



HAL
open science

Quels équilibres entre droit constitutionnel institutionnel, normatif et substantiel ?

Ariane Vidal Naquet

► To cite this version:

Ariane Vidal Naquet. Quels équilibres entre droit constitutionnel institutionnel, normatif et substantiel ?. QUELLES DOCTRINES CONSTITUTIONNELLES AUJOURD'HUI POUR QUEL(S) DROIT(S) CONSTITUTIONNEL(S) DEMAIN, Sep 2016, Toulouse, France. halshs-02112638

HAL Id: halshs-02112638

<https://shs.hal.science/halshs-02112638>

Submitted on 26 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les domaines

Quels équilibres entre droit constitutionnel institutionnel, normatif et substantiel ?

Ariane Vidal Naquet

Tel qu'il est formulé, le sujet part d'un constat - le droit constitutionnel est triple, institutionnel, normatif et substantiel - et l'assortit d'une interrogation : comment décrire voire assurer des équilibres entre ces différents domaines. On reconnaît, là, l'apport de l'école dite aixoise de droit constitutionnel et l'article fondateur de Louis Favoreu, intitulé « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », paru en 1990¹. Véritable « manifeste » publié dans le premier numéro de la *Revue française de droit constitutionnel*, cet article entend renouveler la notion même de droit constitutionnel, dorénavant défini comme le droit de la Constitution. Ce faisant, le droit constitutionnel semble à la fois concentré sur ce qui paraît être son essence et, dans le même temps, considérablement élargi, à la fois dans son objet et dans sa fonction. En effet, la définition proposée, tout en invitant à opérer un recentrage du droit constitutionnel sur la Constitution, conduit à une extension voire à une dilatation du droit constitutionnel. Ce dernier embrasse dorénavant trois domaines, dont les contours sont eux-mêmes renouvelés. Domaine traditionnel du droit constitutionnel, le droit institutionnel s'intéresse aux institutions politiques, auxquelles s'ajoutent désormais, sous le coup de la nouvelle définition proposée, les institutions administratives et juridictionnelles qui, traditionnellement, n'en faisaient pas partie. A ce premier domaine classique du droit constitutionnel s'ajoute le droit normatif ou fondamental qui inclut, pour reprendre les termes de Louis Favoreu, le système des sources du droit. Ce domaine intègre la production et l'articulation des normes nationales, locales et internationales entre elles et se trouve comparé à « un mouvement d'horlogerie parfaitement au point dont le juge constitutionnel assure la régulation ». Enfin, troisième objet, le droit constitutionnel substantiel (ou relationnel) recouvre le droit des libertés, ces libertés « fondamentales » proclamées par la Constitution et garanties par le juge constitutionnel. Cette expansion du champ matériel du droit constitutionnel s'accompagne également de mutations plus substantielles décrites par Louis Favoreu. Un premier mouvement de « constitutionnalisation-juridicisation » se traduit par la soumission de la politique au droit : c'est la politique saisie par le droit, selon la formule désormais bien connue. Le deuxième mouvement, celui de la « constitutionnalisation- élévation », consiste en l'élévation du niveau hiérarchique de nombreuses normes juridiques, désormais hissées au niveau constitutionnel. Le troisième mouvement, « la constitutionnalisation-transformation », revêt un aspect matériel : c'est le phénomène de la constitutionnalisation du droit et des différentes branches du droit.

On sait également les réactions suscitées par cet article², réactions qui se sont doublées d'analyses plus institutionnelles, raisonnant en termes de stratégies et de volonté de repositionnement de la science du droit constitutionnel³, pour lequel l'heure de la revanche aurait sonné⁴. Interprétées comme le manifeste de l'école aixoise de droit constitutionnel, ces analyses ont également suscité,

¹ A ce sujet, voir P. Gaia, « L'École aixoise », ce colloque – voir également X. Magnon, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction » in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 233-254 et A. Roux « Une école d'Aix : l'enseignement du droit constitutionnel et son évolution », in *Six siècles de droit à Aix*, PUAM, 2009, p.

² Voir notamment S. Rials, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, vol. 64, n° 2, 1991, p. 159-175.

³ Voir notamment B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », in *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 210-229

⁴ Voir notamment P. Avril « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs* n°49, 1989, p. 5-13

en réaction, la création de nouvelles écoles, tout particulièrement l'école dite politiste de droit constitutionnel, présente notamment à l'Institut Michel Villey, ainsi que d'une nouvelle revue, *Jus politicum*⁵, dont l'ambition est de faire entendre une « autre musique » sur les questions constitutionnelles face au « dogmatisme » lié à l'école aixoise et au ton monocorde, voire stérilisant de cette dernière. Le recentrage du droit constitutionnel autour du droit de la Constitution s'est, paradoxalement, accompagné d'un véritable éclatement de la science du droit constitutionnel.

Face à la perturbation ainsi provoquée, on conçoit que la question des équilibres se pose. Cette dernière peut néanmoins être posée en plusieurs termes. S'agit-il d'un équilibre quantitatif entre les trois domaines identifiés - l'institutionnel, le normatif et le substantiel - c'est-à-dire un équilibre en termes de poids, s'interrogeant sur l'importance consacré à tel ou tel domaine, ou d'un équilibre qualitatif, qui raisonnerait en termes de primauté de tel ou tel domaine et donc de hiérarchie ? Faut-il raisonner en termes d'équilibre partiel ou d'équilibre général ? Autrement dit, faut-il apprécier les équilibres isolément les uns des autres ou les considérer comme un tout, posant la question de leur compatibilité et de leur cohérence ? Par ailleurs, l'interrogation est formulée en termes de domaines. Le terme n'est pas neutre, car le domaine est traditionnellement entendu comme le lieu d'exercice d'un droit de propriété, avec l'idée d'appartenance, de revendication, d'appropriation. En ce sens, il revêt une dimension d'identification : quel domaine relève ou non du droit constitutionnel ? Il renvoie également à la question de leur délimitation : comment faire le départ entre ce qui relève du droit constitutionnel institutionnel, du droit substantiel, du droit normatif ? Il pourrait renvoyer, encore, à la nature de l'éventuel droit s'exerçant sur ce domaine : un droit de propriété exclusif, une simple sphère d'influence ouverte à la concurrence ? Il renvoie, enfin, à la fonction de ces domaines : est-ce un facteur d'identification du droit constitutionnel voire de sa spécificité, qui permettrait de le distinguer des autres droits ?

Au-delà de la formulation du sujet, d'autres interrogations se profilent. D'abord, l'énumération proposée - droit constitutionnel institutionnel, normatif, substantiel - est-elle considérée comme un acquis incontestable ou prête-t-elle encore à discussion ? Ensuite, et surtout, le droit constitutionnel peut-il s'intéresser à d'autres domaines que ceux ainsi listés ? Autrement dit, la liste est-elle limitative ou peut-elle encore s'élargir ? Existe-t-il un domaine / des domaines par « nature » du droit constitutionnel ou celui-ci peut-il s'étendre à l'infini, devenant un droit « no limit » ? Et encore, pourquoi devrait-on raisonner en termes d'équilibres entre les différents domaines du droit constitutionnel ? L'équilibre, c'est le juste rapport, la pondération, la stabilité, y compris dans le mouvement ; le déséquilibre évoque le manque, le dérèglement mais aussi le changement, le mouvement et, surtout, le prélude à un nouvel équilibre ... Autre question, encore, à quoi bon s'interroger sur les domaines du droit constitutionnel ? La réflexion revêt, d'abord, une dimension cognitive, en ce qu'elle permet d'avoir une meilleure connaissance du droit constitutionnel, qu'il soit entendu comme objet ou comme discours. Elle revêt également une dimension pragmatique, cherchant à améliorer la fabrication ou encore l'utilisation du droit constitutionnel. Cette réflexion sur les domaines remplit encore une fonction d'identification du droit constitutionnel, contribuant à le définir et, ainsi, à le caractériser. Elle remplit encore une fonction de légitimation : la réflexion sur les domaines du droit constitutionnel justifie que ce dernier s'y intéresse, y jouisse d'une sphère d'influence partagée avec d'autres savoirs, voire en réclame l'exclusivité.

Face à la multiplicité et à l'ampleur de ces questions, il est nécessaire de partir, dans un premier temps, de l'existant et de proposer un essai de topographie du droit constitutionnel, permettant de prendre la mesure des domaines et des équilibres. Dans un second temps, sera tenté un essai de « géopolitique » du droit constitutionnel, avec le sentiment que la vraie question est ailleurs que dans la concurrence entre les domaines et qu'elle porte, en réalité, sur les frontières du droit

⁵ Entretien de A. Le Divellec avec Nonfiction, le quotidien des livres et des idées, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus_politicum__le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm

constitutionnel.

I Essai de topographie du droit constitutionnel

Cette tentative de topographie de l'état actuel de la science du droit constitutionnel vise à établir un certain nombre de mesures, de constats, qui seront confrontés aux représentations existantes dans la science du droit constitutionnel, permettant ainsi de prendre la mesure des équilibres et des déséquilibres.

A) La mesure : quels sont les domaines du droit constitutionnel ?

L'identification des domaines du droit constitutionnel n'a rien d'évident. Un petit tour des manuels de droit constitutionnel montre que le triptyque droit constitutionnel institutionnel / substantiel / normatif est encore assez largement minoritaire. On le retrouve, bien évidemment, dans le Précis Dalloz « *Droit constitutionnel* » de L. Favoreu et *alii*, publié en 1998 aux éditions Dalloz et régulièrement mis à jour depuis⁶, dans certains dictionnaires⁷, dans le *Traité international de droit constitutionnel*⁸ ainsi que dans quelques ouvrages, pour la plupart issus de l'école aixoise de droit constitutionnel⁹. En dehors de ces ouvrages, les autres, qui ont souhaité maintenir, pour la plupart, l'appellation *Droit constitutionnel et institutions politiques* voire l'inverse, s'intéressent, pour l'essentiel, aux institutions politiques, en retenant généralement le traditionnel découpage théorie générale de l'Etat / histoire constitutionnelle française / régimes politiques étrangers / Ve République.

Un rapide tour d'horizon des enseignements dans les facultés de droit souligne que le triptyque droit institutionnel / normatif / substantiel n'est pas, non plus, si répandu que cela. De ce point de vue, Aix-Marseille Université présente une réelle singularité, puisqu'au traditionnel cours de Droit constitutionnel de première année a été ajouté un semestre de Droit constitutionnel en deuxième année, intitulé Droit constitutionnel approfondi, dont l'objet est précisément d'aborder le droit constitutionnel normatif. Quant au cours de Libertés fondamentales, enseigné dès la deuxième année à Aix-Marseille, il est clairement marqué comme un cours de droit constitutionnel, ne serait-ce que par les enseignants qui l'assurent. Si le temps a manqué pour une étude plus approfondie des programmes dans les différentes facultés de droit, il semble exister une réelle singularité aixoise au regard de ce découpage, finalement peu répandu dans les autres facultés.

Les domaines tels qu'ils apparaissent dans les thèses et les monographies sont plus difficiles à identifier, peu d'entre eux affichant une pure identité « Droit constitutionnel »¹⁰. De manière plus impressionniste, la participation à différents jurys de thèse et de concours ou encore à certaines instances nationales, type CNU, donne le sentiment que les sujets de thèse dit « institutionnels »

⁶ On relèvera, cependant, que la construction de l'ouvrage n'est pas articulée autour de ce triptyque, puisqu'il contient une première partie consacrée à l'Etat de droit et une deuxième partie consacrée au « droit de l'Etat et des personnes », reprenant les trois objets du droit constitutionnel dit « moderne », à savoir les institutions, les normes, les libertés.

⁷ Notamment dans Y. Meny et d'O. Duhamel, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992 et dans P. Avril et J. Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, QSJ, 2016

⁸ D. Chagnollaud et M. Troper (s.d.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012

⁹ On retrouve cette approche dans E. Oliva et de S. Guimmarra, *Droit constitutionnel*, 2016, 8^e éd. (qui aborde d'abord le cadre général du droit constitutionnel puis la Constitution de la Ve République, en abordant successivement les institutions, les normes et les droits et libertés), ainsi que, de manière plus lointaine dans M. Verpeaux, *Droit constitutionnel français*, PUF, 2015 (qui traite successivement des fondements du système constitutionnel français, de l'histoire constitutionnelle et la Ve République et, dans une dernière partie, des normes) et dans F. Mélin Soucramanien et P. Pactet *Droit constitutionnel*, Sirey, LGDJ, 35^e éd., 2016 (qui consacre une première partie à la Théorie générale du droit constitutionnel, une seconde partie au droit constitutionnel français, examinant les institutions de 1789 à 1958, puis la Cinquième République avec les trois derniers chapitres sur les normes)

¹⁰ Par exemple, le fichier central des thèses se contente de la distinction académique droit public / droit privé, ne permettant pas d'identifier les domaines d'étude.

demeurent aujourd'hui les plus répandus, bien que de nombreuses thèses portent sur le « droit normatif » et que les thèses portant sur les droits et libertés s'avèrent de plus en plus nombreuses.

Ce rapide tour d'horizon mérite d'être replacé dans une perspective historique et comparatiste. L'idée que l'étude des règles institutionnelles devait s'accompagner d'une étude des droits et libertés n'est pas si neuve que cela. Ainsi J.-L. Mestre souligne que la première Chaire de droit constitutionnel créée à Paris en 1834 portait non seulement sur les institutions politiques établies par la Charte de 1830 mais aussi sur les « garanties individuelles »¹¹. Dans sa thèse *Enseigner le droit public à Paris sous la IIIe République*¹², Guillaume Richard insiste sur l'ampleur de l'objet du droit constitutionnel, dès le rétablissement de la chaire de droit constitutionnel à Paris en 1871 et sous toute la IIIe République. Autrement dit, il existe une grande diversité des domaines du droit constitutionnel jusqu'au tournant de la science politique dans les années 1950¹³. Ce n'est qu'après la Seconde guerre mondiale et la réforme de 1954 que le droit constitutionnel devient associé à la présentation des institutions et de la vie politiques et qu'il se focalise, alors, sur les institutions politiques.

Un rapide rapprochement avec les droits voisins souligne également la diversité des domaines du droit constitutionnel étranger. D'ailleurs, dans son article fondateur, Louis Favoreu ne cache pas que ses réflexions sur la définition et l'objet du droit constitutionnel moderne sont marquées par les droits étrangers, notamment le droit allemand. Ainsi faut-il souligner la place fondamentale qu'occupe l'étude des droits et libertés en Allemagne¹⁴, en Belgique¹⁵, mais encore au Portugal, aux États-Unis, en Suisse, en Espagne ... A cela s'ajoute la place qu'occupe l'étude des normes et des rapports entre normes, tout particulièrement dans les États fédéraux dans lesquels la répartition des compétences est fondamentale, ainsi que celle qu'occupe la justice constitutionnelle.

Ainsi, loin de marquer la spécificité de l'objet du droit constitutionnel moderne, la perspective comparatiste tout comme la perspective historique plaident, plutôt, en faveur d'une banalisation voire d'une normalisation de la situation française. Pourtant, l'investissement de ces nouveaux domaines par le droit constitutionnel est ressenti, en France, comme un dérèglement, invitant à s'interroger sur la façon dont ces équilibres sont représentés et, surtout, vécus.

B) La représentation : quels déséquilibres ?

Très clairement, l'expansion des domaines du droit constitutionnel est vécue comme un dérèglement : elle semble s'être faite au détriment de l'un d'entre eux, le droit constitutionnel

¹¹ L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2016, 18^e éd., p. 15 et s

¹² G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la IIIe République*, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2015, not. P. 516 et s.. L'étude réalisée à partir des cours des principaux titulaires des chaires (Esmein, Gidel, Chénon) démontre que le droit constitutionnel inclut, certes, les institutions mais intègre également une réflexion très poussée sur le « constitutionnalisme », le pouvoir constituant, la place du juge et le contrôle de constitutionnalité des lois. L'étude souligne également la place fondamentale consacrée aux droits et libertés, alors même que les lois constitutionnelles de 1875 sont silencieuses en la matière et relève le changement de l'intitulé du cours, qui devient en 1905 « éléments du droit constitutionnel et garanties des libertés individuelles » et ce, jusqu'en 1922

¹³ Tournant marqué notamment par le changement de dénomination en Droit constitutionnel et institutions politiques, appellation qui disparaîtra en 1997

¹⁴ Ainsi, Outre-Rhin, le premier semestre de droit constitutionnel est habituellement consacré à l'étude du « Staatsorganisationsrecht » (les règles relatives aux organes constitutionnels de l'État) et le second semestre au régime des « Grundrechte » (les droits fondamentaux). J'adresse tous mes remerciements à Luc Heuschling pour ces précieuses informations !

¹⁵ Par exemple, à l'Université libre de Bruxelles, le cours classique de droit constitutionnel, situé en 2^e année, s'organise autour de ces deux parties (institutions/droits fondamentaux). J'adresse également tous mes remerciements à Marc Verdussen !

institutionnel, qui pâtirait de l'émergence des deux autres et se plaît à dénoncer une vision dogmatique voire hégémonique du « nouveau » droit constitutionnel. La virulence de cette réaction ne peut s'expliquer que par le sentiment d'une incompatibilité radicale entre le droit constitutionnel ancien, limité aux institutions, et le droit constitutionnel « moderne ».

De la juxtaposition à l'exclusion des domaines - En apparence, le triplement de l'objet du droit constitutionnel tel que décrit dans l'article de Louis Favoreu n'ignore pas le droit institutionnel, ni ne le renie. Il lui adjoint simplement d'autres domaines. D'un point de vue statique, on pourrait soutenir que le droit institutionnel n'est plus l'unique domaine du droit constitutionnel mais un domaine parmi d'autres, ce qui se traduit par une simple relativisation de sa place. D'un point de vue dynamique, on peut envisager les relations susceptibles de se créer entre ces différents domaines sous différents rapports : une logique de coexistence pacifique, les différents domaines du droit constitutionnel existant indépendamment les uns des autres ; une logique de complémentarité, s'ils se complètent et se renforcent entre eux ; une logique de rivalité, s'ils se concurrencent les uns les autres ; une logique d'exclusivité, s'ils s'excluent mutuellement ... Et c'est clairement la logique qui prédomine, tout au moins du point de vue du droit constitutionnel institutionnel.

Il faut bien concéder, ici, que l'émergence des deux nouveaux domaines, normatif et substantiel, ne conduit pas simplement à une relativisation de la place du droit institutionnel mais aussi à l'accentuation des contraintes pesant sur lui, les trois domaines n'étant pas interdépendants mais étroitement liés les uns aux autres, comme le souligne Louis Favoreu¹⁶. Car, dorénavant, les pouvoirs institués sont, en réalité, limités dans leur activité normative par les dispositions de la Constitution, notamment celles relatives aux droits et libertés, et potentiellement sanctionnés par un juge. Telle est l'idée défendue par Louis Favoreu : la politique est désormais soumise au droit et, notamment, au droit constitutionnel par l'intermédiaire du juge constitutionnel. Cette idée est, apparemment, difficilement supportable en ce qu'elle remettrait en cause le caractère fondamentalement « politique » du droit constitutionnel. Les réactions sont, de ce point de vue, très vives : le nouveau droit constitutionnel aurait pour conséquence, si ce n'est comme objectif, de disqualifier l'ancien droit constitutionnel, entendu comme un « droit politique. » Le droit constitutionnel moderne serait ainsi incompatible avec l'ancien, mettant en évidence le caractère irréductible de ces deux visions du droit constitutionnel¹⁷.

Droit de la constitution ou droit du politique ? Dans l'analyse proposée par Louis Favoreu, la démultiplication de l'objet du droit constitutionnel est directement liée à la nouvelle définition proposée du droit constitutionnel. C'est parce qu'il est droit de la Constitution que le droit constitutionnel embrasse désormais ces trois domaines. Le raisonnement est essentiellement empirique et s'appuie sur le constat de l'évolution de l'objet des Constitutions. Alors qu'auparavant, ces dernières se bornaient à constituer les institutions politiques et à poser les relations se nouant entre elles, les Constitutions modernes s'intéressent également aux libertés et aux normes, notamment sous le coup de leur internationalisation. Les domaines du droit constitutionnel épousent, dans cette logique, le contenu des Constitutions. L'évolution de la science du droit constitutionnel n'est donc que le reflet de l'évolution de l'objet du droit constitutionnel. Le triplement des domaines du droit constitutionnel n'est que la conséquence de la nouvelle définition proposée, le droit constitutionnel vu comme le droit de la Constitution, et de la démarche adoptée, une approche de droit positif.

Cette définition du droit constitutionnel demeure encore assez marginale. Là encore, un rapide tour

¹⁶ Voir également A. Delcamp, « Après le triomphe du « droit constitutionnel jurisprudentiel », peut-on encore penser les institutions ? », *RFDC*, 100, 2014

¹⁷ En témoignent, par exemple, les propos très vifs de J.-M. Denquin « Eléments pour une théorie constitutionnelle », *préc.* : « le seul droit constitutionnel parce qu'il est, à la différence de la discipline qui avait antérieurement et abusivement emprunté son nom, un vrai droit (...) tout ce qui, de l'ancien droit constitutionnel, ne peut être récupéré par la nouvelle discipline doit être déclaré irréel, illusion, amplication ou reversé au compte d'autres disciplines »

d'horizon des différents manuels est instructif. Parmi les ouvrages qui prennent le soin de définir leur objet d'étude, nombreux sont ceux qui précisent que le droit constitutionnel s'intéresse à la Constitution vue comme l'organisation du pouvoir politique ; mais nombreux sont également ceux qui soutiennent que le droit constitutionnel est relatif à l'organisation du pouvoir politique, sans faire une quelconque référence à la notion de Constitution ; certains, enfin, distinguent nettement le droit constitutionnel de la Constitution, pour le détacher de cette dernière, soulignant que le droit constitutionnel est à la fois plus que la Constitution et que la Constitution est moins que le droit constitutionnel. Il est alors défini comme le droit du politique, vu comme quelque chose de plus « noble » que la Constitution qui ne saurait être réduit à cette dernière. Pourtant, dire que le droit constitutionnel est le droit du politique ne renseigne qu'imparfaitement sur son objet¹⁸. D'objet, le politique devient une caractéristique : le politique serait la marque de la véritable singularité¹⁹ du droit constitutionnel et cette dernière serait antinomique avec le juridique.

La guerre semble ainsi déclarée - la vivacité des propos en témoigne -, l'irréductible droit institutionnel cherchant à résister encore et toujours à ces envahisseurs que sont le droit normatif et le droit substantiel... L'image pourrait faire sourire, sauf qu'on ne peut échapper au sentiment que ces querelles intestines sont contre-productives et affaiblissent le droit constitutionnel. Ne faut-il pas, alors, renoncer à raisonner en termes de domaines, pour s'interroger moins sur les équilibres internes au droit constitutionnel que sur ses frontières ?

II Tentative de géopolitique du droit constitutionnel

A raisonner en termes d'équilibres entre les différents domaines, de prévalence de l'un ou de l'autre, la doctrine se divise et s'affaiblit. Ne faut-il pas déplacer la focale ? Il semble que l'attention doive être portée moins sur les domaines que sur les frontières : jusqu'où peut s'étendre le droit constitutionnel ? Quel est l'apport du droit constitutionnel et, au-delà, du constitutionnaliste ?

A) Quelles divisions pour le droit constitutionnel ?

Le raisonnement en termes d'équilibres entre les domaines du droit constitutionnel est doublement pernicieux : il conduit à des divisions internes et à un affaiblissement externe. Sur le plan interne, la focalisation sur les différents domaines du droit constitutionnel conduit à des raccourcis et caricatures souvent grossières, qui vont du « tout institutionnel » au « tout normatif » en passant par le « tout droits et libertés ». Plusieurs stratégies sont utilisées, mettant en avant tantôt un critère chronologique (le droit institutionnel a été le premier), tantôt ontologique (l'institutionnel engendre le normatif ou inversement), tantôt axiologique (le substantiel est porteur de vraies valeurs) dans le but d'établir la primauté de l'un des domaines sur l'autre, chacun cherchant à défendre un « égo-droit constitutionnel ».

C'est, par exemple, la tentation du « pan institutionnalisme », qui cherche à montrer à montrer que « l'institutionnel prime le normatif »²⁰ et que « la priorité ontologique du droit institutionnel sur le droit jurisprudentiel est (donc) incontestable »²¹. Autre manifestation de cette tendance, la volonté de distendre les limites de l'institutionnel, pour y inclure tous les autres domaines, avec l'idée que

¹⁸ Selon la formule retenue par P. Avril, le droit constitutionnel est politique « du point de vue de son origine, de son domaine et de son application », ce qui ne renseigne guère sur son contenu (P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, PUF, Paris, 1997, p. 163)

¹⁹ C'est une idée défendue tout particulièrement par J.-M. Denquin, par P. Avril, par O. Beaud et soutenue très nettement par la Revue *Jus politicum*

²⁰ J.-M. Denquin, « Approches philosophiques », *Droits*, n° 32, 2000, p. 43

²¹ J.-M. Denquin, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, PU Strasbourg, n° 8, 2006, pp. 103-142, not. p. 110

les autres dimensions ne sont que des « province(s) » du droit institutionnel²². Autre tentation, celle du tout normatif, qui se complait dans l'étude des normes et de leur articulation, dans les raffinements des rapports de système²³, en omettant d'intégrer la dimension institutionnelle, l'institution disparaissant entièrement derrière la norme produite. Autre possibilité, encore, la tentation du « tout droits et libertés », comme en témoigne l'interrogation portée par la Jeune recherche en droit constitutionnel : « Les DLF, nouvel horizon du droit constitutionnel ? »²⁴, avec le sentiment d'une logique tentaculaire des droits et libertés, qui permettent d'attirer n'importe quel sujet ou presque dans le giron du droit constitutionnel²⁵.

Ces querelles de chapelle franco-françaises se doublent d'un affaiblissement externe du droit constitutionnel, alors que, paradoxalement, le triplement de l'objet du droit constitutionnel pouvait jouer en la faveur de ce dernier. En effet, outre l'expansion du champ matériel du droit constitutionnel, le nouveau triptyque droit institutionnel / normatif / substantiel a sans doute contribué à renforcer le caractère scientifique du droit constitutionnel. Désormais régi par des normes, voire alimenté par des valeurs, le droit constitutionnel ne dépend plus uniquement de données aléatoires (la conjoncture politique, les pratiques institutionnelles) et peut afficher une certaine stabilité, voire une certaine prévisibilité²⁶. Est également valorisée l'utilité pratique du droit constitutionnel. Désormais sanctionnées, les règles constitutionnelles engendrent la mise en place d'un véritable « réflexe constitutionnel »²⁷, phénomène largement amplifié par la QPC et dont témoigne, par exemple, la naissance de la nouvelle revue *Constitutions*, dite « revue de droit constitutionnel appliqué ». Est encore valorisée la place académique du droit constitutionnel : investissant, ou réinvestissant le champ des droits fondamentaux et des normes, l'importance du droit constitutionnel dans la formation des juristes est réhabilitée d'autant.

Or, les divisions internes affaiblissent le droit constitutionnel et l'exposent tout particulièrement vis-à-vis des autres disciplines. Si l'investissement du champ des droits fondamentaux par le droit constitutionnel a pu être vu comme un coup de force des constitutionnalistes, qui les ont sortis du giron du droit administratif²⁸, il permet à ces derniers de rivaliser avec le droit de la Convention européenne, logique de rivalité clairement accréditée par l'instauration de la QPC et par son économie générale. Aujourd'hui, la matière des droits et libertés fondamentaux revendique nettement son autonomie mais elle est également offerte aux appétits des européanistes et des privatistes. Quant au domaine des normes et des rapports de systèmes, passé dans le giron du droit constitutionnel, il continue d'être revendiqué par les privatistes²⁹. Mais il est aujourd'hui aussi très largement réclamé par le droit administratif, qui ne voit dans le principe de constitutionnalité qu'une déclinaison du principe de légalité, et par le droit de l'Union européenne, qui prétend expliquer tout aussi bien – et de plus haut – les logiques des rapports de systèmes.

Ces prétentions des autres sciences et des autres disciplines sur les nouveaux domaines du droit

²² J. M. Denquin, « Éléments pour une théorie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 105

²³ Voir notamment sur cette critique D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, Autour de la notion de Constitution, n°3, 2009

²⁴ Colloque organisé à Lyon au mois d'octobre 2013

²⁵ Voir notamment l'analyse de P. Brunet, « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in *Les droits de l'homme ont-ils « constitutionnalisé le monde » ?*, S. Hennette-Vauchez, J.-M. Sorel (dir.), De Boeck, 2011, p. 283-302.

²⁶ Conf B. François, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon pratique », *op. cit.*, p. 224 ; voir également O. Cayla, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999, p. 106-141

²⁷ Selon l'expression déjà utilisée par L. Favoreu, « Le droit constitutionnel », *op. cit.* p. 189 - voir également « Le réflexe constitutionnel », s.d. X. Bioy, X. Magnon, W. Mastor, S. Mouton, Bruylant, 2013

²⁸ Pour reprendre l'expression de V. Champeil-Desplats, « Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus politicum*, n°5

²⁹ Ainsi, L. Favoreu souligne que soulignant que le système des normes était à l'origine étudié dans le cours d'introduction au droit, qui est le plus souvent faite par les professeurs de droit privé (« Le droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 16)

constitutionnel amènent à regarder non plus vers l'intérieur – quels équilibres entre les domaines du droit constitutionnel – mais plutôt vers l'extérieur : quelles frontières pour le droit constitutionnel ?

B) Quelles frontières pour le droit constitutionnel ?

Tel que formulé, le sujet présupposait l'existence de trois domaines - institutionnel, substantiel, normatif - entre lesquels il s'agissait d'assurer, de préserver, voire de restaurer un équilibre. Ces domaines sont-ils limitatifs ou peuvent-ils encore s'étendre ? Pour élargir encore la question, le droit constitutionnel et la science du droit constitutionnel ont-ils un objet qui leur est propre et qui permettrait de les caractériser ?

Quel est l'objet du droit constitutionnel ? « Etat, Constitution, démocratie ? » La démonstration a été tentée par J.-M. Denquin, qui conclut que ces notions sont trop englobantes, trop polymorphes et, pourrait-on ajouter, trop circulaires, pour permettre de délimiter l'objet du droit constitutionnel et la science du droit constitutionnel³⁰. Définir le droit constitutionnel par la notion d'Etat bute sur la polysémie du terme et revient, la plupart du temps, à assimiler l'Etat à la Constitution ou l'Etat au droit, ce qui ne permet pas de comprendre l'objet spécifique du droit constitutionnel³¹. Deuxième tentative, celle de définir le droit constitutionnel par la démocratie, notion tout aussi plastique qui ne permet pas, non plus, de circonscrire le droit constitutionnel. Tentative non entreprise, celle de définir le droit constitutionnel par le ou la politique, y compris par ceux qui réfutent le lien entre droit constitutionnel et Constitution, un peu à la manière de Magritte – ceci n'est pas une pipe – et définissent le droit constitutionnel par le politique.

Dans ces conditions, définir le droit constitutionnel comme le droit de la Constitution n'est-il pas le moins risqué ? On objectera, certes, la difficulté à définir la notion de Constitution. La définition matérielle est loin d'être convaincante. Certes, il est possible d'identifier des « constantes » du droit constitutionnel mais ces dernières ne suffisent à donner un contenu à la notion de Constitution, encore moins à en être un élément de définition. D'où la nécessité de privilégier une approche purement formelle de la constitution, mais qui ne renseigne donc pas sur l'objet du droit constitutionnel. Mais on pourrait encore emprunter à Luc Heuschling ses variations autour de la notion de constitution³² : constitution réelle, c'est-à-dire telle qu'elle résulte du droit positif, constitution idéale, telle qu'elle résulte du droit naturel, constitution factuelle, celle qui régit l'organisation effective du pouvoir politique, constitution dispositionnelle, telle qu'elle est prévue par les textes, autant de sens du mot Constitution qui pourrait permettre de réconcilier les visions du droit constitutionnel ...

Quelles sont les limites du droit constitutionnel ? La délimitation de l'objet du droit constitutionnel permet-elle de circonscrire les limites de ce dernier ? Ne faut-il pas se résoudre à considérer que les frontières du droit constitutionnel méritent d'être identifiées par celles de la constitution et donc du droit positif ? Dans cette logique, les frontières du droit constitutionnel épousent le contenu des Constitutions. Ainsi faut-il considérer que le Médiateur de la République n'était pas un objet du droit constitutionnel mais que le Défenseur des droits le devient par la magie de la révision constitutionnelle de 2008. Ce faisant, le domaine du droit constitutionnel devient évolutif et potentiellement illimité, ne dépendant plus que de l'imagination et de la volonté du

³⁰ J.-M. Denquin, « L'objet du droit constitutionnel : Etat, Constitution, démocratie ? », *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., p. 51 et s.

³¹ Voir le plaidoyer de L. Heuschling pour sortir la théorie générale de l'Etat du champ du droit constitutionnel « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'État, de la théorie constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2011, n°5

³² L. Heuschling, « La Constitution formelle », in *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., p. 265 et s.

constituant voire du juge : l'animal est potentiellement un objet du droit constitutionnel³³. Ce phénomène est encore accru par le « cercle vicieux » de la juridictionnalisation de la Constitution : parce que le droit constitutionnel est désormais sanctionné, la tentation peut être grande d'y inclure des dispositions de plus en plus diverses.

On conçoit, dans ces conditions, que le domaine du droit constitutionnel soit potentiellement illimité, ce qui n'est pas sans faire redouter un éventuel impérialisme du droit constitutionnel... En sens inverse, il faut alors concéder que ce qui sort de la Constitution échappe au droit constitutionnel ; ainsi d'une Constitution qui serait totalement muette sur les droits et libertés et qui ferait sortir les droits et libertés du champ du droit constitutionnel³⁴. Pour autant, le constitutionnaliste est-il disqualifié pour en parler ? Doit-il limiter son discours au droit constitutionnel ainsi appréhendé ? On a raisonné, jusqu'à présent, en assimilant le droit constitutionnel comme objet au droit constitutionnel comme science. Mais la coïncidence doit-elle être parfaite entre les deux ? Le constitutionnaliste peut-il parler de ce qui échappe à la Constitution ? Inversement, doit-il parler de tout ce qui se trouve dans la Constitution ? Ces interrogations portent sur l'objet de la science du droit constitutionnel et sur ses frontières. Plus encore, elles portent sur l'intérêt, sur la valeur ajoutée de la science du droit constitutionnel : quel est l'apport du constitutionnaliste aujourd'hui ?

La prétention des autres disciplines juridiques voire des autres sciences sur les domaines du droit constitutionnel invitent à une sorte d'auto-analyse, surtout à l'heure de la pluri-disciplinarité. La démarche a été initiée par ce colloque et il convient de remercier très sincèrement ses organisateurs, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Stéphane Mouton pour leur invitation.... Durant ces deux journées, la réflexion a été, pour l'essentiel, interne et introspective, permettant de réfléchir sur l'objet de la science du droit constitutionnel ; elle mériterait sans doute d'être portée à l'extérieur, pour interroger les frontières du droit constitutionnel dans ses relations avec les autres droits, avec les autres sciences, et, pourquoi pas, portée par l'extérieur, pour apprécier la façon dont le droit constitutionnel est perçu par les autres droits et par les autres sciences.

³³ A ce sujet, voir par exemple O. Gassiot, « L'animal, nouvel objet du droit constitutionnel », *RFDC*, 2005, p. 228

³⁴ L'hypothèse est vérifiée au Luxembourg, où les droits et libertés sont considérés comme un objet relevant du droit international et européen davantage que du droit constitutionnel, expliquant que les manuels soient peu discrets sur la question.