

La théorie constitutionnelle face aux mutations contemporaines du droit public

ce qu(e n)'en disent (pas ?) les manuels en général et la doctrine en particulier

SYLVIE TORCOL

Maître de Conférences à la Faculté de Droit de Toulon.
Centre d'Etudes et de Recherches sur les Contentieux
(C.E.R.C.)

ATELIER 2

Constitution, enseignement et doctrine

Responsables :

Kostas MAVRIAS, professeur à l'Université d'Athènes, Pt de l'Association hellénique de droit constitutionnel

et Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

REMARQUE : cette communication est celle présentée oralement au Congrès. Elle n'est pas définitive.

« Il n'y a pas d'un côté les juristes figés sur le texte de la constitution et de l'autre les « esprits ouverts » aux réalités du monde contemporain. Le droit est partie prenante du monde, Il en est (en partie) le reflet et il exerce en retour une influence non négligeable sur lui »¹.

¹ SUEUR, J-J. *Introduction au droit politique*, A paraître 2009, pp. 9-10.

Retracer l'évolution des doctrines constitutionnelles du point de vue de ceux qui la prennent comme objet d'étude ou d'enseignement nécessiterait d'avoir tout lu, tout vu et d'être doué d'une capacité de synthèse hors du commun. Il s'agit ici simplement de poser quelques jalons. Cela conduit, par la force des choses, à souligner certaines évolutions plus que d'autres et à demander au lecteur de tenir compte de l'inévitable part de subjectivité dont l'auteur de ces lignes, comme d'autres, ne peut totalement se départir »².

Suffira-t-il de souscrire à ces propos de Didier MAUS pour être à moitié pardonnée de n'avoir pas tout lu et tenter malgré tout de faire une synthèse (à travers la doctrine et notamment les manuels) de l'évolution du droit constitutionnel confronté à la construction européenne ? Peut-être pas... Mais faut-il pour autant y renoncer quand la thématique de cet atelier nous invite à réfléchir à un sujet qui nous préoccupe depuis toujours : *l'émergence d'un nouveau droit constitutionnel* ! L'occasion était trop belle et ne pouvait se refuser...

Le droit constitutionnel occidental classique est né au XVIIe siècle lors des révolutions anglaises et s'est nourri des révolutions suivantes notamment américaines et françaises au siècle suivant. C'est à partir de là que les concepts fondamentaux (essentiellement : État, Souveraineté, Séparation des pouvoirs, Constitution ou encore Pouvoir constituant) sont passés dans le droit positif. « Ils ont été expérimentés sous l'Ancien Régime, notamment en France. Les hommes des Lumières ne les ont pas reniés mais au contraire, les ont perfectionnés. Ils sont devenus les instruments indispensables de leur projet de modernisation politique, d'émancipation universelle »³. Mais ils sont aussi devenus l'objet de joutes incessantes entre les différentes « Ecoles », controverses liées à la nature du droit constitutionnel souvent perçu comme une discipline aléatoire ; les phénomènes de pouvoir se laissant difficilement enfermer dans des cadres juridiques préétablis ou définitifs et la doctrine n'étant jamais neutre.

Malgré la contingence avérée de la discipline, l'action conjuguée de l'idéalisme juridique hérité des jacobins, du conformisme légaliste de la société bourgeoise, du normativisme et de l'identification Droit-Etat, a longtemps imposé, (en France surtout) la méthode exégétique comme la seule convenable aux études

² MAUS, D. Où en est le droit constitutionnel ? in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Mouvement du droit public*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 691-737.

³ CAMY, O. *Droit constitutionnel critique*, consultable sur <http://www.droitconstitutionnel.net>, août 2008. Voir également, CAMY, O. *Droit constitutionnel critique*, Paris : L'Harmattan, 2007, 124 p. Coll. Logiques juridiques... un des seuls manuels de droit constitutionnel développant une vision « critique » assumée.

de droit⁴. Aujourd'hui encore, l'enseignement universitaire a bien du mal à se défaire de cette forme de raisonnement même si, « le droit constitutionnel s'est dégagé très tôt de cette contrainte. DUGUIT, pour des raisons doctrinales, a imposé le premier une approche sociologique des phénomènes juridiques⁵. Cette tentative ne devait pas rester isolée, car le terrain était favorable du fait des habitudes de pensée héritées du marxisme. Et le développement de la science politique prenant le relais de ces options doctrinales a rendu désormais impossible le pur juridisme dans les études de droit constitutionnel »⁶...

Les péripéties de la doctrine constitutionnelle racontées dans cet atelier par Stéphane PINON (auxquelles nous renvoyons) explique les difficultés qu'ont de tous temps éprouvés les juristes à se défaire de leurs fixismes ou, lorsqu'ils ont osé le faire (notamment dans les années 30) à imposer leurs vues. Admettons ici que le droit constitutionnel des « bien pensants »⁷ a plutôt bien résisté aux attaques (plus ou moins violentes) de la doctrine dissidente. Et ce pour une raison essentielle, selon nous : la théorie générale du droit constitutionnel, élaborée par les « pères fondateurs », ancrée dans l'inconscient collectif, très souvent déformée au gré des « bonnes » volontés politiques ou des circonstances, s'est révélée extrêmement élastique, capable de capter la plupart des phénomènes sociaux et de les expliquer, rarement mise en défaut.

Les exemples des « tours de passe-passe » théoriques sont nombreux : les régimes politiques ne peuvent pas être classés dans les grilles proposées ? Les juristes vont balayer d'un revers de main leurs contradictions et inventer des catégories intermédiaires, des « semi catégories » comme le régime semi présidentiel ; des suffixes en « isme » traduisant la déviation d'un courant de pensée ou d'une idéologie comme « le présidentialisme ». Plus récemment sont apparues les catégories « *sui generis* » comme l'improbable concept de « Fédération d'Etats nation » pour caractériser l'Union Européenne : « La question de savoir s'il y a une bonne classification n'a pas de sens. Il n'y a pas de bonne classification. Il y a des classifications qui aident à comprendre bon nombre de phénomènes importants et d'autres qui n'aident à comprendre que des phénomènes moins nombreux et importants. Ces différentes classifications sont simultanément légitimes à condition d'être cantonnées à leur rang dans l'explication des problèmes et de ne pas être prises pour ce que les latins appelaient une '*summa divisio*' une division suprême à laquelle tout le reste se ramènerait »⁸. Les classifications devraient donc s'adapter aux phénomènes... or, ce n'est pas le cas : elles sont « déformées » plutôt que repensées.

⁴ Avec une nuance : l'exégèse était très créatrice en droit privé. C'est en droit constitutionnel, qu'elle s'est souvent contentée d'un commentaire brut (à cause du caractère particulier de la discipline).

⁵ Voir dans ce sens, la contribution de PINON, S. *Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges*, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25- 27 septembre 2008.

⁶ Voir <http://cejee7.monblogue.branchez-vous.com/>, *Droit constitutionnel*, consulté le 25/08/2008.

⁷ Expression empruntée à Stéphane PINON, article précité, p. 2.

⁸ HAMON, L. *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques*, Multigr. PARIS, 1968-1969, p. 267 cité par J-J SUEUR, *op. cit.*, p. 196.

Cette plasticité exagérée de la théorie générale du droit constitutionnel a longtemps fait illusion mais n'a heureusement pas empêché la discipline - comme tous les phénomènes sociaux - d'évoluer à travers les âges et les mouvements : « Dès lors que l'on admet que le droit a pour objet de saisir les différentes activités sociales, il faut admettre que le droit « bouge » [...] Ainsi, des disciplines juridiques qui étaient dominantes il y a plusieurs dizaines d'années le sont moins aujourd'hui [...] ; à l'inverse, de nouveaux savoirs juridiques apparaissent ou se développent [...] »⁹. Et la conception du droit constitutionnel n'a pas échappé à ces mutations : droit des institutions politiques au commencement, il est devenu dans les années 80 (sous l'impulsion de l'école aixoise et du doyen FAVOREU), le droit de la jurisprudence constitutionnelle et de la protection des droits fondamentaux... Avec des controverses doctrinales toujours plus vives, des querelles d'Ecoles, des résistances ; mais au final, un « renouveau » limité parce que « la révolution annoncée n'a pas eu lieu »¹⁰... et ce, malgré les faits.

Les années 90 vont être celles du « grand chambardement » : le Traité de Maastricht va entraîner « l'immersion de l'Europe dans le constitutionnel »¹¹ et va produire la plus importante prise de conscience depuis la création des Communautés européennes. La souveraineté étatique (et à travers elle toute la théorie de l'Etat) se trouve atteinte : « la difficulté de principe à laquelle se heurte la tentative de penser un *Etat des peuples unis [qui]* tient d'abord au problème de la souveraineté une, indivisible et inaliénable »¹². Cette conception classique de la souveraineté est définitivement affectée par les transformations du droit constitutionnel consécutives à l'ouverture des Constitutions nationales au droit européen et le débat va descendre « dans la rue » : tous les Français en âge de s'intéresser à la question ont en mémoire la théâtralisation du débat MITTERRAND / SEGUIN dans le grand 'amphi' de la Sorbonne avant le référendum sur le Traité de l'Union Européenne : la souveraineté fut la grande « star » de la soirée et la France se divisa (comme elle sait si bien le faire) en souverainistes et anti-souverainistes... Quant à la doctrine, elle commenta abondamment les 3 décisions « *Maastricht* » du Conseil constitutionnel en appréciant les atteintes à la souveraineté à l'aune de ses convictions européennes : « [...] deux types de travaux semblent être effectués. Les uns s'attachent à observer la Constitution et la jurisprudence constitutionnelle, souvent pour en déduire que le principe se trouve limité. D'autres, beaucoup plus théoriques, s'attachent à démontrer l'indivisibilité de la souveraineté »¹³. Mais quelque soit les différentes positions, « l'impensable » s'est produit « La souveraineté de l'Etat

⁹ ROUSSEAU, D. Le droit constitutionnel en débat, le droit constitutionnel européen existe-t-il ? *R.D.P.* n° 3, 2008, p.721.

¹⁰ PINON, S. *Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges*, précité, p. 9.

¹¹ MAUS, D. *Ouverture*, « La 'Constitution européenne' : une Constitution ? », Actes de la journée d'études constitutionnelles du 28 mars 2003, Maison de l'Europe, RAE, 2001-2002, p.652.

¹² FERRY, J-M. Problèmes de la souveraineté dans l'Union européenne. Consultable sur http://users.skynet.be/sky95042/Souv_Europe.doc. Septembre 2008.

¹³ CHALTIEL, F. *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français*, *Recherches sur la souveraineté de l'Etat membre*, Paris : LGDJ, 2000, p. 501.

est [...] transformée. Sa définition essentielle est modifiée. Le droit positif n'est plus monopolisé par l'Etat. Le mythe persistant d'une sorte de 'compétence de droit divin' de l'Etat est rendu obsolète par l'Union européenne »¹⁴.

Malgré tout, et en dépit de tout ce qui semble militer dans les faits ou dans les valeurs pour que les idées de souveraineté et d'Etat nation soient repensées à travers le processus de formation de l'Union européenne, les « blocages » théoriques ne cessent de revenir hanter les débats. C'est ce que Jacques Derrida appellera « l'existence spectrale de la souveraineté »¹⁵ dans le fonctionnement des démocraties contemporaines et dans les projets d'élargissement ou de transposition de la démocratie au-delà de l'Etat-nation. « Suffisamment réelle pour exister en face de l'Etat dont elle fonde la légitimité, suffisamment irréaliste pour ne pas absorber (ou rejeter) les individus porteurs de droits, tel est le dilemme que fait lever la notion de souveraineté du peuple, dilemme vraisemblablement insoluble, mais dont l'insistance même fait la « vie » du problème constitutionnel de la citoyenneté démocratique, en particulier la dialectique incessante de la notion de pouvoir constituant ou d'autolimitation du pouvoir »¹⁶.

Petit à petit, la théorie de l'Etat qui va se trouver fortement ébranlée. Sous la plume du Professeur MILACIC, le constat est sévère : « La mode, idéologique et théorique, était au dépérissement de l'Etat : la réflexion allait plutôt vers le post étatique, voire post national. L'inéluctable dépassement de l'Etat venait par en haut, c'est-à-dire la mondialisation ; et par en bas, la crise de la démocratie représentative nationale, au profit du local ou régional. Il n'était pas question de « la réinvention de l'Etat », mais - plutôt - de la privatisation. Si l'Etat n'était pas encore à ranger dans le musée des accessoires, tout semblait indiquer qu'il était destiné à jouer, dans l'avenir, le rôle d'un simple échelon de la nouvelle gouvernance. Celle-ci devant, désormais, se structurer principalement aux niveaux mondial et local. Entre la globalité et la proximité, l'Etat était en train de perdre sa primordialité »¹⁷.

La science du droit constitutionnel dans ce qu'elle a de plus fondamental est remise en question par l'évolution des sociétés, la mondialisation et la construction européenne. Mais en ce début du 3^e millénaire, la pensée constitutionnaliste évolue moins vite que l'espace politique qu'elle est sensée ordonner au risque de se trouver en complet décalage avec la réalité des peuples et celle des décideurs institutionnels. Les juristes (dont l'auteur de ces lignes ne s'exclut pas bien entendu) ont du mal à accepter certains bouleversements conceptuels. La question est de savoir pourquoi ce blocage, mais surtout, en relation avec le thème de cet atelier, de mesurer la prise en compte de cette évolution par la doctrine.

¹⁴ *Idem.* p. 445.

¹⁵ Cité par BALIBAR, E. *Droit de cité. Essai.* 2^e éd. Paris : P.U.F., 2002. p.181.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ MILACIC, S. *La réinvention de l'Etat. Démocratie politique et ordre juridique en Europe centrale et orientale*, BRUXELLES : BRUYLANT, 2003.

La réponse à la question « pourquoi ? » est pour partie contenue dans l'analyse donnée par Norbert ELIAS des périodes de transition: « La difficulté est tout simplement que dans la plupart des cas la compréhension intellectuelle qui permet de se rendre compte que des formes d'intégration plus étendues seraient adaptées à la réalité se heurte à la résistance obstinée de représentations fortement affectives qui font apparaître cette intégration comme un déclin, une perte dont on ne finira jamais de porter le deuil. Et dans les situations de ce type, on ne souhaite même pas que s'achève le deuil. Le problème central réside, comme on peut le constater, dans le caractère spécifique du passage d'un niveau d'intégration à l'autre »¹⁸.

Reste à examiner – et c'est l'objet de cette intervention – comment la doctrine a réagi à cette « remise en cause » de la théorie constitutionnelle. Le droit constitutionnel est-il devenu, comme l'avance Olivier CAMY « une superstructure qui tourne en grande partie à vide, déconnectée de la réalité vécue »¹⁹ ou bien doit-il rester, au contraire, le droit « fondateur » seul capable de diagnostiquer l'évolution des sociétés à travers l'idéal des Lumières ? N'y aurait-il pas une troisième voie, moins catégorique, qui permette de poser « un nouveau droit constitutionnel » sans renier les fondements de cette discipline ?

Aujourd'hui, le droit constitutionnel enseigné dans les manuels reste « hors du temps », pratiquement insensible aux évolutions récentes ; la doctrine critique préférant s'exprimer à travers d'autres supports, colloques, revues ou encore « Mélanges », c'est-à-dire à destination de lecteurs plus avertis. En définitive et pour résumer, il est possible de dégager deux tendances doctrinales, l'une marquée par sa mission pédagogique, simplificatrice et conservatrice ; l'autre, libérée et résolument inventive, vivifiée par les nouveaux défis liés à la construction européenne. C'est à partir de cette hypothèse de travail qu'en forçant le trait et en assumant la caricature, nous avons opposé « les gardiens du temple » (I) aux « agitateurs / inventeurs » de concepts (II), traduisant l'opposition entre une lecture classique ou bien renouvelée du droit constitutionnel.

Néanmoins, nous aurons toujours à l'esprit en écrivant ces lignes que toute critique sur la doctrine peut rapidement se retourner contre son auteur...

¹⁸ ELIAS, N. Les transformations de l'équilibre Nous-Je, *La société des individus*, Paris : Fayard, 1991, p. 292.

¹⁹ CAMY, O. *Droit constitutionnel critique*, op. cit.

I : Les « gardiens du temple »

Les manuels seraient un mode d'expression privilégié de la doctrine, révélateurs de l'état d'une science selon Christophe EUZET²⁰. C'est évidemment une partie non négligeable du savoir constitutionnel qui s'y exprime mais les juristes – et notamment les universitaires – savent bien qu'ils n'y trouveront pas de véritables bouleversements théoriques ni même la prise en compte des évolutions doctrinales récentes. Il y a des « lieux » pour une doctrine engagée ou dissidente et ce n'est évidemment pas les pages d'un manuel destiné à des étudiants de première année. Il faut par conséquent accepter que nos manuels, répondant à des contraintes éditoriales - économiques et pédagogiques essentiellement - soient quasiment standardisés : des sommaires sans surprise, des intitulés de parties très peu problématisés et une approche critique pratiquement inexistante. Quant à « la prise en compte de l'objet européen », nous serons beaucoup plus pessimiste que ne l'a été Grégory GRAND dans sa contribution²¹ à ce congrès, ayant eu beaucoup de mal à déceler « l'évolution éditoriale notable » que celui-ci met en évidence... à deux ou trois exceptions près²², mais nous y reviendrons ! Certes, l'évolution quantitative est indéniable ! Le nombre de pages consacrées à l'Union Européenne dans les manuels de droit constitutionnel a globalement « explosé » depuis une dizaine d'années et particulièrement dans les quatre dernières. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'il faut comprendre l'évolution éditoriale constatée plus haut. En revanche, les remises en cause conceptuelles impliquées par l'appartenance d'un Etat à l'Union européenne sont le plus souvent inexistantes. Tout se passe comme si les auteurs, conscients des changements de paradigmes de la discipline, avaient décidé de les minimiser ou de remettre à plus tard (mais à quand ?) les transformations essentielles de la structure des manuels. L'Union européenne est au mieux reléguée à une place subsidiaire, étudiée sous le seul angle institutionnel²³ ou intégrée dans l'étude des

²⁰ EUZET, C. *Les manuels de la doctrine constitutionnaliste face aux bouleversements fondamentaux de l'ère post bipolaire*. VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25- 27 septembre 2008.

²¹ GRAND, G. *Les constitutionnalistes et l'Europe*. VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25- 27 septembre 2008.

²² Sur la prise en compte de l' « européenisation du droit constitutionnel », trois manuels peuvent être cités : celui de ROUSSEAU, D. VIALA, A. *Droit constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2004, 480 p. Coll. Pages d'amphi, celui de CONSTANTINESCO, V. PIERRE-CAPS, S. *Droit constitutionnel*, Paris : P.U.F., 2007, 3^e édit, 553 p. Coll. Thémis droit et celui de CHAGNOLLAUD, D. *Droit constitutionnel contemporain*, Paris : Dalloz, 2007, 5^e édit. 440 p. Coll. Cours.

Un manuel très récent aborde également la discipline avec une analyse renouvelée, celui de François BORELLA, *Eléments de droit constitutionnel*, Paris : Les presses de SciencesPo, 2008, 439 p.

²³ Pour une analyse détaillée de la place donnée au phénomène européen au sein des manuels de droit constitutionnel, nous renvoyons aux contributions de Grégory GRAND et de Christophe EUZET dans ce congrès.

régimes politiques. Il est évident qu'« En autonomisant les développements qui lui sont consacrés, les auteurs tendent à extraire l'Union européenne des prismes par lesquels elle était jusqu'à présent envisagée. Prise en considération pour elle-même, tout se passe comme si l'Europe devenait un thème à part entière du savoir constitutionnel, au même titre que l'étude de la troisième république, ou que celle du principe de séparation des pouvoirs »²⁴.

On l'aura compris, la « doctrine des manuels » professe le droit constitutionnel classique, celui des « pères fondateurs » (A) à travers les idéaux politiques des Lumières (B) auxquels le droit constitutionnel devrait se conformer... Mais si cette approche est absolument nécessaire, elle n'est plus suffisante.

*A/ Entre classicisme*²⁵

Le culte des « pères fondateurs » ou le droit constitutionnel des « bien-pensants »²⁶

Pendant le Moyen Âge et surtout à la renaissance, on n'a cessé d'admirer le génie des anciens. Les écrivains classiques, à leur tour, les ont imité parce qu'ils pensaient que les grands auteurs de l'antiquité avaient atteint la perfection, prouvé selon eux par la durée de leur renommée. Ainsi Molière a imité Plaute, Racine Sénèque ou Euripide, La Fontaine le fabuliste grec Ésope, Boileau dans son Art Poétique, la Poétique d'Aristote... Ce culte des anciens se retrouve dans toutes les sciences et surtout dans les sciences sociales : nous avons nos « Idoles », nos « Dieux », nos « Maîtres » à penser... et c'est heureux. La lecture des grands auteurs classiques est indispensable tout comme est indispensable l'enseignement de leurs œuvres. « Il n'est pas inutile de commencer par la lecture d'auteurs anciens dont les analyses frappent toujours par l'étendue des références, le souci de la précision et du détail et l'ampleur des problématiques » préconisent Vlad CONSTANTINESCO et Stéphane PIERRE-CAPS dans les « orientations biobibliographiques » de leur manuel²⁷. Tous les grands juristes de droit public ont travaillé la question de l'Etat (Duguit, Hauriou, Carré de Malberg, Jellinek, Kelsen, Schmitt, Böckenforde, Vedel, pour se limiter à quelques figures majeures de la doctrine) et c'est à travers leurs théories (souvent datées) que l'Etat est abordé. Ces modèles abstraits auxquels nous concèderons une véritable fonction épistémologique devraient être complétés ; l'expérience universitaire venant tous les jours nous mettre en défaut : comment enseigner aujourd'hui encore que la souveraineté de l'Etat « *est entière ou elle cesse de se concevoir* » comme le

²⁴ GRAND, G. précité, p.13.

²⁵ L'adjectif classique est ancien. Il désigne dans la Rome antique un « citoyen de première classe ». Le français a retenu l'idée de qualité, d'excellence. Au XVIIe siècle, ce terme désigne les auteurs antiques, latins particulièrement, dignes d'être enseignés dans les écoles.

²⁶ Voir PINON, S. précité, *Le « nouveau droit constitutionnel » à travers les âges*, p.2.

²⁷ CONSTANTINESCO, V. PIERRE-CAPS, S. *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 32.

soutenait Raymond CARRE DE MALBERG en 1920 dans sa Contribution à la théorie générale de l'Etat²⁸ ? Nous savons tous que les notions fondatrices ne correspondent plus à la réalité. Or, ce sont ces théories « désuètes » et non actualisées que nous livrons à nos étudiants. Afin d'éviter ce que Christophe EUZET appelle « l'échec scientifique de nos manuels face aux défis explicatifs de l'histoire immédiate » il suffirait peut-être « d'ouvrir nos cathédrales » afin d'y laisser entrer les grands auteurs contemporains, juristes, bien entendu mais aussi philosophes, politistes, sociologues... parce que la théorie de l'Etat n'est pas la propriété des juristes. Et si les philosophes des Lumières occupent une large place dans les manuels, il faut, (bien entendu à partir de cet enseignement), enrichir et actualiser nos grilles d'analyse. Un étudiant qui peut comprendre ROUSSEAU ou JELLINEK peut aussi comprendre CASSIRER, HABERMAS, FOUCAULT, LEVIS STRAUSS, FERRY, LEFORT, DERRIDA ou encore BOURDIEU (pour répondre à un souci d'interdisciplinarité²⁹) à condition bien entendu que les travaux de ces derniers soient intégrés dans une réflexion d'ensemble permettant d'aborder l'évolution de l'objet *droit constitutionnel* et de contrer cette « érosion explicative » dénoncée ici et là³⁰. « 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 objet. 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 »³¹.

Si la « littérature des Pères fondateurs » raconte « l'Histoire des Hommes », elle doit être complétée. Sinon notre droit continuera de véhiculer des concepts idéalisés (certes humanistes et séduisants) par la philosophie des Lumières mais déconnectés de l'histoire immédiate nationale et européenne.

²⁸ CARRE DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962) (2 tomes).

²⁹ Cette notion d'interdisciplinarité ne consiste pas à aller chercher ailleurs un supplément d'information à propos des institutions qui échappent apparemment aux catégories traditionnelles, mais à penser l'institution en question en mettant toutes les disciplines à égalité en revenant toujours au droit... Mouvement *de va et vient* consistant à confronter la réalité avec des hypothèses construites à partir de ceux-ci (c'est ce que G. Farjat appelle la méthode substantielle Cf. : les travaux de Ost et Van de Kerchove à ce sujet)

³⁰ Rendons à César ce qui est à César : ces auteurs sont quelquefois cités... mais à la marge, dans des notes de bas de page ou plus souvent dans des « indications bibliographiques » sur les évolutions de la notion. On l'aura compris, pour l'auteur de ces lignes, ce sont des auteurs qui doivent être étudiés **au même titre et dans le même temps** que les auteurs classiques.

³¹ EUZET, C. précité, p. 12.

B/ ... et idéalisme³² (ou messianisme) constitutionnel

Le culte des « Lumières » ou le constitutionnalisme « sanctuarisé »

L'idéalisme constitutionnel pourrait être synonyme de dogmatisme s'il ne se trouvait légitimé par la mission assignée au constitutionnalisme des Lumières : mettre fin à l'arbitraire du pouvoir politique et à la barbarie, instaurer l'égalité entre les hommes c'est-à-dire traduire en fin de compte cet « idéal prescriptif » développé dans la plupart des manuels. Ici, ce ne sont pas tant les auteurs qui sont immuables mais les théories... quoi qu'il y ait un rapport évident de cause à effet.

Evoquant les vicissitudes de la notion de constitutionnalisme, Jean-Marie DENQUIN retrace son évolution : « Ce phénomène de sacralisation du droit explique aussi comment on en est venu à confondre constitutionnalisme et droit constitutionnel. Plusieurs idées centrales du premier sont devenues, dans le second, des techniques dont on présume le caractère non problématique et la neutralité. Cela est démontré par une étude de l'évolution récente des notions de séparation des pouvoirs et de hiérarchie des normes, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel ». Au final, « la Constitution est œuvre humaine. Une rhétorique qui prétend l'élever au rang de texte sacré ne peut qu'obscurcir le phénomène qu'elle est censée décrire »³³. Le constitutionnalisme est aujourd'hui identifié et idéalisé dans une nouvelle définition qui serait celle d'une « démocratie par le droit » bien connue de ceux qui s'intéressent aux travaux de la commission de Venise.

Cet idéalisme de la doctrine va la conduire à prendre au premier degré la théorie de « types idéaux » de Max WEBER (pourtant extrêmement ambiguë) et à ne conserver de l'expression que l'adjectif « idéal ». Nous ne reviendrons pas ici sur les avantages d'une méthode (utilisée par ailleurs depuis plus d'un siècle par Auguste COMTE, Karl MARX ou Pierre BOURDIEU) permettant de mieux comprendre le réel à partir de l'élaboration de grandes catégories explicatives, notionnelles, dont le statut et la fonction sont d'être des instruments de travail conceptuels. Il s'agit de « rendre raison » du réel dans sa diversité et sa multiplicité.

Si ce choix méthodologique ne s'impose pas d'emblée et que de nombreux chercheurs sont réfractaires à cette approche (qu'ils estiment abstraite et décrochée de la réalité des phénomènes, lui préférant une démarche plus empirique), il s'agit d'un positionnement scientifique qui se défend. Le problème c'est que la construction d'un modèle doit être réaliste, contemporaine, rattachée à la réalité (même si celle-ci est toujours subjective) ; elle ne doit pas aboutir à une

³² L'idéalisme tel que nous l'entendons est cette manière de voir qui consiste à affirmer la prééminence des formes abstraites ou des représentations mentales sur la réalité, qu'elle soit expérimentée ou inintelligible.

³³ DENQUIN, J-M. Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit. *Jus politicum*, n°1, Le droit politique. Consultable sur <http://www.juspoliticum.com/Jean-Marie-Denquin-Situation.html>. Septembre 2008.

caricature. Or, nos « types idéaux » n'ont pas été réactualisés et ne donnent plus la clé de lecture des sociétés contemporaines, sans doute par le fait d'une « admiration sans borne à la révolution, à la république, à la démocratie et à son droit »³⁴.

Cette idéalisation des concepts, se retrouve dans (presque) tous nos manuels, notamment à travers des entrées comme « souveraineté de l'Etat », ou encore « pouvoir constituant et Constitution », et bien entendu « régimes politiques » pour ne citer que les exemples les plus frappants³⁵. Mais en dehors des manuels, une « autre doctrine » dénonce presque unanimement ces fictions théoriques en mettant en évidence les atteintes à la souveraineté (et par conséquent les remises en cause de la théorie de l'Etat) ; les limitations du pouvoir constituant ; les mutations de la notion de Constitution (dans le cadre de l'appartenance à l'union européenne) ou encore (depuis bien plus longtemps) la cristallisation artificielle de la théorie des régimes politiques.

Finalement, la doctrine constitutionnaliste vit aujourd'hui une sorte de situation schizophrénique : la « souveraineté des manuels » est toujours celle de CARRE DE MALBERG; le pouvoir constituant et la constitution sont associés aux œuvres de SIEYES (le pouvoir constituant « possède la spontanéité créatrice. Il peut tout, et il n'est pas soumis d'avance à une constitution donnée »³⁶). Quant à la séparation des pouvoirs, elle est celle de LOCKE et MONTESQUIEU même s'il est admis qu'elle a été « mal comprise ».

« Cette sorte de résignation devant l'impossible (il n'est pas de classification qui vaille, donc résignons-nous à l'existant) a quelque chose de séduisant sans aucun doute. [...] Les classifications [*prises dans le sens d'« idéaux »*] demeurent en ce sens indispensables ici comme dans tout le domaine des sciences sociales, si elles n'ont pas le même statut que dans les sciences dites exactes. Cependant beaucoup d'habitudes mentales ont été prises en ces matières dont il est difficile de se départir : une même classification des régimes politiques domine en France depuis... la création de la discipline, tandis que certains juristes étrangers déplorent non sans raison l'emprise excessive exercée par la « pesée européenne » sur leur propre horizon intellectuel (Locke *versus* Jefferson aux Etats-Unis). [...] Cet exercice singulier qui consiste à élaborer des classes d'objets [*ou des types idéaux*] pour essayer d'y intégrer la réalité, toute la réalité fait peser sur celui qui s'y adonne une forme de suspicion »³⁷.

Alors garder le temple, sans doute, mais ouvrir portes et fenêtres et se tourner vers l'Europe certainement. « Prendre pour scène privilégiée du droit

³⁴ EUZET, C. précité.

³⁵ Ces remarques ont été faites après avoir consulté les manuels de droit constitutionnels les plus utilisés par les étudiants c'est-à-dire ceux que l'on trouve couramment sur les rayonnages des bibliothèques des Facultés de droit.

³⁶ BASTID, P. *L'idée de constitution*. Paris : Economica, 1985. 197 p. Coll. « Classiques », Série politique et constitutionnelle. ISBN 2-7178-0933-3.

³⁷ SUEUR, J.-J. *Introduction au droit politique, op. cit.*

constitutionnel un espace qui transcende les frontières de l'Etat-nation sans omettre l'importance de la dimension historique du constitutionnalisme et sans négliger la contribution majeure des organes d'application de la Constitution sa propre définition, telles sont les précautions qui semblent aujourd'hui devoir être prises en considération pour déterminer le programme d'un droit constitutionnel moderne émancipé de la simple étude descriptive des textes Constitutionnels. Pour accompagner l'étudiant dans cette entreprise de compréhension d'un droit complexe qu'alimentent sans cesse des forces et des phénomènes qui ne sont pas strictement juridiques, on utilisera la méthodologie empirique [...] »³⁸.

Reste que la doctrine ne se limite pas aux manuels. Et si nous avons regretté *ici* l'absence d'une véritable révolution épistémologique, nous avons aussi constaté *ailleurs* une audace doctrinale à laquelle nous voulons rendre hommage.

II : Les « inventeurs / agitateurs de concepts »³⁹

*« L'Europe, en créant l'idée d'Etat-nation
a créé l'obstacle théorique à son propre achèvement
en tant qu'unité politique »⁴⁰.*

Duguit, présenté comme un « briseur d'idoles » va aussi permettre à la doctrine de se libérer : « Adaptons les théories juridiques aux faits et non point les faits aux théories juridiques »⁴¹ osera-t-il dès le début du XXe siècle. Et même si certains juristes « précurseurs » comme le doyen VEDEL ont porté très tôt un regard critique sur les grilles d'analyse du droit constitutionnel en « égratignant » dans un premier temps la *divinité* de la souveraineté⁴² (soutenant, dès les années 50, l'idée que les citoyens de différents États puissent se fédérer pour former une organisation politique commune qui ne serait pas moins démocratique que l'organisation politique nationale), on peut raisonnablement dater la première grande prise de conscience de l'obsolescence de nos paradigmes à 1992⁴³ et aux débats que la ratification sur le Traité de Maastricht suscita. C'est toute la théorie de l'Etat-nation qui se trouva affectée avec la remise en cause de la souveraineté.

³⁸ ROUSSEAU, D. VIALA, A. *Droit constitutionnel, op. cit.*, p.13.

³⁹ En référence à la pensée de Gilles DELEUZE pour lequel « la philosophie est l'art de former, d'inventer, de fabriquer des concepts ». *Qu'est-ce que la philosophie ?*, DELEUZE, G. GUATTARI, F. Paris : Editions de Minuit, 1991, 208 p.

⁴⁰ BEAUD, O. L'Europe et le droit, L'Europe entre droit commun et droit communautaire, *Droits*, 1991, N° 14, p. 16.

⁴¹ DUGUIT, L. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, Paris : Dalloz (rééd.), 2003, p.241.

⁴² Voir son cours de *Droit administratif 1952-1953*, Paris : Montchrestien, Les Cours de droit, p. 416.

⁴³ Voir en complément la contribution de Christophe EUZET qui situe historiquement cette rupture en 1989 avec les bouleversements de ce qu'il appelle « l'ère post bipolaire », précité.

La doctrine dominante (bien que nous ayons du mal à cautionner l'expression) fut dans un premier temps totalement « déboussolée » : En 1998, B. CHANTEBOUT (traduisant les interrogations théoriques de beaucoup de ses collègues), constatait : l'« Etat va mourir. Sans doute est-il déjà mort. Le problème, le seul, va être de reconstruire sur ses décombres. Pour y parvenir, si l'on veut éviter que la 'globalisation' économique ne débouche sur l'anarchie et l'américanisation de nos sociétés, il va falloir de l'imagination [...] »⁴⁴. Et de fait, beaucoup de juristes envisagèrent « l'obsolescence des paradigmes »⁴⁵ à travers l'appartenance à l'Union Européenne. Une « doctrine du réel » émergea (A), celle qui cherche à dépeindre la réalité telle qu'elle est, sans artifice et sans idéalisation mais sans préjugés non plus. Parallèlement, se développa une doctrine plus marginale (ou inventive), plus prospective, celle de la « déconstruction / reconstruction » des concepts classiques (B). Ces auteurs ont d'abord privilégié les colloques, les Mélanges, les revues spécialisées. Aujourd'hui, cette doctrine « entrée en dissidence » défend ses points de vue en toute liberté et en instantanée sur internet : les « blogs » juridiques et les revues numériques constituent un espace à part pour « ces forces créatrices du droit » chères à RIPERT. *Jus Politicum*⁴⁶, nouvelle revue de droit politique, revendique d'ailleurs pleinement cette liberté : « Que notre revue soit électronique ne saurait guère surprendre : internet s'est imposé comme le lieu le plus adéquat pour réunir tous les aspects, et les différents rythmes de la vie intellectuelle » ; et assume ses objectifs : « Il est assez largement admis que le droit constitutionnel a connu d'importantes mutations depuis quelques décennies. [...] Saisir ce qu'on appelle le « droit constitutionnel » ne devrait pas interdire le recours à l'étude de l'histoire, des pratiques, et des œuvres de réflexion allant de la littérature d'intervention politique jusqu'à la philosophie la plus spéculative. Notre ambition est de permettre aux études portant sur ces questions de trouver un lectorat et de susciter, de manière pluraliste et sans sectarisme, la discussion qu'elles méritent »⁴⁷.

Appréhender le réel mais aussi traduire l'impensable, c'est sans doute la mission que s'est assignée cette doctrine... même si l'on peut aussi penser « qu'elle va trop loin ».

⁴⁴ CHANTEBOUT, B. Rapport de synthèse. In *Les mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXI^e siècle. Actes du séminaire Unidem organisé à Nancy du 6 au 8 novembre 1997 en coopération avec l'I.R.E.N.E.E et la Faculté de droit de l'Université de Nancy*. Strasbourg : Les Editions du Conseil de l'Europe, 1998. p. 421. Coll. Science et technique de la démocratie n°22.

⁴⁵ Voir, EUZET, C. précité, p. 8.

⁴⁶ Revue proposée par de prestigieux collègues à en juger par la composition de son Conseil de rédaction : Denis BARANGER (Paris II), Olivier BEAUD (Paris II), Philippe LAUVAUX (Paris II), Armel LE DIVELLEC (Le Mans ; secrétaire de rédaction), Carlos-Miguel PIMENTEL (Versailles-S¹. Quentin-en-Yvelines), Christophe SCHÖNBERGER (Konstanz), Adam TOMKINS (Glasgow).

⁴⁷ Extrait de la présentation de la revue *Jus Politicum* consultable sur <http://www.juspoliticum.com/Presentation-de-la-revue.html>. Septembre 2008.

A. Entre « réalisme »...

Cette doctrine va « [...] repenser, [...] sinon revisiter le droit constitutionnel, au prisme de l'intégration européenne »⁴⁸. Dans un souci de « coller au vrai » à travers un travail d'expression, de structure, elle va dans un premier temps constater « les dégâts » théoriques et opérer son auto critique : « usure des principes, inadéquation des mots, perte de sens, incapacité à décrire et à expliquer le réel »⁴⁹. Et si *Maastricht* fut un électrochoc, la réflexion ouverte à propos des atteintes à la souveraineté se propagea rapidement à l'ensemble du droit constitutionnel : la pensée constitutionnaliste « tournait en rond » depuis trop longtemps. Elle avait été « doublement introvertie : fermée premièrement, sur le phénomène « Etat » ; fermée deuxièmement, sur le droit positif d'un Etat déterminé »⁵⁰ ; elle devait désormais s'ouvrir au monde.

En 1993, un colloque strasbourgeois (sous la direction de Jean-François FLAUSS) faisait à la fois le constat que nous allions : « Vers un droit constitutionnel européen » mais posait LA question essentielle : « Quel droit constitutionnel européen »⁵¹. Les auteurs mirent alors en évidence « L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe »⁵², « Les mutations contemporaines du droit public »⁵³, « Le nouveau constitutionnalisme »⁵⁴, le « mouvement du droit public »⁵⁵ ; ou encore « Le renouveau du droit constitutionnel »⁵⁶ et proposèrent enfin de « Repenser le droit constitutionnel »⁵⁷. Mais si cette prise de conscience fut réelle, elle ne s'exprima que de manière confidentielle : colloques, mélanges, thèses, universités d'été⁵⁸... comme si, malgré des fondements scientifiques indéniables, cette « insurrection doctrinale » n'avait aucune chance d'être entendue.

⁴⁸ NABLI, B. *L'État membre : L'« hydre » du droit constitutionnel européen. Une figure étatique à visages multiples*. VIIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25- 27 septembre 2008.

⁴⁹ Voir EUZET, C. précité, p. 12.

⁵⁰ Selon la formule de PESCATORE, P. La Constitution, son contenu, son utilité. *R.D.S.* 1992, p. 43.

⁵¹ In FLAUSS, J.-F. (dir) *Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993*. In *R.U.D.H.* 29 décembre 1995, vol. 7.

⁵² GERKRATH, J. *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*. Bruxelles : Editions de l'Université, 1997. 425 p. Coll. Etudes européennes.

⁵³ *Mélanges Benoît JEANNEAU. Les mutations contemporaines du droit*. Paris : Dalloz, 2002. 720 p.

⁵⁴ Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC. *Le nouveau constitutionnalisme*. Paris : Economica, 2001. 458 p.

⁵⁵ *Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE. Mouvement du droit public*. Paris : Dalloz, 2004. 1 264 p.

⁵⁶ *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU. Le renouveau du droit constitutionnel*. Paris : Dalloz, 2007. 1 783 p.

⁵⁷ Voir *Droits*, n°32, 2000, pp. 3 et s. Notamment l'article de Jean-Marie DENQUIN, pp. 3-6.

⁵⁸ Comme les Universités européennes d'été organisée par Dominique ROUSSEAU à Montpellier (par exemple, celle du 3 au 9 juillet 2006 : « Droit constitutionnel européen : existe-t-il une citoyenneté européenne ». Table ronde : vers un droit constitutionnel européen ?).

De fait, les manuels ne vont pas - ou peu - intégrer ces bouleversements peut-être pour ne pas céder « trop facilement à la tentation de l'actuel et du contingent »⁵⁹ à moins que ce silence ne soit que l'expression d'un embarras : « En effet, justifier plus avant des insertions écrites sur la construction européenne nécessiterait certainement de montrer en détails pourquoi, et comment le phénomène européen investi la science du droit constitutionnel. Pour ce faire, il faudrait alors apprécier jusqu'à quel point celui-là remet en cause les concepts établis de longue date par celle-ci et en venir par suite à considérablement nuancer bon nombre de considérations énoncées dans les 1ères parties des manuels, les parties dites théoriques. On constate alors que ces justifications sont en réalité extrêmement délicates à établir, et nécessitent des efforts considérables pour repenser l'ensemble des présupposés de la discipline »⁶⁰.

Malgré ces résistances, la doctrine réaliste va non seulement repenser les concepts classiques mais aussi imaginer un « espace public » au-delà de l'Etat. Elle va tenter de sortir du piège réductionniste qui consistait depuis des années, à décrire « l'agencement institutionnel communautaire par référence aux catégories du droit public interne, appliquant ainsi une grille de lecture pas nécessairement pertinente du phénomène [...] »⁶¹. On peut désormais écrire sans trembler ou risquer le crime de « lèse majesté » que l'Etat nation européen est aussi un « Etat membre »⁶², la souveraineté une fiction⁶³, le pouvoir constituant subordonné⁶⁴ et la Constitution « internationalisée »⁶⁵ pour ne citer que les évolutions les plus

⁵⁹ Comme semble le penser Grégory GRAND, précité, p. 20.

⁶⁰ *Idem*, p.18.

⁶¹ CONSTANTINESCO, V. Europe fédérale ... art. précité. p. 128.

⁶² Voir la contribution de NABLI, B. *L'Etat membre : L'« hydre » du droit constitutionnel européen. Une figure étatique à visages multiples*, précité.

⁶³ Voir les travaux de CHALTIEL, F. *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne... op. cit.*

⁶⁴ Voir notamment les travaux de Stéphane PIERRE-CAPS, Les mutations de la notion de Constitution et le droit constitutionnel. *Civitas Europa (Revue). Les mutations de la notion de Constitution, entre mondialisation et nouveaux conflits*, Mars 2001. n°6. p. 40 ou celui-ci affirme que : « Cette " exaltation métaphysique de la Constitution " que stigmatisait P. BASTID en y voyant l'héritage des révolutionnaires français [...] se heurte à la réalité historique et contemporaine des faits ». Ou encore, p. 39, « Les mutations de la notion de Constitution ces cinquante dernières années pourrait s'apparenter à une histoire qui commence mal et qui finit bien, du moins si l'on en juge par les variations doctrinales qu'elle a suscitées. Pour ne considérer que le seul contexte français, nous aurions été successivement convoqués au chevet d'un moribond, puis d'un lazare, avant d'être invité à célébrer un phénix et à communier dans la 'rénovation' du droit constitutionnel selon le mot du manifeste ouvrant la première livraison de la *Revue Française de Droit Constitutionnel*. »

⁶⁵ Sur ce thème, peuvent être valablement cités : TOURARD, H. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris : L.G.D.J., 2000. 724 p. MAZIAU, N. Les Constitutions internationalisées. Aspects théoriques et essai de typologie. In le site du Centre de Recherche et de Formation sur le Droit constitutionnel comparé de Sienne (Italie). Disponible sur www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/maziau.doc consulté septembre 2008. MOUTON, J.- D. Les mutations de la notion de Constitution et le droit international. In Les mutations de la notion de Constitution, entre mondialisation et nouveaux conflits. *Civitas Europa* (revue). Mars 2001, n°6, pp. 23-38 : qui parle de « l'internationalisation des Constitutions étatiques » ; le manuel de CONSTANTINESCO, V. PIERRE-CAPS, S. *Droit constitutionnel*. Paris : P.U.F. 2004. Coll. Thémis, droit public, notamment au chapitre 2 intitulé « L'internationalisation des constitutions », pp. 213-235 et aussi TORCOL, S. *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la construction européenne. Essai critique sur l'ingénierie*

frappantes. Que retrouve t-on de tout cela dans nos manuels ? Rien ou peu de choses. Comme s'il y avait aujourd'hui deux disciplines distinctes, deux visions du monde : celle que l'on enseigne et celle que l'on constate. Doit-on aller plus loin ? Certains auteurs en sont déjà à « inventer » les nouveaux outils du droit constitutionnel de demain à moins que ce ne soit... d'après-demain.

B. ... et « surréalisme »⁶⁶ constitutionnel

C'est la doctrine de « l'impossible », de « l'impensable » ou encore celle du « *no limits* » (pour reprendre une expression à la mode), celle dont les auteurs reprennent à leur compte les constats développés plus haut pour aller plus loin (jusqu'où ?) et peut-être changer la clé de lecture des sociétés contemporaines.

Quelle légitimité scientifique leur accorder ? Dans quel cadre ce travail de déconstruction / reconstruction peut-il se justifier ?

Depuis une trentaine d'années, philosophes et autres sociologues se sont aventurés en terrain inconnu quand les juristes faisaient preuve de frilosité. Ils ont réfléchi sur la question européenne et notamment sur les éventualités d'une intégration post nationale en revendiquant leur liberté scientifique. Jean-Marc FERRY⁶⁷ a largement contribué à cette réflexion : « Pour reconquérir une autonomie politique, c'est-à-dire une puissance de maîtrise de leur destin historique, les nations sont pour ainsi dire condamnées à s'unir, à coordonner leurs politiques publiques sous un principe de coopération, et donc à « partager » leur souveraineté dans le cadre d'entités politiques métanationales ayant stature continentale ou quasi continentale. Il s'agit d'une nécessité fonctionnelle. L'échelle nationale des unités politiques classiques, que sont les Etats, est alors déclassée par l'échelle mondiale des interdépendances économiques et écologiques de plus en plus sensibles. Cet « effet de retardement », pour reprendre le concept de Norbert Elias, appelle un « rattrapage » au moins partiel, par la constitution d'unités politiques à l'échelle continentale »⁶⁸.

A la décharge des juristes, il est sans doute plus facile pour d'autres sciences humaines de s'affranchir d'un certain traditionalisme. Mais depuis

constitutionnelle. Toulon : Thèse Droit public. 2002. 402 p. (dir. J.Jacques SUEUR), (publication Lille : A.N.R.T.), notamment pp. 179-206. TORCOL, S. L'internationalisation des Constitutions nationales », *Politéia*, n° 8, juin 2006, pp.317-343.

⁶⁶ C'est dans la vie que le surréalisme trouve son territoire en promouvant un nouveau regard sur les objets et sur les mots, qu'il a débarrassés de leur utilitarisme. Veillant à ne laisser échapper aucune association mentale digne de contribuer à la libération de l'esprit, il a fourni aussi le modèle durable d'une insurrection générale contre tous les mots d'ordre de la société bourgeoise.

⁶⁷ Voir notamment ses ouvrages FERRY, J-M. *La question de l'Etat européen*. Paris : Gallimard, 2000. p. 284. Coll. N.R.F. Essais. Et récemment, *Europe, la voie kantienne*. Paris : Editions du CERF, 2005, 215 p. Coll. Humanités.

⁶⁸ FERRY, J-M. . Quelle identité pour l'Europe ? Les voies d'une intégration post-nationale. Consultable sur http://users.skynet.be/sky95042/Identite_Europe.doc. Septembre 2008.

DERRIDA⁶⁹, FOUCAULT⁷⁰ et DELEUZE⁷¹ notamment, il est possible d'adhérer à une conception « surréaliste » de notre société, c'est-à-dire de poser un regard débarrassé de ses « *a priori* » sur les concepts et sur les mots : déconstruire parce que le processus est déjà entamé nous dit DERRIDA. L'événement a déjà lieu dans notre présent, il affecte l'expérience même du lieu. « *Ça se déconstruit* ». On le constate (entre autres) pour la politique. Puisque le mouvement est lancé, puisqu'il se passe aujourd'hui, autant le chevaucher et ne pas s'arrêter en route, y compris en déconstruisant la déconstruction. La déconstruction accompagne une crise qui favorise l'émergence de l'événement irréductible, singulier. Son axiome est l'ouverture de l'avenir. Plus qu'une critique, la déconstruction est une expérience de l'impossible, une tâche limitée seulement par l'indéconstructible, un projet infini, quasi messianique. « La déconstruction est une stratégie sans finalité qui énonce au futur le sens ou le contenu conceptuel de ce qui a déjà été écrit ».

Appliqué à la construction européenne, la théorie derridienne a permis aux juristes de reconquérir les territoires perdus⁷² tout simplement parce que *le processus appréhendé était lui aussi déjà entamé* : le processus européen se jouait *au-delà de l'Etat*, c'est-à-dire en dehors de la théorie classique du droit constitutionnel. Pour lire juridiquement ce phénomène, il fallait proposer de nouveaux concepts permettant de juxtaposer deux genres d'existence politique : l'existence globale de l'Union Européenne et l'existence particulière des Etats membres. Il était peut-être temps de tenter cette lecture « surréaliste » du monde, c'est-à-dire de céder à la « désinhibition de nos conditionnements ».

FOUCAULT va libérer nos vertus créatives : « Former des concepts, [*nous dit-il.*] c'est une façon de vivre dans une relative mobilité et non pas une tentative pour immobiliser la vie ; c'est manifester, parmi ces milliards de vivants qui informent leur milieu et s'informent à partir de lui, une innovation qu'on jugera comme on voudra, infime ou considérable : un type bien particulier d'information. [...] au niveau le plus fondamental de la vie, les jeux du code et du décodage laissent place à un aléa qui, avant d'être maladie, déficit ou monstruosité, est quelque chose comme une perturbation dans le système informatif, quelque chose comme une « méprise ». À la limite, la vie – de là son caractère radical – c'est ce qui est capable d'erreur. [...] Et si on admet que le concept, c'est la réponse que la vie elle-même a donné à cet aléa, il faut convenir que l'erreur est la racine de ce qui fait la pensée humaine et son histoire. L'opposition du vrai et du faux, les valeurs qu'on prête à l'un et à l'autre, les effets de pouvoir que les différentes

⁶⁹ DERRIDA, J. Qu'est-ce que la déconstruction ? *Le Monde*, mardi 12 octobre 2004. Propos recueillis par R.-P. D

⁷⁰ Voir FOUCAULT, M. « La vie : l'expérience et la science », *Dits et écrits*, Tome 4, Paris : Gallimard, 1994, notamment pp. 774-775).

⁷¹ DELEUZE, G. *Qu'est-ce que la philosophie ?*, *op. cit*

⁷² Voir à ce sujet, ⁷² VERPEAUX, M. *Conclusions*, « Les nouveaux objets du droit constitutionnel », H. ROUSSILLON, X. BIOY, S. MOUTON (Dir.), Toulouse : PUSST, 2005, p. 406. « *l'interrogation [de savoir si l'État suppose toujours une Constitution, et si l'inverse est toujours vrai] ne peut laisser indifférents les constitutionnalistes qui ne doivent pas abandonner à d'autres disciplines ce champ nouveau de réflexion* ».

sociétés et les différentes institutions lient à ce partage, tout cela n'est peut-être que la réponse la plus tardive à cette possibilité d'erreur intrinsèque à la vie »⁷³.

Certains juristes vont savoir s'affranchir du passé et adopter les enseignements du mouvement surréaliste en libérant les mots, en refusant de les cantonner à l'utilitarisme étroit auquel on les avait condamnés. Par ce biais, le surréalisme de BRETON a devancé les recherches des linguistes contemporains, attentifs à distinguer le pouvoir du signifiant de la chose signifiée. Oublieux du sens étroit indiqué par les dictionnaires, les surréalistes ont considéré les mots en soi et examiné leurs réactions les uns sur les autres. « Ce n'est qu'à ce prix, [note BRETON], qu'on pouvait espérer rendre au langage sa destination pleine, ce qui, pour quelques-uns dont j'étais, devait faire faire un grand pas à la connaissance, exalter d'autant la vie »⁷⁴. Or, si le droit est un langage, il doit être lui aussi capable de se libérer.

Sous la plume de quelques rares « inconscients », de nouveaux modèles sont alors proposés : l'Etat européen pourrait devenir une « cité constitutionnelle »⁷⁵ fondée non plus sur une Constitution mais sur « un pacte fédératif »⁷⁶ jouissant d'une souveraineté réinventée, transformée en « subraineté », néologisme « qui s'efforce très naïvement et de manière peu orthodoxe étymologiquement et philosophiquement de transcrire l'idée selon laquelle les Etats sont à l'origine de l'Union européenne et lui sont subordonnés »⁷⁷.

On l'aura compris : cette doctrine « réformiste » encore balbutiante, est partagée entre les « agitateurs de concepts » plutôt favorables à l'évolution des catégories existantes et les « inventeurs de concepts » préférant « du passé faire table rase » afin de créer des nouvelles catégories. « Le plus important n'est donc peut-être pas l'objet lui-même que l'outillage conceptuel sollicité pour le comprendre »⁷⁸.

CONCLUSION :

De quelque doctrine que nous nous réclamions, repenser la théorie générale du droit constitutionnel à la lumière de l'intégration européenne n'est plus de l'ordre du souhaitable, c'est une obligation et une urgence. Et même si

⁷³ FOUCAULT, M. « La vie : l'expérience et la science », *Dits et écrits, op. cit.*, p. 774-775).

⁷⁴ BRETON, A. *Les pas perdus*, Paris : Gallimard, 1990. 174 p. Coll. L'imaginaire.

⁷⁵ Voir notamment la conception de Dominique ROUSSEAU, *Le droit constitutionnel en débat*, *R.D.P.* n°3, 2008, p.725.

⁷⁶ Se reporter aux travaux d'Olivier BEAUD et à sa théorie de la fédération, notamment, BEAUD, O. *Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération*. *R.D.P.* 1998, n°1, pp. 85 et svtes ou récemment, *Théorie de la Fédération*, Paris : P.U.F., 2007. Coll. Léviathan.

⁷⁷ DUBOS, O. *L'Union européenne : Sphinx ou Enigme ? Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris : Pedone, 2004, p. 31.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 30.

« L'esprit humain invente plus facilement la chose que les mots [... *entraînant*] l'usage de tant de termes impropres et d'expressions incomplètes »⁷⁹ ; mieux vaut se tromper que de ne rien tenter. Si l'enjeu est essentiel, la tâche est ardue ; les enseignants-chercheurs s'y confrontant en permanence. Nos habitudes de pensées entraînent des blocages théoriques persistants au point qu'un fossé se soit creusé, on l'a vu, entre la théorie exposée dans nos manuels et la réalité.

Mais à décharge de nos fixismes, nous conviendrons volontiers que l'on ne peut concevoir l'évolution d'un concept qu'avec une parfaite connaissance du concept lui-même. Il faut par conséquent continuer d'enseigner nos grands auteurs et l'histoire de notre droit. Mais en même temps, nous avons certainement pour mission d'inscrire le droit constitutionnel dans l'histoire immédiate et dans l'histoire du monde parce que ce dernier bouge en permanence. C'est cette contemporanéité, cette réactivité qui fait aujourd'hui cruellement défaut à nos manuels. Nous hésitons à rendre compte de ces bouleversements, peut-être pour ne pas inscrire nos concepts dans une sorte de précarité subie. Pourtant, il y a fort à parier que cette modernité, ce rattachement de la théorie générale à la réalité politique européenne pourraient être non seulement entendus dans nos amphithéâtres mais au-delà, pourraient revêtir une vertu pédagogique insoupçonnée. Même si ce n'est pas unanimement admis, il existe aujourd'hui un droit constitutionnel européen qui appréhende un nouvel espace politique (d'ailleurs toujours en formation). « Des manuels de droit constitutionnel européen commencent à paraître. C'est sans doute un des signes les plus forts du décloisonnement des disciplines et de l'osmose du droit constitutionnel et du droit européen »⁸⁰.

Reste qu'il y a encore des divergences dans les conceptions que l'on peut avoir de ce droit : est-ce une nouvelle discipline⁸¹, le droit constitutionnel de l'Union Européenne, ou tout simplement l'évolution du droit constitutionnel « classique » qui serait devenu, non plus le droit de l'Etat mais le droit de l'Etat membre permettant alors de redéfinir nos concepts et de les adapter à deux espaces différents et complémentaires : le territoire national et l'espace européen ?

Nous n'en sommes pas encore à trancher. Le droit constitutionnel pensé *par delà* et *en deçà* de l'Etat ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Alors en attendant le jugement de l'histoire, il est urgent de jeter un pont entre les différentes conceptions en présence afin que le droit de nos manuels soit aussi celui d'un « vouloir vivre ensemble européen ».

Septembre 2008

⁷⁹ TOCQUEVILLE, A. De *De la démocratie en Amérique*. Rééd. Paris : Gallimard, 1961, Première Partie, Chap. VII, p. 243.

⁸⁰ CHALTIEL, F. Le droit européen dans les manuels de droit constitutionnel, *Petites Affiches*, 22 novembre 2006, n° 233, p.17.

⁸¹ Voir le débat entre Hélène GAUDIN et D. ROUSSEAU sur le thème du droit constitutionnel européen, *R.D.P.* précitée, pp. 721-730. Pour Dominique ROUSSEAU, « le droit constitutionnel européen émerge comme une nouvelle discipline ».