

ETAT RÉPUBLICAIN VERSUS GOUVERNANCE : LES MUTATIONS LIBÉRALES DE L'ETAT ET DU DROIT

Bernard CUBERTAFOND

Institut Maghreb Europe, Université Paris 8

Que deviennent l'Etat, et le droit, dans l'ascèse libérale impliquée désormais par la nouvelle idéologie dominante de la gouvernance ? Celle-ci les bouleverse. Elle impose la réduction du périmètre de l'Etat et de ses interventions. Elle suscite la création d'agences de « régulation », se disant indépendantes et dynamisantes, loin des réglementations dites paralysantes. Elle discrédite l'administration de carrière. Elle prône l'évaluation des services publics selon les critères du capitalisme financier et de l'orthodoxie monétariste.

En économie et en droit, nous assistons à - ou nous subissons ? - un changement de paradigme. Un ensemble de propositions - libérales, financiaristes, monétaristes, anti étatiques, anti keynésiennes - en vient à être conventionnellement accepté par la majorité de la communauté savante. Ce modèle allant de soi, il peut exclure tout autre cadre général pour la recherche.

D'où un trouble dans le droit, en tous cas pour les tenants du droit républicain français, écrit, se disant expression d'une volonté générale révélée par l'élection d'une majorité, et étatiste. Ce vieux droit républicain est assailli par le droit libéral. Et les manuels de droit comparé devraient inclure un nouveau développement opposant ces deux modèles juridiques. Ce chapitre prolongerait et dépasserait l'opposition fondamentale traditionnelle entre les systèmes de droit romano germanique et de common law.

C'est ce changement de paradigme juridique que nous allons chercher à évaluer et à décrire ici en revenant sur des grandes rubriques et notions. Qu'est ce qui, pour chacune d'elles (l'Etat, le représentant, la loi, le juge, l'interprétation) est constant et transformé, et chaque chan-

gement est-il si radical? Que deviennent donc nos notions et nos représentations fondamentales du droit, nos jusque là très opératoires mythes juridiques? Ne serait-on pas passé, peut être dans le malaise, avec un fort sentiment de perte de soi, de dépossession, un peu trop vite ou superficiellement :

- de l'Etat serviteur impartial à l'Etat creux voire bandit et du représentant prêtre au commis assailli, discrédité et concurrencé,

- de la loi incontestable irréprochable à la loi annoncée constamment négociée,

- du juge bouche de la loi au juge créateur du droit et du droit prétendant clair au droit flou, mou, de l'interprétation présentée comme obéissante à l'interprétation clairement volontariste, - et, bouleversement justifiant et accompagnant tous les autres, du grand récit fondement républicain au grand récit fondement libéral ?

1-Du grand récit républicain au grand récit libéral

Pierre Legendre montre qu'au fondement du droit se situe un grand récit légitimateur et des idées justificatrices. Pour être bien admises, les règles et notions juridiques doivent être branchées sur ce grand récit et sur ces belles idées. Ces histoires, légendes ou encore mythologies étaient souvent opportunément scientifiées par ce qu'on appelle encore, en droit, « la doctrine » (les commentaires, théorisations et gloses érudites des professeurs devenant ainsi, en quelque sorte, des savants prêcheurs). En économie, la scientification permettant la transformation d'opinions contestables en vérités incontestables résulte plutôt de recherches savantes fondées sur des modèles mathématiques aux composantes pourtant relativement arbitraires. Ainsi est aujourd'hui légitimée, et mise en quelque sorte hors critique, la seule orientation libérale monétariste. Relier, donc, une règle, ou un jugement, au grand récit fondateur, à la légende explicative et justificative ainsi scientifiée, lui confère de l'impartialité, ou l'impartialité, et même de la sacralité.

L'imputation du droit au grand récit servi par ses savants -grands prêtre nobélisés lui assure respect et obéissance. Ce fut le cas, hier, sans conteste, avec notre grand récit républicain fondé sur la croyance dans

l'Etat au service de l'intérêt général et sur les notions légalisatrices et légitimatrices de service public et de puissance publique. Ce grand récit était aussi fondé sur la foi dans l'administration au service de tous et impartiale, et dans la représentation nationale élue capable, elle aussi, de transcender les intérêts particuliers dans la loi donc incontestable.

Mais notre grand récit est désormais attaqué, fissuré, concurrencé. On ne croit plus, ou on croit moins à nos notions -majuscules : l'Etat ; l'intérêt général ; la Puissance Publique et ses nécessaires prérogatives exorbitantes du droit commun ; le Service Public ; les Représentants et la Souveraineté Nationale dépassant les intérêts particuliers et tenant à distance les groupes de pressions, empêchant la dissolution de la nation dans l'argent corrupteur et les multiples dissidences. Continuer à raconter une histoire positive fondée sur le devoir et l'oblation de la fonction publique, sur la grande Nation rassemblée autour de ses universelles valeurs fait sourire. Et on risque le ridicule si on lui oppose l'histoire négative, repoussoir, des petits intérêts particuliers, de l'esprit de lucre des entrepreneurs, de la dissolution nationale sous l'effet délétère de l'esprit boutiquier et des manipulations des grandes firmes sans âme.

Notre traditionnel processus républicain d'imputation légitimatrice ne marche plus. Pour certains- pour beaucoup ?-, l'imputation à l'Etat et à son administration, l'invocation de l'intérêt général, ou encore le passage par la loi votée par les représentants élus a même plutôt un effet inverse. Ce peut être plus discréditant que légitimateur. L'effet légitimateur des majuscules républicaines n'opère plus. Certains le présentent même comme un effet mystificateur.

Certes, le projet, rejeté mais en fait toujours idéologiquement prégnant, de « consuetudon européenne » ressortait l'idée d'intérêt général mais pour en donner l'usage à la seule Commission (Article I-26 : « La Commission européenne promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin »), c'est-à-dire pour l'armer contre les intérêts, dès lors particuliers, des Etats et pour servir la nouvelle idéologie constitutionnalisée de la « concurrence libre et non faussée » (article I-3-3). Pour dire que la concurrence libre et non faussée, dont la Commission a la garde, est la forme moderne de l'intérêt

général. L'opération- la manipulation ?- est habile : si l'on recycle tel mythe du droit républicain, c'est pour renforcer la croyance dans le nouveau grand récit libéral.

Le même texte, ne faisant d'ailleurs, dans ce cas encore, que transcrire la réalité politico juridique existante, consacrait aussi les « services d'intérêt économique général » (article II-96) et non les services publics. Était, et est, en fait, avec ou sans « constitution européenne», donc banni le vieux totem « service public» parce qu'il contient public, qui signifie Etat républicain, à la française, et parce que cet Etat est désormais présenté comme suspect, coûteux, inadapté, paralysant, obèse, inerte. Hier donc, pour titre légitime, le droit devait se raccrocher à l'Etat, se justifier par lui. Aujourd'hui, avec le triomphe du grand récit libéral (la main invisible du marché ; la concurrence libérée des interventions étatiques, conduisant à l'optimum, nouvelle version libérale de l'intérêt général ; la loi par nature égoïste et perturbatrice des représentants heureusement supplantée par les règles naturelles et légères du marché), la loi de l'Etat et des représentants est suspecte, sous contrôle, seule la régulation par les experts et par les sages est pure.

Ainsi, aussi, la récusée mais toujours présente « constitution européenne» ne faisait que rappeler que la Commission « surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne» (article I-26). C'est aux juges et aux autorités expertes placées hors de l'emprise des citoyens obnubilés par le court terme, et des élus faisant, pour assurer leur réélection, toutes sortes de promesses budgétivores, que revient le pouvoir, toujours avantageusement présenté comme une charge, un devoir, de « surveiller», et, si nécessaire, de punir.

On peut d'ailleurs noter, sans malice tant cela saute aux yeux, qu'emprise libérale et emprise théocratique, ou sacerdotaliste, ou « hiérocra- tique » (Max Weber) sont concomitantes: la référence à la parole de Dieu, aussi, aujourd'hui, souvent justifiée, et légalisée. L'emprise libérale a ses experts, sages, juges censeurs, consacrés au service du libéralisme. L'emprise théocratique se met aussi en place sous le contrôle d'une classe sacerdotale. Mais, objectera-t-on, n'était-ce pas déjà, plus ou moins le même processus théologique avec la foi dans le grand récit

républicain ? On avait, alors, en effet, l'invocation justificatrice de L'Etat servi par ses hauts fonctionnaires se disant oblats. On a, plutôt, désormais, celle de Dieu ou du Marché, sacralisé, avec aussi ses prétendus serviteurs oblats, ses prtites. Ou du marché devenu Dieu. On aurait donc toujours besoin d'un Grand Totem ; on ne ferait que changer de Grand Totem.

2-De l'Etat serviteur impérial à l'Etat creux voire bandit

Dans le nouveau grand récit hégémonique, le dénigrement de l'Etat est central. Au moins trois histoires malheureuses servent de contre exemple, détruisant la belle Idée hegelienne de l'Etat intégrateur et mobilisateur au service d'un bien commun supérieur. Il y a le repoussoir communiste, qui a tant servi et reste utilisable, d'un Etat ogre détruisant toutes les libertés et ne conduisant, au mieux, qu'à un médiocre assistanat généralisé. Dans La Route de la servitude (1944), Hayek en vient même à rapprocher le wellfare state de Beveridge de l'Etat totalitaire soviétique. Il y a le repoussoir du tiers monde, et notamment de tant de pays d'Afrique qui illustrent à l'extrême l'idée d'Etat prédateur et parasite, presque mafia pouvant multiplier les contrôles, les réglementations et même les juridictions ostensibles mais inopérantes et sur bureaucratisantes pour répondre superficiellement aux critiques des bailleurs de fond.

Et il y aurait en Europe, désormais, le contre modèle de la France, voire de l'Allemagne, obérant- dit-on- la croissance et la compétitivité de toute la zone faute de démanteler les protections étatiques diverses, de stopper les interventions économiques perturbant l'accès à l'optimum via la concurrence non faussée, et de réduire vraiment la masse inerte des fonctionnaires coûteux et enkystés. Le résultat serait donc une croissance européenne faible malgré l'aiguillon des petites et grandes nations libéralisées, de la Commission et de la Banque centrale Européenne heureusement gagnées aux bonnes pratiques. Parmi les objectifs de l'Union, la constitution européenne mentionnait certes « l'économie sociale de marché » mais « hautement compétitive »!

On suspecte donc le capitalisme industriel classique dont l'obsession était moins la haute rentabilité immédiate que la croissance à long

terme pourvoyeuse d'emplois. On se range aux seuls critères du capitalisme financier. On oublie les services rendus par l'État et ses fonctionnaires, le coût et les failles des mêmes services, et les inégalités d'accès, quand ils sont privatisés. Et l'on constate les conséquences de la fin du mythe : réduction des missions de l'État pouvant même toucher ce qui était précédemment considéré régalien (écoles, santé, voies de communication), moindre intérêt des jeunes pour la fonction publique, multiplication des autorités dites indépendantes pour encadrer, désormais, les activités économiques, et impulser leur croissance.

Ces nouvelles formes d'administration sous emprise libérale priment pourtant facilement le flan à la critique : contrôles paralysants et formels conduisant à des fausses déclarations, des détournements de procédure et à des fraudes (ainsi la Commission européenne abusée par la Grèce, voire par l'Italie sur le respect des critères de Maastricht) ; complaisance et manque d'impartialité des autorités de régulation trop proches des intérêts qu'elles sont censées contrôler en toute indépendance (affaires Enron et Parmalat), confusion dans leurs pouvoirs puisque, tout à la fois, elles réglementent, décident et impulsent -ou « régulent»?- contrôlent et sanctionnent des forces et sociétés dont elles sont issues et dont elles partagent les valeurs.

La Commission Européenne contrevient aussi d'ailleurs au principe fondamental démocratique de la séparation des pouvoirs (selon Montesquieu séparer les pouvoirs pour arrêter le pouvoir, empêcher l'abus de pouvoir) en accomplissant des missions de réglementation, de décision, de contrôle, de sanction et donc d'une certaine manière de jugement en osmose avec des lobbies, qui l'inspirent, et au moins par le passé sans grand souci du contradictoire (on se souvient, par exemple, de son refus de la fusion Schneider Legrand condamné, mais trop tard, par la justice européenne).

Autre foi, autres normes. Sous emprise libérale peu importe les vertus oubliées de l'État traditionnel, le coût réel, financier mais aussi politique et social, et les lacunes et les vides des nouvelles formes, dites légères, d'administration publique. Privatisons, dérégulons, régulons, dégraissons les « mammoths » administratifs, laissons faire le marché et baissions les impôts sans parler, bien sûr, de la réduction for-

cément concomitante des prestations. Et discréditons et intimidons les adeptes de l'ancienne foi : ce seront donc des dinosaures, des assistés, des budgétivores, des parasites, des démagogues, de dangereux agitateurs populistes.

3-Du représentant prêtre au commis assailli, discrédité et concurrencé

Selon notre vieille théorie de la souveraineté nationale, mythe qui a si longtemps fait ses preuves, l'élection confère au représentant une manière de sacrement. Elle est censée le transfigurer, lui permettant d'accéder au niveau de l'intérêt général. Il serait donc délié de ses promesses de campagne, parlant désormais au nom de la Nation, être collectif et sacré, animée par un esprit, qui sait dotée d'une âme, et qui transcende les morts, traverse l'histoire, reflète des valeurs communes. L'article 27 de la constitution de la 5ème République, théoriquement toujours en vigueur, n'ose t-il pas continuer à affirmer que « tout mandat impératif est nul » ! Le représentant élu de la nation n'est donc pas un citoyen ordinaire : sa fonction impose le respect et son statut le protège, avec, notamment, une immunité le mettant à l'abri des poursuites malveillantes.

La majorité élue a le droit d'imposer sa loi à la nation toute entière, minorité incluse qui doit s'y plier en attendant son heure. Selon une tradition révolutionnaire, et le Rousseau du Contrat Social, il y aurait même dans la voix de la majorité comme une présomption de vérité, et donc dans celle de la minorité comme une présomption d'erreur : « vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire » proférait encore un député socialiste dans la France très nationalisatrice de 1981. C'était se référer à la conception classique de la loi incontestable, irréprochable théorisée par Carré de Malberg et conforme à la réalité jusqu'à l'institution, en 1958, d'un censeur de la loi contraire à la constitution, le Conseil Constitutionnel montant en puissance à partir de 1971.

Plus personne aujourd'hui n'oserait parler comme le député Laignel. Désormais, le législateur ne se prend plus pour un démiurge, la loi Aubry sur les 35 heures pouvant être considérée comme la dernière

tentative pour changer l'ordre des choses par la seule magie législative majoritaire. La mondialisation pose des limites. La loi bute sur le réel. Elle est sans cesse soupesée, négociée et renégociée. Chaque loi apparaît provisoire, à l'essai. Elle peut être incantation, exercice de communication en réponse à une pression orchestrée par les médias.

Surtout, elle doit se conformer aux traités, aux règlements et directives européennes, véritables lois cadres même sans « constitution ». Elle est, depuis 1964 et l'arrêt Costa/ Enel - alors une sorte de coup d'Etat juridique ?- prédéterminée par le droit européen qui a la primauté sur elle. Feu la « constitution », dans ses articles I-5-2, et I-6, ne faisait que formuler la réalité antérieure, et qui demeure : « Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant la Constitution ou résultant des actes des institutions de l'Union » ; « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres « De plus, et autre subordination de ce qui n'est donc plus du tout norme inconditionnée et suprême, la loi nationale, lois des représentants directs du peuple est aussi encadrée, surveillée par le Conseil Constitutionnel qui lui impose de respecter non seulement les règles, principes et objectifs clairs de la constitution mais aussi ceux qu'il croit, avec beaucoup d'imagination créatrice, devoir y apercevoir.

Mais c'est l'air du temps libéral qui pousse la désacralisation des élus et de leur action législative jusqu'à l'abaissement et même l'humiliation. Des élus eux-mêmes - sans prendre conscience de la perte d'autorité et de prestige que cela entérine- en viennent à admettre les données de base de l'école du Public Choice : la politique sous l'empire de la loi de l'offre et de la demande ; des « entrepreneurs politiques » proposant une offre globale et des offres ciblées pour tel ou tel segment du « marché politique » ; la vie politique livrée au marketing ; des citoyens consommateurs comparant des produits vantés par des publicitaires ; des lois et des décisions gouvernementales, aussi jetables que des produits, au bout de ces actions commerciales.

On assiste donc au passage de l'élu prêtre, dans sa loi sacralisée apôtre de la vérité, à l'élu commis courant derrière l'opinion, les son-

dages, les créatures et les événements médiatiques. Les contempteurs du régime représentatif iront jusqu'à évoquer un élu représentant de commerce qui n'hésiterait pas à acheter des voix en faisant des promesses qu'il fera honorer par les malheureux contribuables une fois ainsi, malhonnêtement, arrivé au pouvoir. Mieux vaudrait donc, selon eux, titre dirigé par des experts, des juges ou des sages, tirant leur légitimité de leur science, de leur réussite ou de leur sens du bien public attesté par les oeuvres philanthropiques dans lesquelles ils recyclent pour le bien des plus faibles le produit de leur travail créateur et de leur excellence. Voilà donc de quoi justifier le magistère d'un Bill Gates, doublement bienfaiteur de l'humanité, par ses créations bienfaitantes puis par le recyclage philanthropique d'une partie de sa fortune ; et haro sur l'élu budgétivore, discoureur et carriériste, parasite.

On a donc une nouvelle représentation du monde dictée par la nouvelle économie libérale, individualiste, anti Etat et anti démocratie classique. C'est un passage abrupt de Rousseau à Hayek. Et même aux théories de l'« Etat bandit », des gouvernements mafia, parasites, prédateurs dont on trouve, au fond, l'écho sans doute involontaire dans des émissions cultes comme « Les Guignols de l'info » qui ont fini par modeler les aversions et les convictions d'une jeunesse devenue étrangère au grand récit républicain. On raconte et on croit aujourd'hui plutôt que les élus se servent, que le salut passe par l'action individuelle et par le groupe d'appartenance, que la démocratie représentative est un leurre et que seule compte la démocratie des droits. Et aussi que quelques leaders d'opinion en perpétuelle campagne médiatique, ainsi que l'omniprésente et indéfinissable société civile, sont plus efficaces et altruistes que les élus et gouvernants cupides voire corrompus aux convictions opportunistes.

4- De la loi étatique à la loi contractuelle et jurisprudentielle.

Cette dernière mutation paraît évidente, et effraie. Ce serait en effet le signe d'un changement de culture juridique, d'une perte de soi, d'une colonisation anglo saxonne. En réalité, il n'y a là qu'accentuation, et surtout prise de conscience d'une tendance déjà très présente mais jusque là masquée par la rhétorique et la mythologie du droit républicain.

On oppose en effet traditionnellement un droit étatique interventionniste, donnant une place primordiale à la loi, à la réglementation gouvernementale et aux décisions administratives à un droit libéral avant tout contractuel arbitré par des juges, issu des acteurs sociaux et économiques et au service de leurs initiatives créatrices.

En fait, notre droit classique a, en dehors des domaines régaliens, laissé à ces acteurs, bien qu'elles les appellent sujets de droit, de larges initiatives. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » affirme depuis le début notre code civil ; et les réglementations ouvrent toujours un choix entre plusieurs formules juridiques. Surtout, notre droit privé a toujours été fortement jurisprudentiel (par exemple notre droit de la responsabilité bâti à partir de quelques formules très générales) ; notre Cour de Cassation s'est toujours montrée très créative (par exemple pour le droit du travail) ; notre droit administratif est fondamentalement jurisprudentiel, des lois pouvant même reprendre des formulations du Conseil d'Etat ; celui-ci, alors qu'on manquait, avant 1958-1971, de principes directeurs supérieurs, avait « découvert » (créé ?) les principes généraux du droit ; et tel membre de la Cour suprême américaine peut reconnaître que les juges constitutionnels font, aux Etats-Unis et en France, le même type de travail créatif : certes, faire prévaloir les dispositions explicites de la constitution, quand elles apparaissent telles, mais aussi discerner son esprit pour imposer des principes et règles non explicites, tenir compte aussi de l'esprit du temps, des conséquences prévisibles de telle ou tel type de décision, arbitrer et/ ou composer entre plusieurs orientations ou principes. Ainsi la Cour Suprême des Etats-Unis, au cours de son histoire et en fonction des orientations politiques de ses membres, a donné des contenus différents au même principe constitutionnel d'égalité, le Conseil Constitutionnel français a donné des contenus parfois peu évidents à l'expression controversée « principes fondamentaux reconnus par les lois de la république », constitutionnalisé la liberté d'entreprendre sans texte constitutionnel explicite comme fondement, et multiplié les réserves d'interprétation pour reconditionner sans ouvertement censurer des lois.

Quant au droit anglo saxon, il pratique aussi, et souvent aussi pour encadrer le droit contractuel, le droit étatique et le droit administratif. Certes, il ne sacralise pas l'action de l'Etat, il écarte la dualité des juridictions et ses enseignants, étudiants et commentateurs distinguent moins radicalement droit public et droit privé. Mais ses fondements sont aussi constitutionnels, législatifs et réglementaires, et ses juridictions accueillent en leur sein des sections administratives qui peuvent aussi attribuer à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun, et distinguer des principes d'action. De plus, la réglementation européenne, dont l'orientation générale est libérale, est souvent jugée aussi, voire plus, proliférante et tatillonne que des réglementations nationales. La libéralisation des échanges et le marché commun ne peuvent résulter de processus spontanés ; ils engendrent aussi bureaucratisation, sur réglementation, contrôles suspicieux. La directive hayekienne selon laquelle il faut faire prévaloir la bonne règle, spontanée et contractuelle, « nomos », et écarter la mauvaise règle, d'origine étatique et parlementaire, « thesis » est impraticable. Il n'y a pas d'économie, même libérale, sans « thesis ».

Resterait à savoir pourquoi persistent ces représentations largement fallacieuses d'un droit anglo saxon (victorieux, envahissant) laissant faire le marché, s'appuyant sur le contrat, réglé par les juges, et d'un droit continental ou français (en perte d'influence) étatique, contrôleur, tutélaire, paralysant, destructeur des équilibres spontanés, bureaucratique et coûteux, laissant le juge sans initiatives créatrices, serviteur très obéissant, « bouche » de la loi. Pourquoi ce sentiment de si vif bouleversement, et de dépossession, alors même que la réalité est plus constante ? On se contentera ici d'avancer, incidemment, une piste explicative sommaire : existence, en France d'un Etat centralisé, sacralisé, servi par des fonctionnaires pontifiant agissant théâtralement comme des prêtres au service d'une idée et d'un bien supérieur ; dans le droit anglo saxon existence d'une administration moins intimidante, plus polycentrique, organisant plus un dialogue préalable à la décision pouvant donner à celle-ci une allure contractuelle ; d'un côté, comme l'a aussi montré Legendre depuis son *Jour du pouvoir*, l'emphase cléricalle, propre à une culture catholique romaine soulignée par la glose

doctrinale cardinalesque exaltant les notions à majuscules. De l'autre, une présentation moins exaltée du droit, des juristes moins grands prêtres, plus tranquillement ingénieurs sociaux pragmatiques. Mais, partout, les mêmes bricolages pour, peut être bien, conformer les règles à l'esprit du temps accommodé aux préjugés des juges. Ils ont, en effet, en dernière instance, le dernier mot. Et alors l'abus de pouvoir peut pointer car quel pouvoir, légal, pourrait les arrêter ?

5- Du juge « bouche de la loi » au juge expert législateur.

Si l'on admet l'évidence du rôle, ici comme là, central du juge, on doit reconnaître que la question fondamentale posée aujourd'hui au droit est celle de l'appréhension du droit par le juge, de son pouvoir d'interprétation, lié ou discrétionnaire.

Cette question fait aujourd'hui l'objet de débats fondamentaux. Certes plus personne ne soutient la thèse du juge simple exécutant, « bouche de la loi », se bornant à appliquer mécaniquement une règle générale à une espèce particulière dans le cadre du syllogisme juridique. En réalité, de tous temps, il a fallu notamment d'abord donner un sens ou des sens aux mots de la loi, la bien lire, l'interpréter, également s'assurer des faits à juger et bien les qualifier, donc se demander s'ils entrent dans une des catégories posées par la loi telle qu'interprétée, enfin user de la marge laissée au juge dans son jugement final, par exemple dans la fixation d'une peine ou d'un dédommagement.

Le rôle du juge n'est donc pas mécanique. Sur l'inévitable interprétation, le débat oppose, selon les analyses et la terminologie de Michel Troper, les tenants de l'interprétation « connaissance » à ceux de l'interprétation « volonté ». Pour les premiers, l'interprétation est un travail de savants qui, utilisant des raisonnements scientifiques ou des techniques sophistiquées, vont réussir à découvrir la bonne interprétation de la règle. Pour les seconds, ces raisonnements présentés comme quasi mathématiques ne sont souvent que des habillages savants de préjugés : dans la mesure où il respecte certaines formes pour son raisonnement justificateur, le juge peut faire prévaloir sa propre interprétation et décision. Derrière le raisonnement bien formalisé et le rituel sacralisateur peut se cacher un jugement de valeur, un coup de force contre lequel il

est interdit d'opposer, une fois les voies de recours épuisées, des contre-pouvoirs.

En imposant sans recours son interprétation, le juge mais aussi les instances économique juridiques dites indépendantes chargées aujourd'hui d'imposer les bonnes pratiques libérales, réécrivent la règle, et donc orientent la société. Ils remodelent ainsi ses principes fondamentaux, politiques, économiques et sociaux. Le flou des nombreux standards juridiques, la fréquente réduction du droit aux principes du marché et la consécration de ceux-ci au sommet de la hiérarchie des normes limitent le pouvoir des élus et renforcent l'autorité de nouveaux dirigeants « éclairés » (juges, experts et sages devenant juges experts sages) par les bons principes du libéralisme économique. Ou, selon Dworkin - qui supplante Montesquieu et son juge, simple « bouche de la loi » par les bons principes en soi qu'il doit même faire prévaloir sur la lettre du texte quand son application mécanique, en quelque sorte à la Montesquieu, conduirait à des situations irrationnelles ou injustes.

6- La provisoire victoire d'Hayek et le nouveau contre modèle chinois ?

Sous emprise libérale, la foi dans le grand récit républicain, concurrence, s'érode. Etats, nations et élus sont suspects. Le droit volontariste est placé sous contrôle des juges, experts et sages au service des bons principes. Leurs interprétations volontaristes censurent et remodelent l'expression démocratique. Les bons principes tendent à absorber le droit. En tous cas ils subordonnent la loi. La bonne économie détermine la loi, ou l'expulse.

Ce nouveau droit libéral et son grand récit pseudo scientifique fondamentalement étaient exposés, en détail, dès 1973-1979 dans les trois tomes de Droit, Législation et Liberté. L'utopie du juriste économiste Hayek a été labélisée science, nobélisée. Certes, on l'a dit, « nomos », la bonne règle libérale, spontanée, n'a pas éliminé « thesis », la loi étatique perturbatrice : la prolifération législative européenne se surajoute à l'inflation normative nationale ; on réglemente désormais tant et tant pour, nous dit-on, desserrer les carcans, libéraliser ; les règles posées demeurent

rent et prolifèrent, encadrées, contrôlées, conformes à la bonne ligne. Mais, conformément à Hayek et à ses pairs, des gouvernements d'experts et de sages indépendants sont préférés aux lourds appareils présentés comme prisonniers des électeurs. Les élus, dits budgétivores, sont mis en lisière. La réduction des interventions et des impôts, la libre concurrence, l'équilibre, voire l'excédent budgétaire, et même la stabilité des prix, peuvent être constitutionnalisés.

Ces très nouveaux bons principes constitutionnels doivent être respectés et des gouvernants contrôleurs de la bonne conduite des Etats sont mis en place. Est donc constitutionnalisé un ordre public libéral, comme hier un ordre public socialiste. Mais hier on osait dire que ces pseudo constitutions, ne séparant pas les pouvoirs et justifiant l'emprise d'une oligarchie trahissaient l'esprit démocratique, et réellement libéral, du constitutionnalisme. Aujourd'hui, Dworkin peut affirmer que le constitutionnalisme se définit par l'octroi de droits garantis par des juges donnant un contenu précis à la constitution. Aussi bien le droit républicain français que le vieux droit économique, interventionniste et keynésien, des années 1970-80 sont de fait abrogés.

Nouveau siècle, nouvelle idéologie enrobée de discours scientifique légitimateur. Et nouveaux types de régimes politiques. La démocratie engendrant le clientélisme, les gouffres budgétaires, le « populisme », viendrait le temps des « Etats oligarchique de droit » (Jacques Rancière) ou du « démo-despotisme ». Belle justification pour une nouvelle « aristocratie » mondialisée à l'abri de tout, délégitimant ses opposants, rassurant et se rassurant par quelques bonnes oeuvres discrétionnaires et éparées tendant à gommer les redistributions plus consistantes, systématiques et équitables de l'Etat social démocrate.

Généralisant une nouvelle forme de lutte des classes, la gouvernance rencontrera donc un écueil social. Et elle affrontera un nouveau contre modèle, chinois, anti-individualiste et holiste, étatiste, interventionniste, discrètement protectionniste, plutôt opaque mais terriblement efficace. Ce mode d'organisation économique et sociale- inexorablement gagnant mais sans doute culturellement inexportable ?- est fondé sur le refus des proclamations ostensibles ou de la magie juridique propres au droit républicain (qui énonce, promulgue et veut croire,

selon le « principe du préalable», que l'énonciation dans les bonnes formes juridiques de la situation souhaitée suffira à la faire advenir). Il s'agit plutôt, nous explique François Jullien, d'attendre le bon moment, de se camoufler derrière la fadeur, et d'utiliser sans discours magiques et triomphants tout le « potentiel de situation».

Le vieux débat Etat républicain -société libérale serait donc périmé et la nouvelle « bipolarisation Chine Occident» mettrait désormais en opposition les deux formes concurrentes d'efficacité économique.

Références

- Jean Bernard Auby, *La Globalisation, le Droit et l'Etat*, Paris, Clefs, Montchrestien, 2003.

- André- Jean Arnaud, *Entre Modernité et Mondialisation, Cinq leçons d'histoire et de la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1998.

- Guillaume Bigot, « Les mythes fondateurs du droit administratif», RFDA, mai-juin 2000, p, 529 s.

- Jacques Chevallier, *L'Etat post moderne*, Paris, LGDJ, 2003.

- Bernard Cubertafond,

La Création du Droit, Ellipses, 1999.

« Théocraties» et « Souverainetés en crise», *Revue du droit public*, 1965 et 1989.

« Le Roman de la 5ème République à l'aube du démo despotisme», *Pouvoirs*, n° 104, janvier 2003, p. 159 à 169.

« Modernité du démo despotisme », *Civitas Europa*, Presses de l'université de Nancy, septembre 2003, p. 193 à 208.

« Essai sur un despotisme post moderne : le démo despotisme», *Annuaire Français de Relations Internationales*, 2004, p. 72 à 82.

« Critique de l'administration sous emprise libérale», in *Administration, Gouvernance et décision politique*, coordination Ali Sedjari, GRET, Université Mohamed 5, Rabat, L'Harmattan, 2004, p.27 s. et *Revue Administrative*, 2005.

« Le Léninisme médiatico-gramscien : Bodin assailli par Lénine et Gramsci », Politeia, 2004.1, p. 111 à 123.

« Crise positiviste et renouveau sociologique du droit constitutionnel », Politeia, 2004, 2.

- Ronald Dworkin, Prendre les droits au sérieux, et L'Empire du Droit, trad. PUF, 1994 et 1996.

- Jean Paul Fitoussi, La démocratie et le Marché, Grasset, Nouveau Collège de philosophie, 2004.

- Friedrich A. Hayek, Droit, Législation et Liberté, 3 tomes, 1973-1979, Paris, PUF, traduction, 1980, 1981, 1983.

- François Jullien, Traité de l'efficacité, Grasset, 1996 et « Grand Entretien » Le Monde2, 3 décembre 2005.

- Thomas S. Kuhn, La Structure des Révolutions scientifiques, 1962-1970 trad, Champs Flammarion, 1983.

- Pierre Legendre, Jouir du pouvoir, Editions de Minuit, 1976.

- Michel Troper, La Théorie du Droit, le Droit, l'Etat (chap.2 : Théorie de l'interprétation), PUF Coll. Léviathan, 2001.

- Vincent Valentin, Les Conceptions néo-libérales du Droit, préface de Jacques Chevallier, Economica, 2002.
