BERNARD CUBERTAFOND*

LE ROMAN DE LA Ve RÉPUBLIQUE À L'AUBE DU DÉMO-DESPOTISME[1]

On parle plutôt, en général, de son effectivité, notamment assurée par le contrôle de constitutionnalité. Le droit constitutionnel français ne serait plus, sous la Ve République, et particulièrement depuis la décision fondatrice du Conseil constitutionnel « Liberté d'association » (16 juillet 1971), du pseudo-droit, mou, indicatif, plus proche de la proclamation politique que du droit positif. Ce serait désormais du vrai droit, déterminant des compétences précises s'exerçant réellement, parce que placé, pour partie au moins, sous le contrôle du juge[2]. Si bien que les constitutionnalistes pourraient se poser, à l'égal des administrativistes, en juristes authentiques, ayant à commenter eux aussi des décisions aussi sophistiquées que celles du Conseil d'État. De plus, ce vrai droit, servi par de vrais juristes, est devenu un droit matriciel initial, générateur : la Constitution de la Ve République, telle que révélée par le juge constitutionnel, et particulièrement son préambule, contient les principes de base orientant toutes les branches du droit. Belle histoire et belle promotion : le faux droit marginal, vague, programmatique, est devenu du droit positif très dur et tout part du droit constitutionnel, droit fondement. Ce qui est extrêmement gratifiant, aussi bien pour les constitutionnalistes que pour les juges constitutionnels. Quant aux élus, ils peuvent aussi trouver avantage à cette valorisation en utilisant le juge constitutionnel comme pouvoir modérateur, en souhaitant secrètement des censures qu'ils pourront ensuite vertement dénoncer. Et tout le monde pourrait être content[3] !

Pourtant qui ne voit pas, aussi, l'extrême souplesse, malléabilité, de cette Constitution dont on a pu oublier certains aspects essentiels ou imaginer plusieurs interprétations : c'est la

* Professeur des universités à Paris-VIII.

1. Communication au congrès de l'Association française de droit constitutionnel, Toulouse, juin 2002, atelier Modernité et Constitution animé par Anne-Marie Le Pourhiet.

2. Voir Louis Favoreu, *La Politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1988.

3. Voir Bastien François, notamment « Pourquoi et comment les juges gouvernent ? Prolégomènes problématiques », *in* Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Henschling (dir.), *Gouvernement des juges et Démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 330 et 331.

Ve République romancée, au gré de leurs convictions et intérêts, par les acteurs politiques.

Et derrière ces différentes versions, dont la plupart sautent aux yeux, il y a une dure réalité, notamment européenne, qu'au contraire on ne veut pas dire ou voir : c'est la Ve République écartée, reléguée par les réalités postnationales, voire l'émergence d'un nouveau type de régime politique, peut être d'ordre démo-despotique.

La Ve République Romancée

On admet qu'il y a deux Ve République : celle du président « arbitre » actif, pouvoir principal, et celle du pôle gouvernement – Premier ministre-gouvernement-majorité parlementaire –, qui « détermine et conduit la politique de la nation ». Le camp qui gagne les présidentielles opte pour la première tandis que celui qui les perd entend jouer la Ve parlementaire. Et on connaît des partisans déclarés de la première formule désirer la seconde après une défaite à la présidentielle. Mais n'y aurait-il pas plutôt cinq versions romancées du même texte constitutionnel malléable : le roman épique – définitivement démodé ? – du général de Gaulle ; le roman réaliste réintroduit par les cohabitations ; le roman d'analyse, apparemment objectif, du Conseil constitutionnel ; le nouveau roman, innovant, démodant les précédents mais peut-être fourre-tout ou contradictoire des réformateurs divers ; le roman régionaliste imposé par l'Europe ?

Le roman épique du Général

Selon le roman épique imposé onze ans durant par le général de Gaulle, mais qui a pu aussi, dans une certaine mesure, servir de référence-justification aussi bien à Georges Pompidou qu'à François Mitterrand avant la cohabitation, le simple « arbitre-garant-gardien » de l'assez vague article 5 devient un décideur-démiurge. Les inévitables crises de l'histoire fiévreuse de la France et le retour périodique devant le peuple aussi bien par le référendum question de confiance que par l'élection présidentielle fondatrice et refondatrice posent le président en acteur principal d'où procèdent, nous assène-t-il dans son explication de texte-fresque du 31 janvier 1964, tous les autres pouvoirs, qu'il faut donc entendre par autorités (subordonnées). C'est aussi un surhomme en puissance aux prises avec la grande histoire : il dispose du feu nucléaire, pas encore dévalué par l'arrêt des essais et par la réduction des moyens militaires, et il doit, lors des crises périodiques qui ébranlent le pays, prendre, en application de l'article 16, les mesures d'exception qui le conduiront au salut. Disposant d'un mandat long (sept ans) et renouvelable, le président garde le cap de la grandeur nationale tandis que Premier ministre et gouvernement, subordonnés et éphémères, vaquent aux contingences gestionnaires. À moins d'un divorce entre le président et la France, provoquant le départ du guide, la majorité parlementaire, d'ailleurs bridée par moult carcans constitutionnels, suit.

Il est tout à fait extraordinaire que le verbe gaullien ait réussi à imposer ce roman constitutionnel : ne l'avons-nous pas le plus souvent, et fort longtemps, enseigné, comme si allait de soi cette vision constitutionnelle, fruit d'une conception épique et cyclothymique de l'histoire (« pouvoir héroïque et pouvoir de routine », selon Stanley Hoffmann) et d'une conception militaire du pouvoir

(détermination générale d'une stratégie par un chef en surplomb et application pratique par des exécutants)[4] ?

Le roman réaliste de la cohabitation

Les cohabitations ont dissipé ces rêves incarnés et cette lecture épique et sélective de la loi fondamentale en revenant à la réalité des textes et des rapports de forces politiques. « Des faits, rien que des faits », telle est la règle de base du roman réaliste : le président n'est pas surarmé. L'exercice des pouvoirs sans contreseing peut s'avérer délicat : il doit nommer un Premier ministre disposant d'une majorité ; la dissolution peut tourner au fiasco ; l'article 16 est mis au musée de l'histoire ; sans majorité présidentielle acquise au président, l'article 5 sonne creux. De plus, la réduction du mandat à 5 ans détruit l'éventuelle posture avantageuse de président garant de l'essentiel sur le long terme. Le suffrage universel qui investit le président peut aussi bien le désavouer peu de temps après lors des législatives. S'il reste quand même, ce sera désœuvré, et démuni.

En revanche, le Premier ministre peut s'appuyer sur des dispositions nettes, sans pathos littéraire, trop longtemps occultées avec notre complicité. Quoi de plus péremptoire que les articles 20 et 21 : « Le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation », il « dispose de l'administration et de la force armée », le Premier ministre « est responsable de la défense nationale », « il dispose du pouvoir réglementaire », etc., de plus le gouvernement prépare le budget et la plupart des lois qu'il fait voter par sa majorité.

Chaque camp peut donc désormais raconter les deux histoires, et jouer sur les deux tableaux : le tableau présidentialiste s'il gagne les présidentielles, le tableau parlementaire s'il les perd. On cherche à tuer le président actif lors des législatives quand on a perdu les présidentielles. Et si on les gagne, on cherche à démultiplier sa puissance par la confirmation des législatives, d'où l'inversion du calendrier en 2002, qui, d'ailleurs, profitera à l'adversaire.

Le roman d'analyse du Conseil constitutionnel

La réécriture-gonflement de la Constitution par le Conseil constitutionnel a commencé par le « putsch juridique[5] » du 16 juillet 1971 : « vu la Constitution, et notamment son préambule ». Les lois doivent désormais se conformer au préambule de 1946 et à la déclaration de 1789. Et c'est au Conseil constitutionnel de donner le sens de ces textes souvent généraux, éventuellement contradictoires, longtemps considérés comme trop programmatiques ou trop vagues pour constituer du vrai droit. Et le Conseil constitutionnel va donc s'en donner à cœur joie, décryptant, sondant, recherchant les tréfonds, les sens cachés, enfouis, révélant l'indicible, comme un auteur de roman d'analyse, et, bien sûr, sous le couvert de longues décisions empruntant au sérieux affiché et reconnu du juge administratif, qui d'ailleurs s'était livré à peu près au même

4. Voir Jean-Marie Denquin, *La Monarchie aléatoire*, Paris, PUF, « Béhémoth », 2001.

5. Expression employée par Laurent Cohen-Tanugi, in *L'Influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée*, notes de l'IFRI, n° 40, 2002, p. 14, pour désigner la décision, également fondatrice de la CJCE, « Costa c. Enel » (15 juillet 1964).

exercice avec la création-découverte des principes généraux du droit.

Vient donc le deuxième coup, ou deuxième tome du roman d'analyse, et qui peut être sans fin : affirmation même sans texte exprès de principes constitutionnels, balancement de principes avec point d'équilibre choisi et imposé, élévation volontaire de règles législatives passées au niveau constitutionnel (PFRLR), réserves d'interprétation, etc. On fait dire à la Constitution ce qu'on veut bien lui faire dire. Pourtant a-t-on encore le droit de parler de « gouvernement des juges[6] » ? Peut on encore évoquer « la Constitution des juges[7] » ? Car cette prise en compte préalable des limites que pourrait imposer le juge constitutionnel, puis son intervention-sanction-rectification-dernier mot dans le processus législatif paraissent convenir aux nécessités de l'époque. C'est l'air du temps. On survalorise aujourd'hui la scientificité ou pseudo-objectivité de l'expert, et le détachement du juge, tandis qu'on refuse l'expression du suffrage ou qu'on tend à discréditer la démocratie sans contrôles ou encadrement de différents présupposés « sages » en populisme, ou *populism*. Imprégnation hayekienne : l'élection passerait par l'achat de clientèles au mépris de l'intérêt général ; la loi (sous-entendu de l'offre et de la demande) devrait être seulement précisée par des sages ayant fait la preuve de leur réussite[8]. Idéologie dominante orchestrée par les Guignols : les élus sont corrompus et menteurs. Conclusion : gare aux élections qui légitiment des emportements populistes et de démagogues et mieux vaut confier la décision aux sages ou aux sachants.

Ainsi les juridictions constitutionnelles, et les juges en général, ne deviennent-ils pas, au même titre que les instances nationales, supranationales et internationales de « régulation » et de (bien sûr bonne) « gouvernance », de nouveaux despotes éclairés exerçant leur magistère dans le cadre émergent démo-despotique qui sera précisé en fin d'exposé ?

Le nouveau roman des réformateurs

Soit il s'agit de rester dominé par la fièvre révisionniste des années 1990 et de continuer à répondre à des pressions intérieures et extérieures éventuellement contradictoires en transformant encore plus la Ve République en patchwork : suivre encore l'air du temps en faisant croire que le président peut être un citoyen comme les autres et donc lui refuser un statut pénal dérogatoire que l'on accorde pourtant aux parlementaires et au moindre diplomate ; rendre le Sénat moins conservateur et moins rural ; imposer de nouvelles interdictions formelles de cumuls de mandats ; même si on a peur d'y recourir, élargir le champ du référendum, introduire le référendum d'initiative populaire, voire le veto populaire des lois votées par le parlement ; et bien sûr, en arriver, enfin, à l'exception d'inconstitutionnalité pour « parachever l'état de droit », etc.

Soit il s'agit de trouver une nouvelle architecture constitutionnelle, de passer alors franchement à la VIe République notamment pour en finir avec la

6. Voir Séverine Brondel, Norbert Foulquier et Luc Henschling (dir.), *Gouvernement des juges et Démocratie*, *op. cit.*

7. Voir Robert Savy, *La Constitution des juges*, Paris, Dalloz, 1983, chron. p. 105.

8. Voir Friedrich A. Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, 1980-1983, 3 tomes.

cohabitation paralysante : on va vers un régime parlementaire en neutralisant le président de la République ou vers le régime présidentiel en supprimant la responsabilité d'un gouvernement homogène devant le parlement, et la dissolution.

Le roman régionaliste imposé par l'Europe

Mais le malaise constitutionnel français ne vient pas seulement de la cohabitation. Il vient aussi de la prééminence européenne qui transforme la Constitution française, qui s'affirme pourtant suprême et souveraine, en réglementation locale et subordonnée. Le droit constitutionnel est censé réglementer le pouvoir gouvernemental réel, selon le sens le plus large donné au mot « gouvernement ». Or résulte-t-il encore de la Constitution nationale ? Le président de la République, le Premier ministre et le gouvernement, le parlement, les différentes juridictions, à commencer par celles dites suprêmes, ne sont-ils pas en fait subordonnés aux instances européennes ? Pour expliquer réellement dans nos cours de droit constitutionnel le pouvoir gouvernemental réel, ne devons-nous pas de plus en plus introduire des développements jusqu'alors réservés aux droit et institutions européennes : expliquer autant le fonctionnement du gouvernement français que de la Commission européenne, de la loi que du règlement et de la directive européenne, du Conseil constitutionnel et du préambule que de la Cour de Strasbourg et de la Convention européenne des droits de l'homme ? Le nouveau droit constitutionnel français est largement du droit européen.

La Ve République écartée

Les règles de la Ve République sont donc – mais c'est, plus ou moins, le lot de toutes les règles – réinterprétées par les acteurs qui les transforment en ressources politiques, et récrites par les juges selon leurs préjugés. Mais, de plus, elles apparaissent souvent hors réalité, la réalité du XXIe siècle devenant peut-être postdémocratique, démo-despotique.

La Constitution hors réalité

En relisant tout simplement la Constitution on constate que maintes de ses dispositions, et notamment des dispositions clés, ne correspondent plus à la réalité. Tout d'abord, s'agissant des droits fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme tend à doubler le préambule gigogne (1789 et 1946) de 1958. On peut s'en réjouir, les garanties du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme se complétant, et surtout si l'on considère qu'il ne faut pas opposer les ordres juridiques sur des questions conflictuelles de hiérarchie mais plutôt se placer dans une logique de réseaux, d'entrelacs, de concurrence vertueuse et de renforcement réciproque des droits entretenue par ce « doux chaos juridique » dont « seuls les spécialistes parviennent à démêler les liens et les subtilités »[9]. De plus, un jour viendra sans doute où la consécration dans une Constitution européenne de la Convention européenne des droits de l'homme

9. Voir Laurence Burgogne-Larsen, « Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne », *Revue du droit public*, « La VIe République ? », 1er février 2002, p. 423-440.

et/ou de la Charte des droits fondamentaux adoptée le 18 décembre 2000 permettront vraisemblablement de faire l'économie des déclarations nationales générales de droits. D'ores et déjà le préambule de 1958 pourrait être modifié pour mieux coller à la réalité : à la référence à 1789 et 1946 pourrait s'ajouter une référence formelle aux textes européens relatifs aux droits fondamentaux. De plus, alors que les constructions européennes transforment et approfondissent les droits fondamentaux, elles bouleversent la souveraineté. Avec l'Union européenne, que deviennent l'article 3 de la Déclaration des droits (« le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ») et l'article 3 de la Constitution (« la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par voie de référendum ») ? Car la souveraineté n'est plus aujourd'hui un absolu ; elle est, dans le cadre européen, partagée. Et ce n'est plus au niveau national un pouvoir suprême[10]. Enfin dans son exercice concret interviennent fortement des groupes de pression alors que le même article 3 interdit son exercice par une « section du peuple ». L'Europe met donc à mal autant la mythologie que la pratique française de la souveraineté pourtant impliquées par la Constitution.

En matière de gouvernement au sens large, on observe aussi des écarts manifestes. Peut-on croire encore à l'article 20 ? Le gouvernement ne peut déterminer et conduire la politique de la nation sans souveraineté monétaire (traité de Maastricht), sans politique budgétaire et fiscale propre (critères de Maastricht, notamment), sans politique commerciale extérieure (délégation au Conseil européen et à la Commission), sans politique de la concurrence (idem).

Et qui fait la loi ? Certes le bloc gouvernement-majorité gouvernementale et, très éventuellement, le peuple français par la voie du référendum ; mais la règle européenne (traités, règlements, directives) prime sur la loi nationale, même postérieure. L'agenda européen tend à s'imposer à l'agenda national. Les gouvernements nationaux peuvent suggérer et négocier en amont, et regimber en aval, mais ils doivent mettre en application une règle issue de compromis extérieurs qui ne leur sont toujours pas favorables[11].

Toute cette évolution fédérale était d'ailleurs annoncée dès le 15 juillet 1964 par le coup de force initial et fondateur de la Cour de justice des Communautés européennes, l'arrêt « Costa c. Enel » : « … à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États-membres […] et qui s'impose à leurs juridictions […] ceux-ci ont limité […] leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes ».

Enfin, s'agissant de la justice, l'évolution des mentalités, des comportements, et même de la Constitution au travers des révisions opérées[12] et en devenir, infirme l'idée constitutionnelle de départ consa-

10. Voir Bernard Cubertafond, « Souveraineté en crise ? » *Revue du droit public*, n° 5, 1989, p. 1273-1303.

11. Voir Bernard Cubertafond, *La Création du droit*, Paris, Ellipses, 1999, p. 61-63.

12. Loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 relative au Conseil supérieur de la magistrature et à la Haute Cour de justice.

crée par l'article 64 : le judiciaire n'est plus une « autorité », subordonnée, qui aurait besoin du président de la République pour garantir son indépendance. Et d'ailleurs quelle curieuse idée que vouloir faire garantir l'indépendance d'un pouvoir par un autre pouvoir porté comme tout pouvoir à réduire les autres pouvoirs ! En réalité les magistrats du siège se sont, et ont été, émancipés. Ceux du parquet l'auraient été par le gouvernement Jospin en dépit de l'article 21 selon lequel le Premier ministre dirige l'administration et donc, aussi, sans doute, le ministère public dont l'action devrait avoir une cohérence nationale, reflet d'une politique pénale gouvernementale. On est encore au cœur des évolutions conduisant une autorité sous tutelle vers l'indépendance réelle mais déjà bien des dispositions du titre VIII (de l'autorité judiciaire) ne sont plus en phase avec la réalité.

Quant au principe de dualité des juridictions, il a été, certes, constitutionnalisé par le Conseil constitutionnel « romancier » qui en a fait un principe fondamental reconnu par les lois de la République[13], mais quel est son avenir avec la jurisprudence activiste de la Cour européenne des droits de l'homme qui impose les mêmes règles d'équité pour tous les procès ? Déjà la loi française a rapproché des compétences et des procédures si bien que le juge administratif peut rivaliser avec le juge judiciaire dans la fonction de « gardien de la liberté individuelle » pourtant réservée au judiciaire par l'article 66[14].

Certes les révisions du titre VI (des traités et accords internationaux), l'intégration dans la Constitution d'un nouveau titre XV (des Communautés européennes et de l'Union européenne) et les décisions du Conseil constitutionnel qui ont conditionné ces évolutions permettent aujourd'hui de mieux évoquer les articulations entre pouvoir gouvernemental national et pouvoirs supranationaux et internationaux en surplomb. Et dans un avenir plus ou moins proche l'adoption d'une Constitution européenne entraînant une révision d'ensemble de la Constitution française pourrait conduire à exposer et à enseigner obligatoirement l'imbrication et la hiérarchisation des instances.

En attendant, il faudrait introduire dans le nouveau droit constitutionnel franco-européen de longs développements sur les droits fondamentaux, le lobbying, la Commission, le commissaire à la concurrence, le Conseil européen législateur, la Banque centrale européenne, les règlements et les directives. Parler donc autant, sinon plus, des groupes de pression que de l'initiative parlementaire, du président de la Commission et du président de la Banque centrale européenne que du ministre français de l'Économie et des Finances. Pour rendre compte d'un nouveau type de régime politique émergent ?

La réalité démo-despotique ?

Perte de substance de la souveraineté nationale et prévalence d'autorités souveraines post-stato-nationales théori-

13. Décisions du 22 juillet 1980 (loi de validation) et du 23 janvier 1987 (conseil de la concurrence).

14. Voir Roland Vandermeeren, « La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif (loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives) », *ADJA*, septembre 2000, p. 706-721.

quement à l'abri des emportements populaires mais sans légitimité démocratique. Domination de fait par les autorités de gestion théoriquement compétentes et objectives se combinant avec, et compensées par l'attribution de droits garantis par des juges nationaux et supranationaux indépendants et créateurs, en concurrence vertueuse et surenchérissant. L'évolution largement subie par la France, d'où peut-être ses récents errements électoraux, et imposée par l'Europe, à propos de laquelle Jacques Delors aurait parlé de « despotisme doux et éclairé[15] », ne préfigure-t-elle pas le nouveau type de gouvernement que l'on pourrait appeler démo-despotique, nouvel idéal-type au contenu paradoxal justifiant donc cet oxymore ?

Selon Max Weber (*Essais sur la science*) un idéal-type, ou type idéal, est une représentation de la réalité, partielle, et partiale, construite à partir de valeurs spécifiques conduisant à choisir certaines variables au détriment d'autres n'entrant pas dans les centres d'intérêt du chercheur. Il s'agit donc d'accentuer certains points de vue, d'enchaîner plus ou moins subjectivement plusieurs phénomènes isolés pour donner une représentation de la réalité. C'est donc faire, si l'on ose dire, de la sociologie interprétative et imaginative pour tenter d'éclairer notamment certains aspects nouveaux du réel.

Abordons tout d'abord l'aspect despotique de l'idéal-type pour souligner la mise à l'écart croissante des institutions de la Ve République. Il s'agirait d'une nouvelle forme de despotisme « éclairé » : des autorités ayant le dernier mot, experts, sages, juges, régulateurs, non investis par le suffrage populaire mais se légitimant par la compétence (affichée), l'objectivité (affichée), leur sens du bien, du juste et du vrai (affirmé), imposent la (bonne) ligne aux individus et aux groupes quant à eux, avance-t-on en même temps, empêtrés dans leurs passions et intérêts immédiats, obnubilés par le court terme, incapables de discerner l'intérêt général et portés à exercer un chantage sur les élus s'assurant une carrière politique par l'octroi de mesures clientélistes budgétivores. C'est ce que dénonce Hayek[16]. Pour sa part, Giandomenico Majone donne les avantages d'un gouvernement par les experts de l'Union européenne : indifférence par rapport aux contraintes électorales, et donc possibles vues à long terme ; expertise réelle ; capacité de négociation ; opiniâtreté et non-sensibilité aux opinions volatiles[17]. Le plus souvent les règles de « bonne gouvernance » imposées par les instances dites indépendantes sont tout simplement les lois du marché telles qu'interprétées par les groupes économiques dominant le secteur et les conceptions monétaristes et anti-keynesiennes

15. Selon Jacques Delors, l'Union européenne serait une « construction à l'allure technocratique et progressant sous l'égide d'une sorte de despotisme doux et éclairé ». Conférence donnée le 7 décembre 1999 à la cathédrale de Strasbourg. De longs extraits dans *La Croix* du 10 décembre 1999, « donner une âme à l'Europe ». Citation reprise de François Devoncoux du Buysson, *Une histoire d'amour. Essai sur la République française*, Paris, L'Écart, 2001, p. 80.

16. Friedrich A. Hayek, notamment *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, 1995, t. III, p. 12.

17. Giandomenico Majone, *La Communauté européenne : un État régulateur*, Paris, Montchrestien, « Clefs », 1996.

(phobie des déficits publics et des subventions, privatisations, objectif prioritaire de la stabilité des prix même au détriment de la croissance, du revenu salarial et de l'emploi).

Ce « despotisme éclairé » est de plus en plus critiqué, aussi bien par des mouvements sociaux que par des experts même parfois issus du sérail : ainsi Joseph E. Stiglitz, prix Nobel d'économie, ex-conseiller de Bill Clinton, ex-vice-président de la Banque mondiale, dénonce-t-il le dogmatisme libéral étroit du FMI, souvent destructeur de croissances économiques et sociales[18]. Quoi qu'il en soit, on observe le poids croissant de ces instances se proclamant indépendantes et objectives au niveau mondial (Banque mondiale, OMC, FMI, de fait dominées par les États-Unis qui ont un véritable droit de veto sur leurs principales décisions), au niveau européen (Commission, Banque centrale européenne, voire Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) et au niveau national (agences et autorités dites indépendantes et « régulant » tel ou tel secteur). Elles peuvent avoir des pouvoirs de décision, d'orientation, de coordination, de sanction, d'incitation, de réglementation et donc l'emportent sur les trois pouvoirs classiques dont elles brouillent les fonctions et les frontières. Elles tendent à agir en osmose avec le secteur économique qu'elles régulent, ce qui peut conduire à l'emprise sur elles de certains groupes tendant en fait au monopole et imposant leurs normes (cf. aux États-Unis les affaires Microsoft et, plus récemment, Enron).

Quant à l'aspect démocratie, il s'agit beaucoup moins de la démocratie au sens classique de gouvernement représentatif issu d'élections concurrentielles libres, et responsable devant le parlement et les citoyens, que de la démocratie des droits : attribution de droits dans le cadre étatique et, de plus en plus, supra-étatique, droits classiques mais aussi droits liés au corps, au comportement sexuel, à l'appartenance régionale et « communautaire », et pourquoi pas même à la nature (terre, mer, végétation, animaux). Ces droits sont garantis par des juges appliquant des règles mais aussi, quand elles sont absentes ou vagues, faisant prévaloir une conception créative, activiste des droits pour répondre aux demandes pressantes de l'opinion sans cesse auscultée (ou incitée-excitée ?) par les sondages présentés comme forme continue et instantanée de la démocratie. Cette tendance réduit le poids du politique conçu comme choix global de société et de valeurs communes porté par des partis agrégateurs, médiateurs et formateurs de futurs dirigeants. Elle exaspère la politique entendue au contraire comme bureau des plaintes, comme proclamation indéfinie de droits par des individus et groupes autocentrés rendus moins conscients de la nécessité d'un intérêt général national. Elle transforme le citoyen responsable en créancier frustré et agressif.

Si l'on dresse, pour terminer, une vue cavalière de cette nouvelle forme politique hypothétique ou en gestation dans laquelle situer aujourd'hui le droit gouvernemental français, on peut distinguer trois niveaux. Premier niveau, le niveau local et/ou national dans lequel la nouvelle démocratie serait garantie a) par le parlement traditionnel en quelques domaines (résiduels ?) et pour répondre

18. Joseph E. Stiglitz, *La Grande Désillusion*, Paris, Fayard, 2002.

à des préoccupations locales dans le cadre du principe de subsidiarité, b) par des groupes de pression entendus dans le cadre de procédures de décision leur faisant place et souvent sous couvert d'une « société civile » aussi mal définie que la « communauté internationale », c) surtout par l'attribution de droits individuels et collectifs promus et assurés par des juges indépendants et inventifs, ayant tendance à s'affirmer comme seuls représentants intègres et objectifs. Au deuxième niveau, plus exclusivement national, on trouverait des instances de régulation, agences et autorités dites indépendantes et un gouvernement affirmant l'idée de « bonne gouvernance » (souci des intérêts à long terme, gestion rigoureuse des budgets publics ; promotion de la meilleure formule, forcément libérale, de gouvernement économique ; affirmation d'une volonté de prise en compte des aspirations de (l'indéfinissable) « société civile » et donc choix d'interlocuteurs non élus ; approche compassionnelle (G.W. Bush) et mise en place de filets de protection pour les laissés-pour-compte). Enfin on trouverait au niveau supra ou international les institutions de bonne gouvernance mondiale déjà évoquées plus ou moins ouvertes à la participation égalitaire des États ou dominées, ouvertement ou discrètement, par l'hyperpuissance qui exerce déjà largement le monopole de la violence symbolique (Bourdieu) et qui revendique quasiment, essentiellement sous couvert de l'ONU ou de ses propres « coalitions », la gestion policière de la violence mondiale. Utopie ?