



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

CONFERENCE PROCEEDINGS / KONFERANS BİLDİRİSİ

Singularité et Mutations du Droit Public en Droit Français: Le Point de Vue du Constitutionnaliste*

Bertrand Mathieu** 

L'existence d'un droit public renvoie à une longue histoire. Ainsi, c'est à Rome que l'on doit à distinction entre le droit public et le droit privé qui ouvre la grande compilation des lois romaines qu'est le *digest*, élaboré sur les ordres de l'empereur justinien en 533 après Jésus-Christ.

En réalité, dans tous les Etats, il existe bien des droits publics relatif à l'exécution par les branches législatives ou exécutives de leurs fonctions constitutionnelles.

Cependant dans certains cas ces règles et ces institutions sont regardées comme ne pouvant être soustraites à la connaissance des juges de droit commun. Parfois au contraire, la distinction entre droit privé et droit public structure le droit et lui donne sa colonne vertébrale¹.

Le modèle français est celui d'un Etat fort d'un Etat qui s'affirme comme puissance.

A cette notion de droit public se rattachent des concepts comme ceux de l'intérêt général qui en est la raison d'être, ou de la puissance publique qui a vocation à le satisfaire.

La puissance publique et le terme par lequel on définit le pouvoir administratif dont la fonction n'est rien d'autre que l'application de la loi à tous.

¹ E. Zöller, *Introduction au droit public* (Dalloz 2006) 1.

* Ce texte est une version révisée de la conférence du même titre que l'auteur a donnée à la Faculté de droit de l'Université d'Istanbul, Ord. Siddik Sami Onar Centre de recherche et d'application du droit administratif, le jeudi 5 septembre 2024.
This texte is a revised version of the conference of the same title given by the author at Istanbul University Faculty of Law, Ord. Siddik Sami Onar Centre for Research and Application of Administrative Law, on Thursday 5 September 2024.

** **Correspondence to:** Bertrand Mathieu Ancien conseiller d'Etat (S.E.), Professeur émérite de l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne, Paris, France, E-mail : Bertrand.Mathieu@univ-paris1.fr, ORCID : 0000-0003-4020-3761

To cite this article: Mathieu, Bertrand. "Singularité et mutations du droit public en droit français: Le point de Vue du constitutionnaliste" (2023) 23 İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 227. <https://doi.org/10.26650/ihid.23.007>



En droit français le pouvoir administratif est une puissance parce qu'il est soustrait au contrôle du pouvoir judiciaire à l'inverse des systèmes de *common law* dans lequel il est toujours possible à l'individu d'en appeler au pouvoir d'équité des cours de justice.

En France, le juge administratif a tout naturellement appliqué à l'administration un droit adapté aux finalités qui sont les siennes. La notion de prérogative de puissance publique joue un rôle central en droit public français la prérogative de puissance publique est le critère qui permet d'identifier la compétence des juridictions administratives celles-ci ont en principe vocation à ne s'intéresser aux seules affaires qui mettent en jeu des prérogatives de puissance publique, les autres relèvent des juridictions de droit commun

Ainsi, la dualité des juridictions de droit public et des juridictions de droit privé n'a pas d'autre justification que la conviction que les affaires qui regardent la source publique ne sont pas de même nature que celles qui intéressent la multitude des causes privées².

I. Remarques préliminaires sur l'évolution du droit public

Cependant l'évolution du droit est marquée par une hybridation du droit public et du droit privé. Plusieurs facteurs en sont la cause. J'en citerai quelques-uns.

D'une part, le 20^e siècle a vu un prodigieux développement des services publics et la constitution d'un secteur public. La frontière entre les activités des autorités publiques et celles des particuliers s'est déplacée et l'autonomie de la sphère privée a été envahie par des règles de droit public. C'est l'une des conséquences du développement de ce que l'on a appelé l'Etat-providence.

D'un autre point de vue, l'Union européenne, comme le Conseil de l'Europe, participent à une forme de dépassement et de brouillage de la frontière entre la sphère du public et la sphère du privé. C'est toute l'ambiguïté de l'Union européenne qui est construite comme un système politique mais qui fonctionne essentiellement avec des instruments de droit privé. En ce sens, les administrations, et les juridictions administratives, lorsqu'elles existent, sont amenées à appliquer des règles qui traditionnellement relèvent du droit privé. Ainsi, La Cour de justice de l'Union européenne, comme la Cour européenne des droits de l'homme, jouent un rôle central dans la limitation de la capacité des États membres à imposer leurs propres règles à des acteurs privés issus d'autres États membres.

Par ailleurs, les droits fondamentaux, issus du droit public, international, supranational ou constitutionnel, s'immiscent dans l'ensemble des rapports relevant du droit privé.

² Zöller (n 1) 218.

Enfin dans un contexte d'insécurité, sanitaire, géopolitique, environnemental, publique, les citoyens ont tendance à faire de plus en plus appel au parapluie étatique pour les protéger, engendrant ainsi le développement de règles qui relèvent du droit public.

Le succès du principe de sécurité juridique et la constitutionnalisation des exigences qui en relèvent est de ce point de vue révélateur³.

Le risque est un phénomène qui occupe dans les sociétés contemporaines une place à la fois considérable et paradoxale. Ce paradoxe réside dans la conjonction de deux phénomènes, l'augmentation des risques dus à l'activité humaine et le refus de l'acceptation du risque. Le premier de ces éléments doit être relativisé, ou plus exactement l'appréciation dont il fait l'objet doit être pondérée. Les risques naturels n'ont pas augmenté. En revanche, la volonté de l'homme de maîtriser, la nature, la vie végétale et animale et son propre développement, génère des risques nouveaux caractérisés par leur enjeu qui devient global, susceptible d'affecter la planète, les espèces animales et végétales et l'espèce humaine elle-même. L'homme a toujours sélectionné les espèces végétales ou animales, à son propre profit, la tentation eugénique a été particulièrement forte alors que la médecine connaissait de grands progrès, notamment au début du XX^e siècle. Il n'en reste pas moins que la main de l'homme était légère, au diapason de la faiblesse de ses moyens techniques. L'homme sait mieux qu'hier se protéger des risques naturels, il sait aussi en générer de nouveaux, dont les potentialités sont ignorées ou fantasmées, mais non maîtrisées. La sécurité, juridique, scientifique, ménagère, sanitaire, alimentaire devient le but ultime de la régulation sociale. Face à un individu dont l'irresponsabilité a été largement développée par la culture des droits subjectifs et de l'Etat providence, les politiques tentent de conjurer le risque par l'incantation législative et le développement d'interdits qui protègent du choc des idées, du choc des carrosseries automobiles, des chutes dans les piscines, des méfaits du tabac

Le recours à la sécurité juridique manifeste de ce point de vue le rôle de l'Etat dans la sécurisation des relations économiques alors que, comme le relève Jean-François Auby⁴, le droit de la globalisation encourage la compétition entre les systèmes juridiques.

Dans un autre sens le développement, tout du moins en Occident, d'un individualisme, souvent lié à des formes de communautarisme tend à affaiblir la portée du concept d'intérêt général qui constitue, comme on l'a dit, la raison d'être du droit public et de la puissance publique.

³ Cf. A. N. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français* (LGDJ 2005).

⁴ J. F. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat* (Montchrestien 2003).

La création et le développement des autorités administratives indépendantes témoigne également d'une certaine forme d'hybridation. Depuis la fin des années 1970, en France, le Gouvernement et le législateur ont développé une tendance à se défaire de leur responsabilité sur des organes indépendants concernant la régulation de secteurs sensibles comme celui de la communication, de l'information ou de la Bourse. D'autres organes qui n'ont pas le statut d'autorité administrative indépendante, en ce qu'ils ne prennent pas véritablement des décisions, obéissent d'une certaine manière à la même logique, c'est-à-dire substituer à la légitimité démocratique une légitimité des sages et des experts. Il en est ainsi, par exemple, du Comité consultatif national d'éthique. Ce développement s'inscrit dans un contexte dans lequel les autorités de l'État n'ont plus le monopole de la régulation, comme en témoigne, dans d'autres domaines, le rôle joué par les grandes entreprises, les organisations internationales, gouvernementales ou non, les institutions financières

De ce survol, il est difficile de conclure soit en faveur d'un affaiblissement du droit public, soit en faveur de son renforcement. Ce sont en tous cas de nouveaux équilibres qui se construisent par une mutation de l'ordre juridique.

C'est au travers d'une analyse rapide de l'évolution du droit constitutionnel que je voudrais essayer de tracer quelques pistes.

Analyser l'évolution du droit constitutionnel depuis vingt ans, c'est s'inscrire dans un mouvement de conquête, de colonisation diront certains, qui s'est opéré dès l'après guerre dans nombre d'États de l'Europe occidentale. Ce retour du droit constitutionnel, jusqu'alors cantonné aux questions d'organisation politique et de répartition du pouvoir et des compétences au sein de l'État, s'est manifesté par une juridictionnalisation accrue, traduisant d'ailleurs plus généralement l'envahissement du champ social par le juridictionnel.

Le droit constitutionnel est d'abord affecté par la transformation même de l'idée de Constitution. La France de ce point de vue est une illustration emblématique d'une évolution sur les vingt ans qui nous précèdent, c'est alors que l'on prend à la fois conscience et acte du fait qu'une Constitution ne contient pas seulement des règles relatives à l'organisation des pouvoirs mais aussi constitue un système de valeurs qui s'incarnent dans ce que l'on appellera à l'instar de la terminologie allemande les droits fondamentaux et de ce que l'on appelait en France les droits de l'homme.

Cette évolution modifie considérablement le champ constitutionnel. Régulatrice de la vie politique, la Constitution contient dorénavant des règles qui ont vocation à s'appliquer dans l'ensemble du champ social et juridique. D'abord dans les relations entre les pouvoirs publics et les citoyens, puis dans les relations entre les individus, les personnes physiques puis les personnes morales. Ainsi c'est l'ensemble du droit qui est régi par des règles constitutionnelles.

Cette conquête du droit constitutionnel est cependant concurrencée par la montée en puissance d'autres systèmes juridiques, notamment au niveau européen, qui tendent à contester l'hégémonie, voir la primauté, constitutionnelle, tant en ce qui concerne l'exercice de certaines compétences ou pouvoirs que dans la détermination du système de valeurs. Ces systèmes juridiques tentent même de s'imposer en revêtant, ou en usurpant, selon le point de vue de l'observateur, la dignité constitutionnelle. Le droit constitutionnel se trouve alors confronté à un double mouvement. Le premier c'est celui qui le conduit à subir à son tour la soumission à d'autres normes, cette fois externes, de la même manière que le droit administratif ou le droit civil ont été conduits à subir une certaine forme de soumission aux exigences constitutionnelles. Mais d'un autre point de vue, le droit constitutionnel va en quelque sorte tenter de « reprendre la main » en s'appropriant pour une part la régulation entre les systèmes juridiques. C'est à dire que les rapports de systèmes deviennent une question constitutionnelle. Plus encore, s'écartant du carcan étatique qui est à la fois son berceau et son domaine naturel, le droit constitutionnel va s'intéresser, au fonctionnement de ces systèmes juridiques qui ne sont pas étatiques, pas constitutionnels, mais qui aspirent à cette dernière condition.

Ainsi le droit constitutionnel a opéré un double mouvement de régulation de l'ensemble du champ juridique national et d'intérêt pour les systèmes juridiques supranationaux, essentiellement européens, qui induisent en retour une réflexion sur les notions qui traditionnellement le structurait, à savoir la souveraineté, la démocratie et la séparation des pouvoirs. Les nouveaux champs du droit constitutionnel invitent à revisiter les champs traditionnels du droit constitutionnel.

II. Le droit constitutionnel dans un contexte mouvant

Ce mouvement peut être appréhendé de bien des manières.

J'en citerai trois : l'expansion des droits fondamentaux, la multiplication des ordres juridiques et les questions financières.

A. L'expansion du système des droits fondamentaux et la constitutionnalisation des branches du droit

Ainsi le droit constitutionnel a essentiellement investi le champ des droits fondamentaux. Il a été de ce fait conduit à pénétrer, et d'une certaine manière à investir, l'ensemble des disciplines juridiques. Mais, sur ce terrain, le droit constitutionnel se trouve concurrencé par le droit issu d'autres systèmes juridiques. Ainsi les rapports entre les ordres juridiques sont également devenus un nouveau champ du droit constitutionnel. Enfin, les considérations économiques pénètrent le champ du droit constitutionnel en forçant en quelque sorte le passage.

L'émergence d'un nouveau système juridique fondé essentiellement sur les droits fondamentaux est l'une des caractéristiques essentielles de l'évolution du droit.

La notion de « droits fondamentaux » peut se définir de manière formelle ou de manière matérielle ou fonctionnelle. Sur le plan formel, les droits fondamentaux sont ceux qui sont inscrits dans un texte constitutionnel ou un texte international dont l'objet est de dresser la liste de ces droits. Ces principes sont ainsi protégés en vertu d'une norme juridique supérieure, en fonction de la place qu'occupe cette norme dans la hiérarchie des normes juridiques et des instruments de protection, notamment juridictionnels, dont est assortie cette norme.

Cette évolution engendre un affaiblissement des exigences relevant de l'intérêt général face à la prévalence des droits individuels.

Le droit international des droits de l'homme, qu'il soit universel ou régional, apparaît comme spécifique puisque fondé sur la prééminence de l'intérêt de l'individu. Renvoyant à une conception universaliste de la personne humaine et au principe d'égalité entre tous les êtres humains, les droits de l'homme sont, dans ce cadre, conçus comme présentant un caractère objectif, en ce qu'ils ne sont pas attribués aux êtres humains par la volonté des Etats et en vertu d'un statut juridique particulier et révocable, mais attachés par principe à la seule qualité de la personne humaine, pour tout dire, à la condition humaine ou à l'humanité.

Cette objectivité des droits emporte deux conséquences essentielles et parfaitement déroatoires aux principes du droit international général : la non-applicabilité du principe de réciprocité et la reconnaissance d'un droit de l'individu à exiger le respect de ses droits par l'Etat. Seconde spécificité du droit international des droits de l'homme, l'individu étant le titulaire de droits - alors qu'en principe, en droit international, la qualité de sujet est réservée à l'Etat - il doit pouvoir engager une action juridique, notamment juridictionnelle, aux fins de les faire respecter par l'Etat.

Le débat entre l'intérêt général et le respect des droits individuels prend aujourd'hui la forme de questions sur l'existence d'un ordre public objectif qui renvoie en fait à des valeurs qui s'imposent aux individus.

Aujourd'hui ce débat est essentiel, il porte essentiellement deux questions :

- le législateur peut-il interdire des pratiques au nom de valeurs communes, à l'encontre de la volonté personnelle des individus ?

- le législateur doit-il admettre, ou tolérer, des pratiques contraires aux valeurs communes, alors qu'elles sont conformes aux exigences posées par un système de valeurs propres à une communauté ?⁵

On retrouve ici une question qui est au cœur du droit public et selon laquelle l'ordre public, dont il a été rappelé qu'il est intrinsèquement lié à l'Etat, n'englobe pas seulement la sécurité matérielle, mais aussi le respect de valeurs communes essentielles.

Cette expansion du système des droits fondamentaux individuels engendre un phénomène de constitutionnalisation de l'ensemble du champ juridique.

La constitutionnalisation des branches du droit tient essentiellement au développement de la jurisprudence du juge constitutionnel. Ainsi se développent un droit constitutionnel civil, un droit constitutionnel administratif, un droit constitutionnel pénal, un droit constitutionnel économique, un droit constitutionnel de l'environnement...⁶ la liste pouvant être allongée à l'infini.

En fait, si l'on veut exposer très sommairement les choses, il convient d'abord de considérer que le développement des normes constitutionnelles et de leurs effets conduit à soumettre, en principe, l'ensemble des lois, des règlements et des jurisprudences à ces règles constitutionnelles. Ainsi une loi relative au droit des conventions devra respecter la liberté contractuelle ou le principe de non-rétroactivité ; une loi relative au droit hospitalier, l'exigence constitutionnelle du droit à la protection de la santé... inutile de développer les exemples. Cette soumission des branches du droit aux exigences et aux principes constitutionnels ne constitue cependant que l'un des faces de la réalité. L'autre traduit une imprégnation du droit constitutionnel par des principes issus des différentes branches du droit. Il existe par exemple une « civilisation » du droit constitutionnel autant qu'une constitutionnalisation du droit civil. Les principes du respect de la vie privée, de la liberté contractuelles... sont essentiellement forgés par le droit civil et le droit constitutionnel les appréhende et les applique en tenant compte tant de leur signification dans le champ du droit dont il s'agit que des évolutions que ce même droit leur fait subir.

La constitutionnalisation des différentes branches du droit s'opère ainsi du fait que ces droits ne s'appliquent pas seulement dans les relations entre les personnes publiques et les individus, c'est à dire de manière verticale, mais aussi de manière horizontale s'agissant des relations interpersonnelles ou interindividuelles. C'est ainsi qu'une convention collective ou un contrat de travail individuel devront respecter

⁵ Cf. les analyses de M. Rosenfeld, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence » *Constitutions* (avril-juin 2010 n° 2) 177.

⁶ Cf. en droit français les articles sur ce sujet, in AFDC, B. Mathieu, *Le cinquantième anniversaire de la Constitution : 1958-2008* (Daloz 2008).

les exigences constitutionnelles relatives non seulement à l'exercice du droit de grève ou de la liberté syndicale, mais aussi au respect de la liberté personnelle. En France, la Question prioritaire de constitutionnalité, accélère ce phénomène en permettant à tout justiciable d'utiliser la norme constitutionnelle dans tout litige, quelle que soit la branche du droit concernée. Elle a conduit l'ensemble des juridictions à développer une jurisprudence constitutionnelle portant sur l'ensemble des branches du droit.

B. L'ordre juridique constitutionnel face à la multiplication des ordres juridiques

Le développement d'ordres juridiques non hiérarchisés, ou ce qui revient au même obéissant à des hiérarchies différentes, conduit le juge et notamment le juge constitutionnel à réguler ces rapports entre les ordres juridiques, international, supranational et national.

Cette multiplication des ordres juridiques engendre également une mutation des concepts qui structurent l'ordre juridique constitutionnel. Notamment, on y reviendra, les principes de souveraineté et de démocratie.

C. Ordre constitutionnel et contraintes économiques

L'économie occupe traditionnellement une place importante en droit constitutionnel au travers des finances publiques. Ces liens, ces relations, ne sont donc pas nouvelles : le consentement à l'impôt est à l'origine des parlements.

Mais d'un autre point de vue l'existence d'une dette importante menace la souveraineté des Etats, l'exemple le plus topique est celui de la crise grecque de 2018 et sa résolution par des instances financières internationales qui ont été conduites à prendre des décisions dans des domaines relevant de la souveraineté de l'Etat et de la conduite de sa politique intérieure, à l'encontre même de la volonté du peuple grecque exprimée par la voie référendaire.

III. La transformation des concepts du droit constitutionnel⁷

Ce sont ainsi les trois piliers du droit constitutionnel classique qui sont affectés par des transformation profonde qui en modifient non seulement la portée mais la nature même : la souveraineté, la démocratie et la séparation des pouvoirs.

A. La souveraineté

Le principe de souveraineté présente l'aspect d'un Janus biface. Sur le plan externe, il traduit l'affirmation selon laquelle l'autonomie de l'Etat national n'est bornée que par le respect de la souveraineté des autres Etats. En la matière, la construction

⁷ B. Mathieu, *Constitution : tout bouge et rien ne change* (Lextenso 2013).

d'institutions *supranationales*, notamment au plan européen, et le développement de l'idée selon laquelle les Etats sont soumis au respect des droits fondamentaux, conduisent à un dépérissement progressif du principe de souveraineté entendu dans cette seconde acception. Sur le plan interne, il exprime l'idée selon laquelle, dans une démocratie, mais d'autres légitimités donc d'autres souverainetés peuvent être reconnues, le Peuple est titulaire du pouvoir souverain au sein de l'Etat.

Historiquement, il y a identification entre l'Etat et la souveraineté.

La souveraineté de l'Etat exprime essentiellement la place de l'Etat dans l'ordre juridique international. Dans cet ordre juridique, l'Etat est un sujet de droit, en ce qu'il participe à la formation du droit et en ce qu'il lui est soumis. Mais cette soumission résulte d'un libre engagement de volonté.

Or les évolutions de l'ordre juridique, déjà relevées, s'accompagnent de la diversification du système normatif (par exemple le rôle joué par la *soft law* et les O.N.G.), de la mondialisation ou de la globalisation de l'économie et de la culture. La notion d'ordres juridiques superposés, proposée par Mireille Delmas Marty⁸ répond assez bien à cet état du droit. Or dans cette structure la souveraineté n'a plus vraiment sa place.

Par ailleurs, en dehors même du cadre juridique, la souveraineté des Etats est liée à l'indépendance économique. Un Etat endetté garde en théorie son autonomie constitutionnelle. Il est en réalité soumis aux exigences de ses créanciers ou des organes prêteurs. Cette soumission s'opère non seulement vis à vis d'organes politiques *supranationaux* comme l'UE, mais aussi vis à vis d'organes financiers (FMI, BCE) ou même des acteurs du marché et des agences de notation privées.

Cependant cette évolution doit être relativisée. En dehors de l'Europe, et même d'une certaine manière en Europe, les conflits géopolitiques font renaître des exigences et des conflits dans lesquels l'exigence de souveraineté nationale connaît une forte résurgence, s'accompagnant parfois d'une logique de nature impériale (tentatives à partir d'un fort sentiment national de reconstituer un passé impérial).

B. La démocratie⁹

Sous le terme de démocratie se dessinent de nouvelles formes de légitimité et d'exercice du pouvoir. Le terme de démocratie est souvent accompagné d'un adjectif qui en limite, plus qu'il n'en précise, la portée. Au sens propre du terme, la démocratie s'incarne dans la souveraineté du Peuple.

⁸ Cf. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial* (Le Seuil 1998).

⁹ Cf. B. Mathieu, *Le droit contre la démocratie* (Lextenso 2017), traduit en anglais, *European Public Law Series*, éditions de l'EPLD 2023.

Or ce que l'on appelle démocratie aujourd'hui correspond à l'agrégat de certains concepts dont on peut évaluer la réalité mais qui ne parvient pas véritablement à fonder un ordre juridique. Il s'agit d'un schéma occidental incluant division des pouvoirs, libertés individuelles, juridicisation des relations politiques et administratives, responsabilité des décideurs publics (J.-M. Auby). Le concept « valise » d'Etat de droit tend en fait en tant qu'agrégat de toutes ces exigences à se substituer à celui de démocratie. L'utilisation du terme démocratique dans sa forme adjectivale, manque parfois de rigueur. La confusion opérée par la Cour européenne des droits de l'homme entre un système de valeurs, les droits fondamentaux, et un système de légitimation et d'exercice du pouvoir en témoigne.

Dans ce nouveau système la tentation est de considérer que la légitimité n'est plus celle tirée de l'expression majoritaire du Peuple, c'est celle de l'impartialité, de la réflexivité, de la proximité¹⁰, de l'expertise, de l'efficacité

La démocratie majoritaire est aujourd'hui remise en cause dans ses fondements mêmes. Plusieurs phénomènes traduisent cette crise.

D'abord la légitimité des décisions prises ne s'impose plus du seul fait qu'elles émanent, directement ou indirectement, des représentants du Peuple. Il existe d'autres légitimités dans la production des normes que la légitimité majoritaire incarnée par le Parlement. Le rôle joué par les ONG dans la constitution de la *soft law*, sur le plan international relève de cette logique, ainsi que la reconnaissance de droits appartenant à des minorités. Sur le plan national, la place des commissions de sages, d'experts, d'éthique, dans la préparation de la loi, voire dans sa légitimation, participe de ce mouvement.

La crise de la démocratie majoritaire se traduit également, on l'a vu, par le fait que le droit des droits fondamentaux tend à s'imposer au Peuple souverain lui-même. En effet, le droit n'est plus seulement légitime parce qu'il exprime la volonté du peuple qui s'est majoritairement exprimé, mais aussi parce qu'il est conforme aux buts et aux principes fixés dans la Constitution.

La notion de démocratie majoritaire est contestée en ce qu'elle implique par elle-même la détermination des règles de comportement par une majorité censée incarner la volonté générale, l'intérêt général. Ainsi la reconnaissance de droits propres à des catégories particulières constituées en fonction de leur sexe, de leur âge, de leur langue ou de leur comportement sexuel fait éclater l'unité reconnue au groupe social et la notion même d'intérêt commun, d'intérêt partagé, d'intérêt général.

La démocratie semi-directe qui s'exprime notamment par le mécanisme référendaire est écarté par la Constitution en Allemagne. En France, il n'y a été recouru pour

¹⁰ Mathieu (n 9)

réviser la Constitution que trois fois. Les Peuples des Etats européens qui s'expriment contre l'adhésion à l'Union sont appelés à revoter jusqu'à l'obtention d'une réponse positive. A défaut, le Parlement supplée la « défaillance » du Peuple, comme ce fut le cas en France pour adopter le Traité de Lisbonne, à la suite du rejet par référendum du Traité portant constitution pour l'Europe. Il ne s'agit pas ici, de se prononcer sur ces textes, ou sur cette procédure, mais de relever que si la voix du Peuple est jugée inopportune, sa volonté est contournée.

Cette démarche participe, avec la promotion du rôle du sage et de l'expert, à l'exercice d'un pouvoir dont la légitimité est plus oligarchique que démocratique.

Certains tentent de trouver dans la notion de démocratie participative un substitut à la démocratie représentative ou semi-directe.

La notion de démocratie participative s'écarte sensiblement de la notion traditionnelle de la démocratie, à tel point que l'on peut s'interroger sur le point de savoir s'il ne s'agit pas d'une légitimité nouvelle, une sorte d'oligarchie, qui se substituerait à celle de la démocratie représentative¹¹.

Cette démocratie participative renvoie en fait à la question de la participation des destinataires de la norme à son élaboration.

Elle traduit le passage d'une conception universaliste de la norme légitimée à la fois par le fait qu'elle est l'émanation de la majorité et qu'elle tend à la réalisation de l'intérêt général, à une conception plus catégorielle qui prend en compte la diversité des destinataires de la norme, leurs attentes, leur réceptivité. Elle suppose l'acceptation de la norme, accorde une importance centrale à sa procédure d'élaboration et met en valeur le consensus, plus que la formation d'une majorité.

Il n'en reste pas moins que si cette forme de « démocratie » présente bien des vertus, notamment en donnant plus de transparence à l'exercice du pouvoir de décision, elle présente aussi bien des défauts. D'abord la démocratie de l'internet, pour prendre en compte cet outil majeur de participation, n'est pas celle du Peuple réel, elle le sera peut-être un jour tel n'est pas le cas aujourd'hui. Ainsi, le Peuple qui a fait la révolution en Tunisie ou en Égypte n'est pas le même que le Peuple qui a participé aux élections subséquentes. Par ailleurs cette procéduralisation qui vise à la transparence peut conduire paradoxalement à bien des manipulations. Qui est qui ? qui représente quoi ? telles sont les questions, souvent sans réponses, que pose la démarche participative qui n'est pas exclusive de pratiques sophistiquées de manipulation de l'opinion¹².

¹¹ Cf. in AFDC, A. Delcamp, A. Le Pourhiet, B. Mathieu, D. Rousseau, *Nouvelles questions sur la démocratie, Thèmes et Commentaires* (Daloz 2010).

¹² Cf. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité* (Éditions du Seuil septembre 2008).

Cette question n'est d'ailleurs pas nouvelle. La démocratie et le libéralisme politique constituent, probablement, historiquement deux idéologies différentes dont nos systèmes politiques sont les héritiers.

C. L'organisation des pouvoirs

Il est nécessaire de réfléchir sur l'évolution de la structure même du système de la séparation des pouvoirs. En ce sens semble se dessiner une *summa divisio* entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir politique. J'y reviendrai dans une autre conférence. D'autre part les termes de pouvoir législatif ou pouvoir exécutif qui n'ont pas changé depuis les débuts du constitutionnalisme libéral (XVIII^e-XIX^e) ne constituent aujourd'hui pas des outils conceptuels et théoriques adéquats¹³.

La séparation des pouvoirs repose, en fait et de manière concrète, sur la volonté de diviser le pouvoir pour l'affaiblir. C'est l'incarnation de la forme libérale du pouvoir, son mode d'exercice, visant à contrebalancer, le principe de légitimation du pouvoir, à savoir la démocratie.

La recherche de freins renvoie à une conception libérale du pouvoir. Elle sous-entend la dangerosité du pouvoir dans la logique exprimée par Montesquieu selon laquelle qui a du pouvoir a tendance à en abuser et seul le pouvoir arrête le pouvoir.

Cette analyse fondamentale a conduit les constitutions occidentales depuis la fin du XVIII^e siècle, puis la plupart des Constitutions des Etats se concevant comme des Etats de droit à rechercher des systèmes d'équilibre entre les pouvoirs.

La raison commande de garder présentes à l'esprit ces deux nécessités que sont l'efficacité du pouvoir et la limitation du pouvoir, la première garantissant les intérêts de la Nation, c'est à dire de la collectivité, la seconde la protection des droits fondamentaux individuels. L'une et l'autre participant à l'équilibre entre ces deux exigences qui conditionnent aujourd'hui le développement de la société politique que la Constitution a pour objet de régir.

Comme le relève F. Fukuyama, « Une société qui connaît le succès à une période historique donnée ne connaîtra pas forcément toujours le succès. Le déclin politique est un phénomène bien réel. Si la démocratie libérale peut être considérée aujourd'hui comme la forme de gouvernement la plus légitime qui soit, cette légitimité est cependant conditionnée par les performances de la démocratie. Ces performances dépendent à leur tour de la capacité de maintenir un équilibre entre les exigences d'une action étatique forte et celles des libertés individuelles les échecs des démocraties

¹³ Sur cette dernière observation, cf. A. Le Delvellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens » *Jus politicum* (n°1 Dalloz 2009) 187.

modernes sont de toute sorte, mais l'échec le plus courant en ce début de XXI^e siècle est lié à la faiblesse de l'Etat »¹⁴.

La question de l'affirmation et de la limitation du pouvoir est aujourd'hui renouvelée par le fait qu'elle ne se joue plus exclusivement entre le pouvoir dit exécutif et le pouvoir législatif.

Il y a de ce point de vue une évolution qui tend à considérer que la démocratie ne se détermine pas seulement par la recherche du meilleur aménagement possible du pouvoir politique, c'est à dire des autorités légitimées par le suffrage universel, mais par une limitation du pouvoir politique lui-même. C'est alors la question de savoir si la démocratie évolue ou si plutôt un nouveau système se dessine qui répond à une autre logique que la logique démocratique ? je me bornerai à quelques observations générales.

D'une part, la justice s'affirme de plus en plus nettement comme un contre-pouvoir au pouvoir politique. D'autre part se développent d'autres pouvoirs qui entrent en concurrence avec les pouvoirs organisés par la Constitution : pouvoir économique et financier, structures internationales, interétatiques ou non, gouvernementales ou non, groupe de pression représentant des intérêts matériels ou communautaires, c'est à dire identitaires (religion, m'urs, langue, origine régionale). Il ne faut donc pas oublier que la limitation du pouvoir se joue aussi en dehors du cadre constitutionnel et que cet élément doit être présent à l'esprit lorsque l'on organise le pouvoir dans le cadre constitutionnel.

De ce point de vue, il existe une volonté de limiter le pouvoir politique par des mécanismes qui lui sont extérieurs, c'est à dire de créer une légitimation du pouvoir, pour partie en en dehors du politique. Elle se traduit notamment par une hypertrophie des droits individuels et/ou communautaires, dans les sociétés européennes. Il existe également une limitation imposée qui résulte essentiellement, dans la plupart des sociétés, des impératifs financiers et économiques. Ces limitations peuvent conduire à étouffer le pouvoir politique et donc la démocratie dans sa conception traditionnelle.

La tentation se manifeste alors de recréer une démocratie fondée sur l'opinion publique forme assez primaire et rudimentaire de démocratie, malgré des tentatives de perfectionnement comme celles exprimées par les théories relatives à la démocratie participative.

Se crée alors une sorte de trou noir du pouvoir. Le pouvoir s'atomise sous la forme et sous la pression de deux mouvements différents. D'une part, la volonté, largement théorique, de refonder le pouvoir sur une légitimité à la fois procédurale et inscrite dans la recherche du consensus. Elle manifeste une grande méfiance envers

¹⁴ F. Fukuyama, *Les débuts de l'histoire* (Saint Simon 2012) 436.

le Peuple et engendre un pouvoir diffus et assez peu transparent, finalement de nature oligarchique. D'autre part, la réalité qui conduit au retour, favorisé par des nouveaux moyens de communication, forme de démocratie primitive, qui marque l'irruption du Peuple sous des formes plus ou moins spontanées dans le jeu politique, comme en témoignent les révolutions dans le monde arabo-maghrébin.

S'agissant des rapports entre l'exécutif et le Parlement, Il convient de considérer que le pouvoir exécutif est en réalité un pouvoir gouvernemental. Dire que le président de la République ou le premier ministre, selon les régimes politiques, assument la charge des intérêts fondamentaux de la Nation ou qu'ils assurent plus directement la détermination de la politique de la Nation, ne renvoie en aucun cas à l'exercice d'une fonction d'exécution. L'idée selon laquelle le Parlement vote la loi que l'exécutif applique et met en 'uvre renvoie très largement à une fiction.

En France, mais aussi dans la plupart des démocraties parlementaires, en réalité, le gouvernement, ou le cas échéant le Chef de l'Etat, détermine la politique de l'Etat en s'appuyant sur une légitimité populaire. En effet le fait majoritaire implique que, quel que soit le système institutionnel, le Peuple désigne le titulaire de la fonction gouvernementale. Indirectement par l'élection des députés, directement par l'élection du président de la République au suffrage universel direct.

Ce titulaire de la fonction gouvernementale doit s'appuyer sur une majorité pour conduire sa politique, le Parlement a pour mission de le soutenir, d'amender ses projets, de contrôler son action et de faire des propositions. Il n'a pas, s'agissant des choix politiques majeurs, un rôle de décision, rarement d'impulsion.

Conclusion

Après ce tour d'horizon, revenons sur les questions abordées :

- une expansion du droit des droits fondamentaux individuels susceptible de paralyser les exigences liées à l'intérêt commun ou intérêt général ;
- la substitution à un ordre juridique hiérarchisé d'ordres juridiques à la fois superposés et imbriqués les uns dans les autres ;
- l'obsolescence programmée du principe de souveraineté ouvrant la porte à d'autres formes de légitimité et d'exercice du pouvoir ;
- la mutation corrélative d'un ordre juridique démocratique vers la cristallisation hésitante d'un nouvel ordre fondé sur la sagesse, l'expertise et le respect des procédures ;

- la promotion du pouvoir du juge, pouvoir diffus, construit en réseau et qui s'impose face à un pouvoir politique contesté

La liste pourrait être longue encore des phénomènes qui traduisent une force de désordre, un phénomène d'entropie.

Il est peu probable que cette situation manifeste un aboutissement. Il s'agit plus certainement d'une transition vers un nouvel ordre social et politique, ou d'un long désordre, dont nous avons beaucoup de mal à dessiner la figure, tant les événements susceptibles de contrarier ou d'orienter le cours du monde sont nombreux (guerres, poids des fondamentalismes religieux, crises économiques et social, catastrophes naturelles).

Les mutations ne sont pas propres au droit constitutionnel. Par exemple, le développement des pratiques biomédicales préfigure un monde nouveau où l'homme sélectionne (tests génétiques) répare (thérapie génique), fabrique (clonage) l'homme¹⁵. Il ne s'agit pas de porter un jugement global sur ces pratiques, mais simplement de constater que la vision ontologique de l'homme se transforme en même temps que progresse la science.

L'une des questions fondamentales est alors de savoir si nous avons encore prise sur ces évolutions ou si, finalement, la société ne fait que s'adapter aux transformations de l'espèce humaine. Dans le premier cas, il convient d'encadrer de manière volontariste certaines pratiques, dans le second de prendre acte de ces évolutions et de remettre en question certains principes structurants du droit constitutionnel comme le principe de dignité de l'être humain.

Ces questions relèvent du droit constitutionnel. Mais la vérité consiste à dire que personne n'en décide vraiment. À une vision d'ensemble se substituent des microdécisions.

Le droit constitutionnel dans le domaine qui est le sien, et dans les limites de son efficacité, doit à la fois accompagner et encadrer le mouvement des sociétés. Or, comme l'on vient d'en rendre compte et si l'on adhère à certaines des analyses qui viennent d'être faites : à l'expansion du droit constitutionnel correspond l'obsolescence de certains de ses concepts les plus structurants. Or le droit et tout particulièrement le droit constitutionnel se doivent d'utiliser des concepts opératoires.

La multiplication des normes juridiques¹⁶, la volonté de régir de plus en plus précisément la vie sociale, mais aussi la vie privée, constituent une façon de répondre à un effacement des valeurs traditionnelles et à une hyper valorisation des droits de

¹⁵ Sur ces questions, cf. not. B. Mathieu, *La bioéthique* (2 éd., Dalloz 2024).

¹⁶ Cf. B. Mathieu, *La loi* (Dalloz 2010).

l'individu. De ce point de vue, alors même que la liberté de l'individu est affirmée comme une valeur essentielle, de manière paradoxale le droit peut s'avérer liberticide, de plus en plus liberticide.

Mais ce constat rend compte d'une analyse factuelle. Dénoncer l'obsolescence des concepts traditionnels ne peut suffire, il convient de dégager de nouveaux concepts qui permettent à la fois de rendre compte de ces transformations et de les expliquer. L'un des obstacles à la réflexion et à la reconstruction qui en découle, tient probablement au poids des contraintes et préjugés idéologiques. Peut-on aujourd'hui admettre de renoncer à la démocratie, dénoncer l'hypertrophie des droits fondamentaux sans contrepoids, et leur incapacité à fonder à eux seuls un nouvel ordre juridique ? Comment sortir de la contradiction entre le relativisme fondamental et l'affirmation militante de l'universalisme des droits fondamentaux ? Comment ne pas voir que la conception idéalisée d'une humanité régénérée est démentie par le développement des inégalités et des conflits ?

Il ne s'agit pas de se perdre dans la nostalgie d'un ordre disparu, ni de se rassurer par la vision utopiste d'un monde apaisé.

Si l'on reprend les objets du droit constitutionnel, à savoir l'organisation des pouvoirs et la détermination des valeurs, certaines lignes se dégagent cependant.

Par exemple dans la rivalité entre une vision démocratique de la société politique, incarnée par Rousseau, et la vision libérale, exposée par Montesquieu, il convient de relever que la seconde est aujourd'hui plus efficiente. Plus apte à affronter les problèmes complexes auxquels sont affrontés nos sociétés. Il convient alors de rechercher un équilibre perpétuellement en mouvement. Ainsi la puissance du juge tempère la puissance du politique. Mais il conviendra probablement un jour de tempérer également le pouvoir du juge, sauf à instaurer de nouveaux déséquilibres. La marche qui associe pouvoir et contrepuissance doit conduire à éviter que le contrepuissance ne devienne pas lui-même trop puissant. D'autre part, le principe d'efficacité, surtout dans le contexte qui est le nôtre, ne doit pas conduire à affaiblir excessivement les conditions d'exercice du pouvoir.

Mais surtout, c'est dans la recherche de ce que sont vraiment les valeurs communes, au niveau national, européen et international, avec des différences évidentes et des identités qui ne le sont pas moins, que réside la survie de cette communauté politique. L'équilibre entre ces identités est probablement l'une des questions les plus difficiles et dont l'appréhension est des plus nécessaires.

Qui sommes-nous et que voulons-nous ? Tant sur le plan du droit international que du droit national il devient difficile de répondre à ces questions fondamentales. Elles impliquent des réponses différentes, mais elles relèvent à d'un intérêt général et

impliquent que la régulation ne puisse relever exclusivement de considérations et de solutions, tant nationales qu'internationales, relevant du droit privé.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliographie / Bibliography

- Auby J. F, *La globalisation, le droit et l'Etat* (Paris Montchrestien 2003).
- Delcamp A. Le Pourhiet A. Mathieu B. Rousseau D, *Nouvelles questions sur la démocratie, Thèmes et Commentaires* (Daloz 2010).
- Delmas-Marty M, , *Trois défis pour un droit mondial* (Le Seuil 1998).
- Fukuyama F, *Les débuts de l'histoire* (Saint Simon 2012).
- Le Divellec A, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens » *Jus politicum* (n°1 Daloz 2009).
- Mathieu B, *Le cinquantième anniversaire de la Constitution : 1958-2008* (Daloz 2008).
- Mathieu B, *La loi* (Daloz 2010).
- Mathieu B, *Constitution : tout bouge et rien ne change* (Lextenso 2013).
- Mathieu B, *Le droit contre la démocratie* (Lextenso 2017); traduit en anglais, European Public Law Series, éditions de l'EPLD 2023.
- Mathieu B, *La bioéthique* (2 éd., Daloz, 2024).
- Rosanvallon P, *La légitimité démocratique, impartialité, réflexivité, proximité* (Éditions du Seuil septembre 2008).
- Rosenfeld M, « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence » *Constitutions*, (avril-juin 2010 n° 2) 177.
- Valembois A.L, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, (LGDJ 2005).
- Zöller E, *Introduction au droit public* (Daloz 2006).

