisciplinaire pour dire les choses autrement, que va se jouer l'avenir du « nouveau droit constitutionnel ».

Brève conclusion : à propos de l'avenir du « nouveau Droit constitutionnel »

Au début des années 30, Georges Gurvitch avait dressé ce constat : « la discordance entre les concepts juridiques consacrés et la réalité de la vie juridique présente s'accuse de plus en plus profondément et menace de devenir tragique »³³. Aujourd'hui, soyons optimistes, la tragédie semble évitée. L'heure n'est plus à la vénération des vieux oracles, mais à la compréhension des exigences de « l'Etat post-moderne »³⁴.

³⁰ Voir G. Carcassonne, « Les nécessités d'un passage à la VI^e République », in *Demain la Sixième République ?* Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007, p. 109.

³¹ La formule est empruntée à R. Capitant, « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 20 décembre 1929 (reproduit à la *RDP*, juillet-août, 1979, p. 962). L'auteur parle encore du « divorce » presque constant « entre l'apparence juridique et la réalité politique ».

³² Sur cette nécessité d'établir « des liaisons avec d'autres disciplines », voir D. Rousseau, « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », in *Mélanges Louis Favoreu, op.cit.*, p. 891.

³³ G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Paris, Sirey, 1932.

³⁴ Voir J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2003.

En réalité, la prise de conscience d'une urgente redéfinition du champ disciplinaire s'opère sous la pression de deux phénomènes : la construction européenne et les revendications de « l'homme situé ». Le premier phénomène impose de s'interroger sur la perspective d'un « droit constitutionnel européen » (voir la contribution de Sylvie Torcol³⁵). La seconde apporte la preuve d'un épuisement de la mythologie révolutionnaire de l'Unité. L'idée d'une République indivisible, d'une unité du peuple français, a perdu de sa force motrice, de son rôle intégrateur pour ne générer que sarcasmes ou suspicions. Le mythe de la collectivité unifiée et homogène de citoyens butte chaque jour davantage sur la diversité des conditions sociales ; comme si un « peuple principe », façonné de généralités et d'abstractions, s'inclinait devant l'éclosion d'un « peuple société ». Sur cette revanche de la réalité humaine sur la dogmatique constitutionnelle classique, il faut se référer aux travaux régénérateurs de Stéphane Pierré-Caps. Un peu partout, observe-t-il, « des identités culturelles, religieuses ou linguistiques, jusqu'à présent enfouies sous le principe d'une nation unifiée et homogène de citoyens, ressurgissent... »³⁶. Pour l'auteur, l'un des enjeux majeurs du droit constitutionnel français pour les années à venir est donc de savoir « rendre compte du substrat humain de l'Etat »³⁷.

Il est vrai que le « sacre des droits de l'homme » (pour reprendre une expression de Marcel Gauchet) n'est sans doute pas étranger à cette sorte de revanche de l'homme situé. Quoi qu'il en soit, un nouveau « cyclone » se prépare, aux effets dévastateurs pour notre tradition constitutionnelle républicaine. Car toute la culture politique « individualiste-universaliste » se trouve là malmenée, contestée même par la densité sociologique que prend le principe représentatif. S'il n'est plus tolérable que la substance du *demos* s'efface complètement derrière le nombre, s'il faut rendre la société parfaitement lisible, c'est à la représentation politique des corporations et des groupes qu'il faut s'ouvrir, tout comme à la constitutionnalisation d'un nouveau type de pluralisme : celui de la diversité ethnique, linguistique ou religieuse. De fait, l'avènement d'un peuple « composite » associé à l'éclosion d'une légitimité plurielle – et non plus seulement électorale³⁸ – engendra inévitablement une démultiplication des pôles de représentativité. Toute l'architecture des pouvoirs risque donc bien de vaciller devant ce nouveau combinatoire des « puissances sociales »³⁹. On le voit, une grammaire des institutions démocratiques modernes est plus que jamais à inventer.

³⁵ On peut aussi se référer au « dossier spécial » de la *R.D.P.* (n°3-2008), notamment H. Gaudin et D. Rousseau « Le droit constitutionnel européen en débat ».

³⁶ S. Pierré-Caps et V. Constantinesco, *Droit constitutionnel*, PUF, 3^e éd., 2007, p. 335.

³⁷ S. Pierré-Caps, « La VI^e République et la constitution démocratique », *op. cit.*, p. 133.

³⁸ Sur cette question centrale, voir le dernier ouvrage de P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2008.

³⁹ Expression empruntée à Bertrand de Jouvenel. Selon lui, « la Constitution peut bien établir des organes : il ne prennent vie et force qu'autant qu'ils se remplissent de la vie et de la force d'une puissance sociale qu'il n'est pas au pouvoir des constituants de créer » (*Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, 1945, rééd., Hachette/Pluriel, 1998, p. 484).