

LA CONSTITUTION ECONOMIQUE

Une enquête sur les rapports entre économie, politique et droit

Guillaume Grégoire

Résumé

L'enquête s'articule en deux temps, précédés d'une présentation du *cadre théorique de l'étude (Prolégomènes)*. Après avoir esquissé, dans les grandes lignes, la *généalogie du concept de Constitution économique (Première Partie)*, l'étude s'intéresse, en droit positif, au *phénomène de constitutionnalisation de l'économie (Deuxième Partie)*.

La partie préliminaire de l'étude est mise à profit pour expliciter les coordonnées épistémologiques et méthodologiques de l'enquête. Plus précisément, il s'agit d'exposer le postulat de l'« omniprésence du pouvoir », d'après lequel les rapports de pouvoir et les relations de domination constituent l'élément irréductible de toute collectivité humaine. Ce caractère fondamentalement antagonique, donc politique, de la société se prolonge à la fois dans les savoirs qui, tout en procédant de la société, tentent de s'en abstraire pour mieux l'étudier (les sciences humaines et sociales ou les « sciences de la culture ») et dans les normes et institutions (notamment juridiques) qui, émanant de la société, la structurent et la régissent. Dans ce contexte, le droit et les disciplines qui s'attachent à l'étude du droit condensent autant qu'ils influencent les rapports de pouvoir qui traversent la société. Toutefois, la porosité des savoirs aux relations de pouvoir – et aux considérations idéologiques qui s'y rattachent – n'induit aucunement qu'il faille rejeter toute prétention à la « neutralité axiologique ». Contre certaines lectures, parfois superficielles, des enseignements de Max Weber, il convient de préciser la *Wertfreiheit* que nous revendiquons dans notre démarche scientifique : elle constitue non pas tant un état de fait, ni même un objectif atteignable par la science, qu'un *ethos* du chercheur qui, rejetant toute norme du vrai dans le monde des valeurs, tente, tant que faire se peut, de mettre à distance ses jugements de valeur personnels, pour se concentrer sur la recherche d'une vérité aussi objective que possible dans le monde des faits et, en l'occurrence, des faits sociaux – fussent-ils, eux, nécessairement empreints de valeurs. La recherche d'une vérité aussi objective que possible dans le monde des faits nous amène alors à nous interroger sur la place des concepts dans cette entreprise et sur leur fonction d'appréhension du réel, indispensable mais nécessairement imparfaite et limitée. Ce point d'attention aux entreprises de conceptualisation, comprises comme tentatives toujours renouvelées d'interprétation et de représentation du monde social-historique qui nous entoure, constitue la ligne de crête que nous empruntons au cours de l'enquête.

Il nous faut alors élaborer une méthode qui, tirant les conséquences des postulats épistémologiques présentés, nous guide lors de ce cheminement, en nous offrant les outils nécessaires pour étudier, d'une part, les interactions qui s'établissent entre le droit positif et l'environnement social dans lequel celui-ci se situe et, d'autre part, la dialectique qui s'opère entre les entreprises concurrentes de conceptualisation et l'évolution de la réalité sociale, y compris juridique. Cette méthode qualifiée d'« approche contextuelle et interdisciplinaire du droit » vise à faire ressortir, à partir du droit positif, à la fois la problématique sociale à laquelle renvoient certaines normes ou institutions juridiques et les diverses théories (notamment économiques) qui sous-tendent ces normes et ces institutions – ce qui ne peut se faire rigoureusement qu'en étudiant les considérations politiques et idéologiques qui imprègnent tant le droit positif et que les théories qui l'influencent. Unité de base tant des langages juridique que scientifique, les concepts offrent à cet égard un point d'entrée privilégié pour mettre en œuvre une telle approche : l'analyse de leur émergence, de leur déplacement de significations et des luttes d'interprétation qui se nouent autour de leur définition permet d'éclairer sous un jour nouveau certains

phénomènes juridiques et sociaux contemporains. La démarche généalogique de Michel Foucault et l'histoire des concepts de Reinhardt Koselleck irriguent ainsi l'approche contextuelle et interdisciplinaire du droit retenue pour notre recherche. Pour explorer le concept spécifique de Constitution économique et la problématique sociale qu'il recouvre et afin d'éclairer l'antinomie fondamentale qui semble les traverser, nous élaborons de manière plus systématique les « idéaux-types » de « démocratie » et d'« État de droit », qui constituent autant de points de repère pour la suite de l'enquête.

Une fois le cadre théorique posé, les résultats de la recherche proprement dits sont développés. Sur le plan diachronique, qui équivaut à la **Première Partie**, il est possible, schématiquement, de distinguer deux périodes dans la généalogie de la Constitution économique : l'émergence du concept, d'une part ; sa systématisation, d'autre part.

La première, qui correspond au **Titre I^{er}**, s'étend de la première énonciation de la notion par les Physiocrates, annonciateurs du libéralisme économique, à sa formulation critique, anti-libérale, par les courants socialistes (puis conservateurs) au cours de l'entre-deux-guerres, sous la République de Weimar. Les racines du concept puisent ainsi aux sources du libéralisme, qui se construit, dès la seconde moitié du XVII^e siècle et au cours du XVIII^e siècle, contre l'absolutisme monarchique de l'État souverain, omnipotent et omniscient (**Chapitre 1^{er}**). Ce mouvement s'opère à la fois aux niveaux juridique et économique – les deux étant du reste, à l'époque, fortement intriqués. Sur le premier plan, philosophico-juridique, a lieu l'avènement du constitutionnalisme moderne structuré autour de la recherche, d'une part, des « droits naturels de l'homme » qui seraient au fondement de toute société et qui s'imposeraient à l'État lui-même et, d'autre part, du « juste » équilibre entre les divers pouvoirs qui composent l'État. Au second niveau, épistémique et économique, l'étude des rapports de production, d'échange et de propriété se spécialise et cherche, avec l'invention du marché pensé comme institution autorégulatrice, à se fonder comme véritable science de la société, à l'image de la physique de Newton dans la sphère de la nature. Concrétisé au cours du XIX^e siècle par une action législative des parlements nationaux progressivement acquis à la bourgeoisie par le biais du suffrage censitaire, malgré les résistances de l'aristocratie foncière, l'ordre libéral économique fondé sur le marché se trouve de plus en plus contesté au tournant du XX^e siècle – seconde période-clé pour l'étude de l'émergence du concept (**Chapitre 2**). C'est en effet avec (et en réaction à) la *Question sociale* que la Constitution économique sera réellement mobilisée, s'affirmant à la fois comme concept *spéculatif* permettant de comprendre les changements qui s'opèrent au sein de la société et comme notion *polémique* au service d'idéologies diverses et de projets politiques concurrents. L'entre-deux-guerres, avec l'apparition des alternatives fasciste et soviétique au modèle libéral, fut marqué par des théorisations explicites, quoique antagonistes, de la Constitution économique (*Wirtschaftsverfassung*) de la République de Weimar (1919-1933).

Au cœur de controverses qui ont vu s'affronter certains des juristes les plus éminents de leur temps, qu'ils soient socialistes, conservateurs ou libéraux, le concept fait ensuite l'objet, au sein de la littérature scientifique occidentale de la seconde moitié du XX^e siècle, d'une réappropriation progressive par les différents courants néolibéraux – inaugurant là la seconde période de la généalogie du concept (**Titre II**). Endossant certaines des critiques conservatrices émises contre une conception jugée trop extensive de la démocratie, le camp libéral opéra un *aggiornamento* doctrinal en s'attachant à redéfinir les conditions juridiques d'existence et de préservation de l'économie de marché et du mécanisme concurrentiel autour duquel celui-ci s'organise. La Constitution économique représente l'aboutissement logique de leurs réflexions néolibérales (**Chapitre 1^{er}**). S'ensuit une dissémination du concept au sein d'autres disciplines, et notamment dans la sociologie de Niklas Luhmann, elle aussi imprégnée de certains postulats (néo)libéraux. La monopolisation du concept est loin cependant d'en clore la destinée, car une vague de contestation apparaît depuis le tournant du XXI^e siècle (**Chapitre 2**). Elle s'articule autour de l'accusation de « libéralisme autoritaire » et d'un programme de recherche alternatif rassemblé sous l'appellation *Law and Political Economy*. La critique principale est portée sur la clôture

démocratique que représenterait le processus de consécration, dans les normes supra-législatives, de principes et de règles vouées à verrouiller l'ordre économique de marché. Le projet d'intégration européenne par le droit et par le marché, censé, à l'image du « doux commerce » cher déjà à Montesquieu, garantir la paix des nations par une plus grande interpénétration des économies nationales, constituerait la pointe avancée du *phénomène de constitutionnalisation de l'économie* – qui toucherait du reste également les ordres juridiques nationaux.

Pourtant, de nombreux auteurs maintiennent encore et toujours l'hypothèse d'une neutralité économique des Constitutions nationales, voire européenne. Dans une perspective pour ainsi dire panoramique, nous tentons dès lors, dans la **Deuxième Partie** de l'enquête, d'esquisser les contours et de présenter les traits saillants, en droit positif, du processus de constitutionnalisation du cadre juridique qui ordonne le système économique et organise les rapports de l'État et des citoyens vis-à-vis dudit système économique. En cherchant à pénétrer l'éventuel « référentiel économique » implicite des normes suprêmes, nous opérons, ici encore, en deux temps : nous présentons d'abord le droit de l'Union européenne, puis nous nous penchons sur les aspects économiques des Constitutions nationales des ordres juridiques retenus.

Concernant l'Union européenne (**Titre I^{er}**), nous reprenons la distinction, établie en doctrine, entre les niveaux *micro-* et *macro-* de la Constitution économique européenne. Au stade *micro-*économique (**Chapitre 1^{er}**), le marché commun, puis intérieur, est structuré autour des quatre libertés fondamentales de circulation, qui jouissent d'une primauté normative tant sur les droits économiques et sociaux reconnus (superficiellement) au niveau de l'Union que sur les ordres juridiques nationaux, mis en concurrence par le principe de reconnaissance mutuelle. L'exception des exigences (ou raisons) impérieuses d'intérêt général confirme d'ailleurs la règle de principe qu'est la concurrence normative. À côté de ce versant *micro-*économique *sensu stricto*, qui permet d'établir les bases du marché (commun/intérieur), le droit de la concurrence, versant *méso-*économique, vient s'assurer de la pérennité des conditions institutionnelles d'une concurrence « non faussée », non sans soumettre au passage progressivement à une logique concurrentielle les services publics nationaux, requalifiés le plus souvent en services d'intérêt *économique* général. Le mantra de la « Communauté de droit » véhiculé par les institutions européennes, décliné désormais en « Union de droit », constitue dès lors une manifestation assez remarquable de l'État de droit économique revendiqué par les divers courants de la nébuleuse néolibérale. L'impression se confirme lorsque l'on élargit la vue pour embrasser l'aspect *macro-* de la Constitution économique européenne, c'est-à-dire, selon sa dénomination officielle, l'Union économique et monétaire (**Chapitre 2**). Malgré les modifications apportées au cadre institutionnel au gré des crises économique, monétaire et sanitaire, la (Nouvelle) gouvernance économique européenne se singularise encore et toujours par la volonté de soumettre les États à la logique disciplinaire du marché, tandis que la politique monétaire est centralisée et confiée à une banque centrale indépendante. Loin de réfuter ce constat, le conflit ouvert entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice de l'UE au sujet des politiques monétaires démontre au contraire le degré de pénétration du référentiel économique néolibéral : la lutte s'est située au niveau de la bonne interprétation à donner à la logique disciplinaire du marché, sans remettre aucunement en cause l'idée que c'est au marché que revient la tâche de juger et de sanctionner les politiques publiques économiques, budgétaires ou sociales des États membres.

Scrutés par les acteurs du marché, les États nationaux sont donc censés procéder à des consolidations budgétaires et autres réformes structurelles, pour se concentrer sur leurs missions de contrôle du bon fonctionnement concurrentiel du marché. Une tension se crée dès lors entre l'État social, issu des grands compromis de l'après-guerre, et l'État régulateur, supposé assurer l'efficacité de l'économie de marché – et dès lors la prospérité globale de la collectivité. Sans doute accentuée par la pression européenne, la tension est en réalité déjà à l'œuvre au sein des jurisprudences constitutionnelles nationales – du moins d'Allemagne, de France et de Belgique (**Titre II**). L'interprétation des libertés économiques classiques

que sont le droit de propriété, la liberté de commerce et d'industrie (aussi appelée liberté d'entreprendre ou liberté de profession) et la liberté contractuelle (**Chapitre 1^{er}**) dénote par rapport à celle donnée aux droits économique et sociaux ou au principe d'État social, appelé aujourd'hui à être « rationalisé » (**Chapitre 2**). Là où les premières tendent à une protection presque inconditionnelle (sans pour autant être évidemment illimitée), les seconds sont défendus sous la « réserve du possible », selon l'éloquente expression de la Cour constitutionnelle allemande. Sauf que, par les limites imposées au nom des libertés économiques classiques au législateur, notamment dans le domaine fiscal, ces mêmes juridictions contribuent en réalité à réduire ce périmètre du « possible ».

C'est alors la thèse de la neutralité économique des constitutions qui n'en sort pas totalement indemne. Le phénomène n'est évidemment pas à sens unique. Il est loin d'être abouti et dénué de contradictions. Il n'en demeure pas moins que la constitutionnalisation de l'économie concurrentielle de marché apparaît comme l'horizon actuel des ordres juridiques européen et nationaux, acquis progressivement à l'idée d'un État de droit économique, de plus en plus éloigné de la logique démocratique pour être tendanciellement arrimé à la raison épistocratique – avec, au sommet, le juge suprême comme « gardien de la Constitution économique ». D'un modèle théorique, la contrainte du marché advient alors comme réalité concrète de plus en plus tangible. Pour autant, le cadre juridique qui la rend effective, fût-il de rang constitutionnel, n'est jamais intangible, même lorsqu'il se prétend tel.