

## ÉDITORIAL

### LES NOUVEAUX ASPECTS DU CONSTITUTIONNALISME

*Nouvelle aurore ou crépuscule du droit constitutionnel ?*

**par Marie-France VERDIER**

*Directrice de la publication*

#### SOMMAIRE

- I. – LA TRANSFORMATION DU CADRE DU DROIT CONSTITUTIONNEL
- II. – L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP DU DROIT CONSTITUTIONNEL
- III. – LA DÉSACRALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

**A** l'heure de l'eupéanisation du droit positif dans le cadre de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe et de la mondialisation qui met en cause le rôle de l'État-nation, le droit constitutionnel classique défini par Marcel PRÉLOT comme « *l'ensemble des institutions grâce auxquelles s'établit, s'exerce ou se transmet le pouvoir politique de l'État* »<sup>1</sup> lesquelles sont régies par une norme suprême, la Constitution, paraît s'essouffler. S'agit-il toujours « *d'un droit fondamental en ceci qu'il constitue le droit des droits, celui qui porte sur la matrice de l'ordre juridique étatique* »<sup>2</sup> ?

Or, alors que le XIX<sup>e</sup> siècle a été « *le siècle de la loi et le XX<sup>e</sup> siècle, celui de la Constitution* »<sup>3</sup>, le XXI<sup>e</sup> siècle ne sera-t-il pas celui du droit constitutionnel ? Mais d'un droit constitutionnel postmoderne ? Effectivement, le droit constitutionnel classique est face à des défis.

#### I. – LA TRANSFORMATION DU CADRE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

L'État se transforme. L'État-nation n'est-il pas dépassé ? N'assiste-t-on pas à la fin de l'État-nation comme étant regardé comme l'horizon indépassable ?

---

<sup>1</sup> M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1952, p. 32.

<sup>2</sup> D. ROUSSEAU, A. VIALA, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. « Pages d'amphi », 2004, p. 9.

<sup>3</sup> H. ROUSSILLON, Préface, « Le Big Bang et la pyramide », in *Les nouveaux aspects du droit constitutionnel*, H. ROUSSILLON, X. BIOY et St. MOUTON (Dir), Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 11.

La souveraineté étatique n'est-elle pas menacée ? Ne faut-il pas « s'intéresser aux facteurs contemporains qui de multiples façons, aboutissent » à « relativiser » l'État contemporain<sup>4</sup> et à reconsidérer la souveraineté ? Effectivement, « L'État est travaillé par un double mouvement : D'un côté, les États se trouvent volontairement engagés dans des mouvements d'association avec d'autres États qui modifient leur environnement international proche. Des transpolitiques de nature non étatique s'organisent, par la volonté des États (...). La plus remarquable de ces transpolitiques est sans doute l'Union européenne »<sup>5</sup>. On assiste à un « déplacement du pouvoir de décision unilatéral des États vers des modalités d'exercice en commun de la décision » qui « est l'un des aspects les plus visibles de la relativisation contemporaine de l'État devenu membre de l'Union, l'État communautaire qui se caractérise par la perméabilité de son ordre juridique à des normes issues d'institutions communes par lesquelles il est représenté, mais où il exerce en commun avec les autres États membres, les compétences attribuées à ces institutions constitutionnelles »<sup>6</sup>. « Mais l'État est aussi engagé, volens nolens, dans le processus complexe de la globalisation »<sup>7</sup>.

La citoyenneté n'est-elle plus seulement nationale puisqu'a été instituée une citoyenneté de l'Union européenne par le Traité de Maastricht ?

Les formes d'État n'ont-elles pas été adaptées avec les États régionaux<sup>8</sup> ?

La nature, l'esprit des droits et libertés n'ont-ils pas évolué en passant des droits individuels avec les libertés-résistances, aux droits collectifs avec les libertés-créance et enfin aux droits et devoirs environnementaux de la troisième génération ?

N'assiste-t-on pas à une mutation de la séparation des pouvoirs évoluant d'une conception de la séparation s'articulant autour de grandes fonctions d'édition et d'exécution des normes à une séparation voyant collaborer le Parlement et l'exécutif face au pouvoir juridictionnel ?

Le régime représentatif classique n'a-t-il pas vécu, en raison de la « crise de la représentation », cette identification des gouvernés aux gouvernants, qui est en réalité une crise de légitimité politique, de confiance dans le « métier » politique, avec le développement de la démocratie semi-directe et plus récemment, de la démocratie participative et l'émergence de la démocratie d'opinion, laissant la place ainsi à de nouvelles légitimités ?

La typologie des régimes politiques est-elle toujours pertinente en raison de régimes tel que celui de la V<sup>e</sup> République ?

Les constitutions ne se sont-elles pas enrichies de déclarations et préambules du fait de la dynamique des droits fondamentaux, mais aussi de la garantie de ces droits ? Et ne sont-elles pas devenues la norme fondamentale au plan national

<sup>4</sup> V. CONSTANTINESCO, St PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2007, p. 267.

<sup>5</sup> *Ibid*, p. 314-315.

<sup>6</sup> *Ibid*, p. 315.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 315.

<sup>8</sup> « Les formes d'État, aujourd'hui », *Politeia*, n° 12, 2007.

grâce au développement du contrôle de constitutionnalité, ce qui est révélateur du passage de l'État légal à l'État de droit ? Mais le droit constitutionnel n'est-il pas devenu un droit jurisprudentiel au contenu très technique à cause de l'interprétation très audacieuse du juge constitutionnel au point que ce dernier apparaît comme colégislateur et que l'État devient soumis au juge ? Certes, une inconstitutionnalité peut être surmontée par l'appel au législateur constitutionnel souverain par « *un lit de justice* », selon l'expression du doyen VEDEL<sup>9</sup>, ce qui légitime la légitimité seconde du juge constitutionnel, pouvoir constitué<sup>9</sup>. Mais ceci aboutit, comme le souligne Oliver BEAUD, à une dénaturation de la constitution laquelle peut être ajustée au fur et à mesure des circonstances, si bien qu'elle cesse d'être une loi fondamentale au sens matériel du terme d'autant plus que le Parlement, réuni en Congrès, pourra « *légaliser* » une mesure liberticide<sup>10</sup>.

Les constitutions ne se sont-elles pas internationalisées du fait de leur soumission à des règles internationales ? Ceci se manifeste de trois façons<sup>11</sup>. D'abord, par « *l'internationalisation de l'exercice du pouvoir constituant national* » car « *certains États doivent leur existence même à des conventions internationales* »<sup>12</sup>, telle la Constitution de Bosnie du 14 décembre 1994. Par ailleurs, par le contrôle juridictionnel opéré par des juridictions externes sur les juridictions constitutionnelles étatiques, telle la Cour EDH, qui contrôle leur impartialité et leur indépendance. Enfin, du fait que les constitutions nationales définissent les modalités des relations de leur État avec les autres États<sup>13</sup>, le droit constitutionnel s'est internationalisé. C'est ainsi, en particulier, qu'on assiste à une « *européanisation* » des constitutions<sup>14</sup>, notamment en France qui, depuis le traité de Maastricht de 1992, consacre un long titre XV à la construction européenne.

Dès lors, on assiste à l'époque contemporaine à une mutabilité de la constitution et, plus généralement, du droit constitutionnel dont les repères classiques sont brouillés.

## II. – L'ÉLARGISSEMENT DU CHAMP DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Le champ du droit constitutionnel s'élargit.

Il s'agit d'abord de l'environnement qui fait partie de la bien-pensance conjoncturelle, laquelle instrumente et récupère l'émotion publique. L'écologie fait partie d'une dévotion ardente pour ne pas dire d'une nouvelle religiosité au nom d'un dessein grandiose, sauver la planète, relayée par le pilonnage médiatique. Pourtant, il faut revenir sur terre et ne pas céder à la passion, mais se montrer dubitatif. La constitutionnalisation en 2005 de la Charte de l'environnement adoptée en 2004, qui est « adossée » à la Constitution de 1958 par l'intermédiaire de son pré-

<sup>9</sup> G. VEDEL, « La parité vaut mieux qu'un marivaudage législatif », *Le Monde*, 8 décembre 1998.

<sup>10</sup> O. BEAUD, « Malaise dans la constitution », *Libération*, 2 décembre 1993.

<sup>11</sup> V. CONSTANTINESCO, St PIERRÉ-CAPS, *op. cit.*, p. 244.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 262.

ambule, introduit « *un nouvel objet du droit constitutionnel* »<sup>15</sup> qui dépasse les traditionnelles institutions politiques. Mais, poser par des dispositions constitutionnelles des normes formelles, sans réelle portée normative, qui donnent aux droits fondamentaux une perspective environnementale et transgénérationnelle, relève d'un « néo-constitutionnalisme », avec une nouvelle finalité assignée à l'État, mais qui conduit à une conciliation des nouveaux principes avec les droits et libertés constitutionnellement protégés<sup>16</sup>, alors même que « *les principes environnementaux et les droits civils et politiques ne se situent pas au même plan* »<sup>17</sup>. Ils donnent au juge constitutionnel une marge d'appréciation supplémentaire considérable quant à la hiérarchisation des droits.

Par ailleurs, l'influence du droit constitutionnel français sur les autres « branches » du droit connaît un regain d'intérêt avec l'introduction, par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010. Le droit constitutionnel redevient une discipline carrefour. Mais elle pose la question de la prise en compte implicitement des jurisprudences européennes par le Conseil constitutionnel et de la banalisation du droit constitutionnel du fait de son entrée dans le prétoire, le rendant « ordinaire », technique, et le privant de sa spécificité quasi ontologique de droit politique « sacré » sous prétexte de juridicisation et de scientificité.

Enfin, le droit international, particulièrement européen, s'est constitutionnalisé. Effectivement, au fur et à mesure de l'évolution de la construction européenne, on assiste à une constitutionnalisation du droit européen, essentiellement communautaire mais aussi du droit de la Convention EDH.

En effet, « *l'ordre juridique communautaire est traversé par un processus de constitutionnalisation que la CJCE a tracé et qui a été poursuivi* »<sup>18</sup>. Elle a interprété extensivement, et de façon prétorienne, les traités communautaires en considérant dans son avis 1/76 qu'ils constituent la « *constitution interne de la Communauté* ». Dans son arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts »*, elle a défini la CEE comme « *une Communauté de droit en ce que ni ses États membres, ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qui est le traité* », ce dernier étant qualifié dans son avis 1/91 de « *charte constitutionnelle d'une Communauté de droit* ».

Partant de là, après le passage à une construction politique en 1992 avec le traité de Maastricht, il n'était pas étonnant de doter l'Union d'une constitution. C'est ce qui a été tenté, non sans ambiguïté, avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe de 2004 qui fait ressortir les éléments constitutionnels déjà insidieu-

<sup>15</sup> X. BIOY, « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou : qu'est-ce que constitutionnaliser ? », in H. ROUSSILLON, X. BIOY, S. MOUTON (Dir), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 25-58.

<sup>16</sup> F. BOUYSSOU, « L'environnement : nouveaux droits de l'homme ou droit liberticide », *Pouvoir et liberté*. Etudes offertes à Jacques MOURGEON, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 535.

<sup>17</sup> X. BIOY, *op. cit.*, p. 55.

<sup>18</sup> M.-F. VERDIER, Editorial, « Les formes d'État aujourd'hui », *Politeia*, n° 12, 2007, p. 47-48.

sement présents du fait notamment de la jurisprudence expansionniste de la CJCE. La Constitution envisagée était un « traité constitutionnel » posant explicitement conventionnellement le principe de primauté, alors qu'il était jurisprudentiel, mais ne modifiant pas le fait essentiel que l'Union était fondée sur l'accord des États membres. Elle était enrichie de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dotée de la valeur juridique. Si le projet constitutionnel qui posait les jalons d'une constitution formelle n'a pas été adopté du fait du refus de deux peuples fondateurs de l'Europe en 2005, les Français puis les Néerlandais, il n'en demeure pas moins que le traité de Lisbonne de 2007 actuellement en vigueur reste dans la continuité du traité constitutionnel et constitue un nouveau vecteur de constitutionnalité. Certes, ce traité abandonne le terme constitution et tous les attributs constitutionnels tels que les symboles de l'Union et les expressions « lois » et « ministre des Affaires étrangères de l'Union ». Il ne remplace pas non plus les traités antérieurs par un texte unique puisqu'il se borne à les modifier. Mais il octroie la personnalité juridique à l'Union, avec comme conséquence la suppression de la structure en piliers, il met l'accent sur les valeurs européennes communes et les objectifs de l'Union, il affirme que la Charte des droits fondamentaux signée à Nice en 2000 aura la même valeur juridique que les traités, lui consacrant ainsi un rang de droit primaire, et il accroît les compétences de l'Union. La constitution matérielle de l'Union s'avère ainsi enrichie. L'Union n'est donc plus un vain politique et représente une union sans équivalent, dotée d'un système institutionnel particulier, et d'un ordre juridique intégré aux ordres juridiques internes et distinct de l'ordre juridique international avec des éléments croissants de fédéralisme sans que le Rubicon fédéral ne soit franchi. Cette construction d'une structure politique au-dessus des États membres a été qualifiée d'« *objet politique non identifié* » et de « *fédération d'États-nations* » par Jacques DELORS, de « *fédéralisme intergouvernemental* » et de « *République sans État* » par Jean-Louis QUERMONNE, d'« *animal politique* » par Charles LEBEN et serait même l'ébauche d'une « *structure postétatique* », une sorte d'« *État supranational* » selon Jean-Marc FERRY.

Dès lors, l'évolution de la construction européenne « *met la doctrine devant le dilemme d'élaborer un concept capable de définir cet "objet politique non identifié"* »<sup>19</sup> puisque « *les termes étatiques du droit public classique sont incapables de rendre compte du phénomène de la Fédération et de la res publica composita* »<sup>20</sup>.

Cette fin du lien consubstantiel entre les notions d'État et de Constitution n'est pas seulement l'œuvre de la Cour de Luxembourg et des traités communautaires, mais aussi de la Cour de Strasbourg qui qualifie la Convention EDH, dans l'arrêt *Loizidou c/ Turquie* du 23 mars 1995, d'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> K. BLAIRON, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'États », *Politeia*, n° 5, 2004, p. 315.

<sup>20</sup> O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP*, 1998, p.88.

<sup>21</sup> Cour EDH *Loizidou c/ Turquie* du 23 mars 1995, req. 15318/89, cons. n° 75. Cette qualification « - dépouillée du terme "constitutionnel" semble devoir être comprise non au sens du droit interne, mais dans son acception matérielle d'élément structurant et ne sera plus réemployé par la suite (exception faite le 12 décembre 2001, *Bankovic et al. c/ 17 États*

Dès lors, le droit constitutionnel européen désigne non seulement le droit de l'Union européenne, mais aussi celui de la Convention EDH.

### III. – LA DÉSACRALISATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Tout d'abord, la souveraineté s'avère relativisée, voire dénaturée. Élément constitutif de l'État, elle perd progressivement de sa substance du fait que l'État s'engage dans des organisations internationales supranationales telle que l'Union européenne. Effectivement, avec le processus d'intégration communautaire, les États membres, appelés désormais États communautaires<sup>22</sup>, abandonnent leur pouvoir ultime de décision. Certes, ils acceptent souverainement de transférer certaines de leurs compétences par une délégation de ces dernières. Mais les transferts ont été si importants que s'agissant notamment de la France, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'ils « *portaient atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale* » si bien qu'il a fallu réviser à plusieurs reprises notre constitution nationale préalablement à la ratification de certains traités sur l'Union européenne. Ainsi, des compétences liées à la souveraineté de l'État et à ses fonctions régaliennes telles que la monnaie, la sécurité, l'immigration et l'asile ne sont plus exercées exclusivement par les États membres de l'Union, mais en commun avec les autres États au niveau communautaire. Au demeurant, « *l'État communautaire, à la différence de l'État fédéré, demeure souverain, comme en atteste le fait que le traité de Lisbonne prévoit expressément un droit de retrait pour chaque État, i.e. un droit de sécession. Mais le principe jurisprudentiel de primauté tel que dégagé par la Cour, expressément affirmé par une déclaration annexée au traité, se trouve en contradiction avec la Constitution, ce qui témoigne du fait que l'Union européenne transforme les conditions d'exercice de la souveraineté des États en affectant la substance de leur souveraineté. Les compétences exclusives des États décroissant avec leur consentement et leur concours, le contenu de la souveraineté interne des États s'étiole et devient progressivement une coquille vide. Quant à la souveraineté internationale, eu égard au dynamisme du droit communautaire, le traité de Lisbonne faisant accéder l'Union à la personnalité juridique et instituant un Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, il fait donc de l'Union un acteur des relations internationales, si bien que la capacité des États à affirmer leur indépendance sur la scène internationale sera en régression* »<sup>23</sup>. Or, « *un État qui perd ou abandonne sa souveraineté interne ou externe, n'en est plus un* »<sup>24</sup>. Dès lors, il faut reconsidérer ce que recouvre désormais le mot « souveraineté » pour un État communautaire, son contenu s'avérant de plus en plus fictif, si bien qu'on assiste à un essoufflement de l'âge d'or étatique et donc, à une morphologie postmoderne de l'État avec sa désagrégation.

Par ailleurs, la représentation est concurrencée, voire discréditée. Effectivement, un « *démo-despotisme* » se développe dans les démocraties représentatives

---

*membres de l'OTAN – sera pérennisée par le juge européen* », in F. Sudre, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2009, p. 9.

<sup>22</sup> A. PEREZ CALVO, « La dimension communitaria del Estado en Europe occidental », *Civitas Europa*, n° 1, 1998, p. 19-34.

<sup>23</sup> M.-F. VERDIER, Editorial, « Les formes d'État aujourd'hui », *op. cit.*, p. 48-49.

<sup>24</sup> A.-M. LE POURHIEU, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 2010, p. 9.

contemporaines provenant de « *l'emprise de nouvelles avant-gardes se prétendant éclairées, (...) de nouveaux clercs (experts, juristes, "sages" et autres montreurs de conduite) souvent en lisière du pouvoir apparent* » qui « *veulent conduire le monde et les peuples dans la bonne direction, au besoin en forçant leurs réticences, puisque c'est pour leur plus grand bien* »<sup>25</sup>. « *Convaincus de leur vocation d'analyses et d'interprètes des aspirations de "la société civile", ils se posent en colégislateurs. Confités dans leur archaïsme, protégés dans le cocon auto-justificateur qu'ils tissent pour eux et autour d'eux, ils sont les maîtres de la parole et de la propagande* »<sup>26</sup>. « *Les "bullocrates"*<sup>27</sup> *deviennent les "papes de la branchitude" qui font et défont les tendances. Ils prescrivent des orientations, voire dictent au pouvoir des décisions à prendre, qui sont intenable si elles ne sont pas étayées sur une légitimité politique. Or, précisément, ils dessaisissent le législateur de ses marges de choix politiques et aggravent ainsi la crise de légitimité dont ils font pourtant le diagnostic. La démocratie représentative se trouve ainsi progressivement court-circuitée par cette oligarchie technocratique* »<sup>28</sup>, laquelle échappe à toute responsabilité et tue le politique. Effectivement, les représentants se s'abandonnent eux-mêmes. Ils perdent leur fonction de décision car ils laissent d'autres se substituer à eux par leur intégration de leur propre subordination. Ainsi, le gouvernement représentatif fait place à la gouvernance démocratique qui ne gouverne plus et, au nom des « *valeurs démocratiques* », « *la paralysie politique de la démocratie* » a été instituée<sup>29</sup>.

A cela s'ajoute le despotisme technocratique « *éclairé et doux* » de l'Union européenne, selon le mot de Jacques DELORS<sup>30</sup>, l'« *expertocratie européenne* »<sup>31</sup> irresponsable. « *Le procès des "eurocrates" est quotidiennement instruit car, bien qu'auréolés d'une compétence sectorielle, ils sont coupés des réalités et prennent des décisions importantes sous la pression de groupes corporatifs et sans engager leur responsabilité, ce qui conduit à l'autisme et à l'isolement politique. Surtout, le processus de prise de décision est largement opaque et n'est pas soumis à un contrôle démocratique suffisant, malgré l'extension du rôle du Parlement européen* »<sup>32</sup>. L'« *eurooligarchie* »<sup>33</sup> provient de ce que la construction européenne est

<sup>25</sup> B. CUBERTAFOND, « Essai sur un despotisme post-moderne : le démo-despotisme », *Annuaire français des RI*, Bruxelles et Paris, Bruylant, La documentation Française, 2004, p. 73.

<sup>26</sup> M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple. De ses dérives », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, 2008, p. 1074.

<sup>27</sup> J.-F. KAHN, *Les bullocrates*, Paris, Fayard, 2006, spéc. P. 107-148.

<sup>28</sup> M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple », *op. cit.*, p. 1087.

<sup>29</sup> P. MANENT, *La raison des nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, L'esprit de la Cité, 2006, p. 59.

<sup>30</sup> Selon J. DELORS, l'Union européenne serait « *une construction à l'allure technocratique et progressant sous l'égide d'une sorte de despotisme doux et éclairé* ». *Conf. note n° 14*.

<sup>31</sup> B. CUBERTAFOND, « Essai sur un démotisme post-moderne le démo-despotisme », *Annuaire français des relations internationales*, Bruxelles et Paris, Bruylant, la documentation Française, 2009, p. 80.

<sup>32</sup> M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple. De ses dérives », *op. cit.*, p. 1088.

minée du péché originel de « déficit démocratique ». Aussi, est-elle de plus en plus perçue par les citoyens comme une construction technocratique, mais sans visage, qualifiée de « clandestine » car, durant un demi-siècle elle s'est présentée comme relevant plus du « technique » que du politique, des experts et des technocrates que des partis et des peuples, tant étaient craintes par les pouvoirs publics et privés les réactions populaires<sup>34</sup>. Effectivement, depuis 1992 avec le traité de Maastricht, « la version européenne de l'empire démocratique se signale par la radicalité avec laquelle elle détache la démocratie de tout peuple réel et construit un kratos sans démos. Ce qui tient le kratos, désormais, c'est en somme l'Idée de démocratie »<sup>35</sup>. D'ailleurs, « l'Europe et la démocratie sont-elles compatibles ? »<sup>36</sup> Ne pas consulter les peuples pour la ratification des traités importants ou considérer qu'ils commettent « une erreur » quand ils repoussent les traités si bien qu'« un référendum de la deuxième chance est organisé »<sup>37</sup>, c'est « commettre un déni de démocratie »<sup>38</sup>. Dès lors, « ce n'est plus l'élite qui représente le peuple mais le peuple qui est sommé de représenter le choix de l'élite »<sup>39</sup>. « Puisque le peuple vote contre le gouvernement, il faut dissoudre le peuple, ironisait en son temps Bertold BRECHT. »<sup>40</sup>

En conséquence, la légitimité de certains pouvoirs ne s'explique pas clairement si bien que l'on voit bien que le rapport qui unissait les gouvernants et les gouvernés est à la recherche d'un autre fondement.

De plus, la constitution n'apparaît plus comme la norme suprême, du fait de l'interpénétration institutionnelle du système supranational de l'Union européenne avec les systèmes nationaux. D'une part, la CJCE a très tôt structuré le système communautaire par son « activisme »<sup>41</sup> supranational en adoptant une interprétation téléologique des traités. « Dans la perspective de la nécessaire uniformité d'application du droit communautaire, exigence consubstantielle de la notion même de communauté, elle a affirmé de façon prétorienne le principe de primauté du droit de l'Union dans son célèbre arrêt du 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, incluant expressément les normes constitutionnelles dans son arrêt du 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft ». En outre, elle considère cette primauté comme absolue, comme en témoigne l'arrêt Kreil du 11 janvier 2000 qui a constaté la contrariété entre le droit communautaire et la Loi fondamentale allemande. La

<sup>33</sup> F. de BERNARD, *L'emblème démocratique. Le gouvernement du petit nombre*, Paris, Ed. Mille et une nuits, Les petits livres, p. 50.

<sup>34</sup> R. CHARVIN, « Tuer le politique », in *Mélanges en l'honneur de Solobodan Milacic*, *op. cit.*, p. 800.

<sup>35</sup> P. MANENT, *op. cit.*, p. 16.

<sup>36</sup> J.-M. DENQUIN, « L'Europe et la démocratie sont-elles compatibles ? », *Politeia*, n° 6, 2001, p. 157-160.

<sup>37</sup> B. CUBERTAFOND, « Le léninisme médiatico-gramscien : Bodin et Rousseau assaillis par Lénine et Gramsci », *Politeia*, n° 6, 2004, p. 115.

<sup>38</sup> M.-F. VERDIER, « L'europanisation de la Constitution française », *Politeia*, n° 8, 2005, p. 378.

<sup>39</sup> F. VAN GAVER, « Vers la post-démocratie », *La Nef*, n° 181, avril 2007, p. 29.

<sup>40</sup> Cité par F. VAN GAVER, *ibid.*

<sup>41</sup> Voir notamment J. BAQUEROUIZ, « The changing constitutional role of the European Court of Justice », *International Journal of Legal Information*, vol. 34, 2006, p. 223-245.



responsabilité de l'État peut même être engagée en cas de préjudices résultant de la violation du droit communautaire depuis l'arrêt *Francovitch* de la CJCE du 19 novembre 1991, responsabilité qui s'applique aux cours suprêmes depuis l'arrêt *Köbler* du 30 septembre 2003<sup>42</sup>. D'autre part, par le moyen des renvois préjudiciels des juridictions internes, la CJUE assure l'unité d'interprétation du droit communautaire. En effet, cela se vérifie « *par le biais du mécanisme de la question préjudicielle, par lequel les arrêts de la CJCE sur les questions d'interprétation ou de validité du droit communautaire doivent être considérées par la juridiction nationale de renvoi en cause comme s'imposant dans l'ordre juridique interne* »<sup>43</sup>. Ceci vaut également pour les juridictions autres que celle ayant opéré le renvoi car le dispositif de l'arrêt préjudiciel « [s'incorpore] à la norme interprétée et [conditionne] son application par l'ensemble des juridictions nationales »<sup>44</sup>. « Cette conception répond à la fonction attribuée à la Cour par l'article 177 visant à assurer l'unité de l'interprétation du droit communautaire dans les six États membres »<sup>45</sup>. Et c'est ainsi que le Conseil d'État et la Cour de cassation tirent « les leçons d'arrêts de la Cour de justice comme s'ils avaient force de loi, allant même jusqu'à les citer comme tels »<sup>46</sup>. Certes, « les juridictions françaises doivent appliquer le droit français à la lumière du droit européen. Cela semble comprendre (...) aussi l'interprétation qu'en fait la jurisprudence européenne. Cette solution, nécessaire, vient cependant heurter de front la prohibition des arrêts de règlement ». Mais « la jurisprudence de la CJCE est sujette à revirements »<sup>47</sup>. C'est donc « le sort de la démocratie en Europe qui est en cause »<sup>48</sup>.

Plus globalement, avec les avancées de la construction communautaire, la constitutionnalisation devient « locale », « provinciale », et la représentation nationale rabaissée. D'une part, les parlements doivent voter des lois conformes au droit communautaire, d'autre part, leurs travaux sont de plus en plus consacrés à la transposition de directives, si bien qu'ils sont ravalés au rôle de chambres d'enregistrement du droit communautaire. Enfin, la démocratie « connaît des dérives, voire des dérives et s'avère parfois frelatée »<sup>49</sup> si bien qu'on assiste à un enlisement, à une crise de la démocratie. Plusieurs phénomènes y contribuent. Il est d'abord légitime de se demander si la démocratie n'est pas « débordée par le gouvernement d'opinion »<sup>50</sup>, l'opinion publique en constituant son « expression "post-

<sup>42</sup> M.-F. VERDIER, Editorial « Les formes d'État aujourd'hui », *Politeia*, n° 12, 2007, p. 46.

<sup>43</sup> N. WALKER, « Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales : cartographie du désordre global des ordres normatifs », in *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, H. RUIZ FABRI et M. ROSENFELD (dir), Société de législation comparée, 2011, p. 53. Cf. traité CE, articles 234 et 220.

<sup>44</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, n° 579.

<sup>45</sup> CJCE, *Da Costa*, 27 mars 1963, *Rec.* p. 61.

<sup>46</sup> J. HUET, « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de règlement et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *La Semaine juridique*, Edition générale, n° 17, 25 avril 2011, p. 791.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 790.

<sup>49</sup> M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple. De ses dérives », *op. cit.*, p. 1074.

<sup>50</sup> S. MILACIC, « Faut-il réinventer la démocratie ? Du néodémocratismë pour équilibrer le néolibéralismë », *Politeia*, n° 5, 2004, p. 450.

moderne" »<sup>51</sup>. « En effet, la démocratie d'opinion se développe avec le "sondage". Elle contribuerait à la "démocratie continue"<sup>52</sup> et instantanée »<sup>53</sup>. Or, « ceci constitue une tragédie pour la démocratie car la plupart des hommes politiques et des aspirants au pouvoir se prosternent devant la masse épaisse et flottante des idées en cours. Elle peut, finalement, transformer la politique en une "impolitique" »<sup>54</sup>, et être « vidée du politique »<sup>55</sup>. De plus, la démocratie n'est-elle pas « éclipsée par l'État des droits »<sup>56</sup>, dissoute dans les droits de l'homme et du citoyen ? En effet, avec « le discours sur les droits de l'homme, cette nouvelle idéologie dominante », « ce droit-de-l'hommeisme ambiant, ce messianisme démocratique », la démocratie est « réduite aux droits fondamentaux et individuels de l'homme » primant le droit des hommes et n'est plus « conçu comme un système politique organisant la démocratie politique et protégeant le pluralisme des pouvoirs »<sup>57</sup>. Dès lors, « les droits de l'homme deviennent une politique »<sup>58</sup>, mais « contribuent à tuer le politique par le simplisme qu'ils engendrent dans les esprits et les comportements et la crainte du néo-totalitarisme, indéfinie, favorise l'acceptation de tous les autoritarismes sécuritaire »<sup>59</sup>. Enfin, la démocratie n'est-elle pas en prise à des dérives populistes ? Du fait, de la crise mondiale, l'extrême droite progresse en Europe, bien que l'autoritarisme soit prégnant car l'on assiste à « la Fin du courage »<sup>60</sup> politique.

Ne faut-il pas alors « réinventer la démocratie »<sup>61</sup> ?

En définitive, le droit constitutionnel moderne est en pleine mutation. C'est un droit vivant qui s'est diversifié et émancipé de ses fondements classiques, « légitimité, représentation, souveraineté, nation, volonté générale, unité, indivisibilité... Autant de notions qui résonnent comme un air ancien et suranné, en tout cas qui semblent témoigner d'un monde révolu ou en passe de l'être »<sup>62</sup>. Mais ce droit constitutionnel postmoderne dont les frontières sont perméables, n'est-il pas un trompe-l'œil tuant le politique et n'est-il pas dans une démarche à la Sisyphe ? Qui

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 451.

<sup>52</sup> D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

<sup>53</sup> M.-F. VERDIER, « La démocratie sans et contre le peuple. De ses dérives », *op. cit.*, p. 1090.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> R. CHARVIN, « Tuer le politique », in *Mélanges en l'honneur Slobodan MILACIC*, *op. cit.*, p. 790.

<sup>56</sup> S. MILACIC, « La démocratie éclipsée par l'État des droits », in *Mélanges offerts au professeur Michel Lesage, L'État et le droit d'Est en Ouest*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

<sup>57</sup> M.-F. VERDIER, *op. cit.*, p. 1083-1084.

<sup>58</sup> M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, Coll. Tel, 2002, p. 326-385.

<sup>59</sup> R. CHARVIN, *op. cit.*, p. 793.

<sup>60</sup> C. FLEURY, *La Fin du courage*, Paris, Fayard, 2010.

<sup>61</sup> S. MILACIC, « Faut-il réinventer la démocratie ? (...) », *op. cit.*

<sup>62</sup> A. PÊCHEUL, « Rapport de synthèse », in *Légitimité du pouvoir politique et répression*, Actes de colloque organisé par le Centre de recherches Hannah ARENDT, les 27 et 28 mars 2008, Paris, Cujas, 2008, p. 219.

s'ouvre, certes, au-delà des frontières traditionnelles, mais qui finalement s'avère dénaturé, passant d'un droit sacré à un droit ordinaire, trivial, qui s'étiole.

Dès lors, le droit constitutionnel renaîtra à condition qu'il redevienne un droit sacré, le droit des droits, le droit matriciel, le droit du politique. Mais c'est l'affaire des gouvernants et surtout des constituants, ce qui est une autre histoire. Car, derrière leur volonté apparente de le faire prospérer, ne trouve-t-on pas en réalité une pusillanimité, notamment s'agissant de la primauté des ordres juridiques externes, le vouloir de l'affaiblir ? Et alors, l'avènement d'un droit transconstitutionnel ?