Penser le droit constitutionnel ?

Jean-Marie Denquin

▶ **To cite this version:**

Jean-Marie Denquin. Penser le droit constitutionnel ?. Jus Politicum : Revue de droit politique, 2021, Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel, 25, pp.157-166. halshs-03285869

HAL Id: halshs-03285869
https://shs.hal.science/halshs-03285869

Submitted on 1 Sep 2022

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.

Jus Politicum

Revue de droit politique

Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel

Institut Villey
pour la culture juridique et la philosophie du droit

Directeurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

Directeur de la publication

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

Fondateurs

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

Conseil de rédaction

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil),
Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas),
Renaud Baumert (Université de Cergy-Pontoise),
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas),
Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes),
Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas),
Quentin Epron (Université Panthéon-Assas),
Thibault Guilluy (Université de Lorraine),
Jacky Hummel (Université de Rennes 1),
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas),
Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas),
Elina Lemaire (Université de Bourgogne),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines),
Céline Roynier (Université de Cergy-Pontoise),
Christoph Schönberger (Universität Konstanz),
Adam Tomkins (University of Glasgow)
Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

Conseil scientifique

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaud (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

Secrétaire de rédaction

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

Assistants d'édition

Martin Hullebroeck (Université Panthéon-Sorbonne et Université libre de Bruxelles)
Ina Belcheva (Université Panthéon-Sorbonne)

Jean-Marie Denquin

Penser le droit constitutionnel ?

Qu'est-ce que « penser le droit constitutionnel » ? Il est certainement possible d'apporter à cette question des réponses diverses, également soutenables. Mais je ne chercherai pas ici à en dresser l'inventaire. Je voudrais seulement dire, en quelques mots, quel sens je donne à cette expression. Aussi m'exprimerai-je, chose inhabituelle, à la première personne du singulier.

Dans les *Principes de la philosophie du droit*, Hegel dit que « la science positive du droit » s'intéresse à *ce qui est de droit* plutôt qu'à *ce qu'est le droit*[1]. Penser le droit, c'est d'abord à l'évidence reconnaitre la pertinence de cette distinction – sans en assumer nécessairement la pointe polémique inhérente à la logique du système hégélien – et se situer d'emblée dans le second terme de l'alternative. Les deux approches sont en effet bien distinctes. Les juges et la doctrine peuvent *dire ce qui est de* droit sans s'*interroger sur ce qu'est le* droit. Les philosophes peuvent philosopher sur le droit sans jamais se demander ce qu'est, dans un cas concret, la décision juridiquement correcte : ils se contentent le plus souvent de se demander ce qui est *juste* – question manifestement toute différente, et à laquelle il est, selon le point de vue adopté, plus difficile ou plus facile de répondre qu'à la question de savoir ce qui est *de droit*.

Toutefois, si les deux démarches opposées par Hegel doivent incontestablement être distinguées, il est possible aussi de montrer en quoi elles sont solidaires. En effet comment penser le droit – ce qui est autre chose que philosopher sur lui : on peut aisément s'en convaincre en lisant quelques auteurs – sans voir qu'une telle démarche implique au moins deux conditions ? Il faut d'une part savoir ce qui *est de droit* en général, donc reconnaître l'existence de *règles* et de règles *juridiques*, par opposition à des règles morales, prudentielles, etc. Il faut d'autre part identifier les comportements particuliers qui exemplifient ou non ces règles c'est-à-dire distinguer les comportements conformes au droit et les comportements qui ne le sont pas. Par conséquent, dans la conception que je défends, *penser le droit* n'est pas le penser comme indice ou mesure d'autre chose que lui-même – le processus de civilisation, la prise de conscience de l'Esprit par lui-même, le règne du Juste ou l'*État de droit* fétichisé – mais le penser seulement comme étant lui-même. Or cette réflexion ne saurait être conduite sans le penser comme rendant possible la détermination de *ce qui est de droit*.

Ces données générales s'appliquent au droit constitutionnel. On peut s'interroger sur ce qu'est celui-ci, et observer que la question de savoir *ce qui est* de droit s'y trouve souvent posée. Elle est parfois résolue par l'intervention d'un juge ou

[1] G.W.F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 2, trad. J.-F. Kervégan, Paris, PUF, 2003, p. 110.

par un consensus – rare, il est vrai – de la doctrine. Bien que les deux démarches n'aient pas même autorité, elles répondent à la même question : faire le départ entre le licite et l'illicite.

Pourtant il n'est pas douteux que la relation entre les deux pôles – ce qu'est le droit, ce qui est de droit – est différente en droit constitutionnel de ce qu'elle est dans d'autres branches du droit. Car réduire le droit constitutionnel à sa dimension contentieuse aboutit non seulement à en nier la spécificité mais à en méconnaître, plus généralement, la signification. Le droit constitutionnel n'est pas seulement, ni même principiellement, un moyen de dire *ce qui est* de droit. Il est d'abord, d'un point de vue logique, un moyen de faire qu'existe quelque chose – plutôt que rien. Certes, d'un point de vue historique, *quelque chose* préexiste toujours, et la constitution matérielle – la *politéia*, c'est-à-dire la *citéité*, d'Aristote – précède la constitution formelle, écrite ou coutumièrement fixée. Mais il s'agit là de purs *faits*. Une mutation conceptuelle, fruit d'une décision théorique consciente, est nécessaire pour que ceux-ci acquièrent un caractère de *droit*. Le droit constitutionnel possède par conséquent une dimension démiurgique : prospectivement ou rétrospectivement, il *institue* des entités qui, bien qu'artificielles et supposant un mécanisme complexe et aléatoire d'incarnation ou de recognition, prennent place dans le mobilier ontologique du monde.

*
**

Ces observations préliminaires montrent dans quel sens peut, selon moi, se développer une réflexion spécifique sur le droit constitutionnel, c'est-à-dire une réflexion qui éclaire sa spécificité. Mais comment mettre en œuvre ce programme ? Il me paraît important, pour éviter l'apriorisme et l'arbitraire qui en découle inévitablement, d'aller des problèmes aux idées et non des idées aux solutions. Ce qui implique deux choses.

Premièrement, il convient en matière juridique comme en matière linguistique, de privilégier le point de vue différentiel sur le point de vue référentiel. La question est en effet moins de savoir ce que sont les objets, pris en leur individualité, leur inscrutable complexité et infinie variété, que ce qu'ils ne sont pas, licites, valides ou conformes. Ce trait distinctif de la démarche juridique ne peut être ignoré lorsqu'on s'efforce de définir un phénomène juridique. Mais il doit être concilié, deuxièmement, avec un autre ordre de considérations. Car ranger des individus dans une catégorie suppose aussi d'observer leurs caractères positifs. La prise en compte de la dimension matérielle du phénomène est donc nécessaire. Le droit constitutionnel, par exemple, ne se réduit pas à un droit de la constitution au sens formel. Il ne peut ignorer les caractères propres aux objets dont il traite.

Il faut donc, d'une part, décrire des différences, externes et internes. Externes, celles-ci concernent les relations entre des *disciplines*. De ce point de vue la question essentielle apparaît, en France du moins et pour des raisons historiques, la distinction entre droit constitutionnel et science politique. Les différences internes opposent au contraire des *matières*. Les disciplines juridiques présentent souvent un caractère hétérogène en ce qu'elles regroupent des problématiques distinctes : en droit civil, par exemple, le droit de la famille diffère à l'évidence du droit des contrats. Les distinctions nécessaires en droit constitutionnel sont cependant à la fois moins familières et plus profondes, car elles ne se réduisent pas à la différence des sujets traités. Elles impliquent des réalités et des concepts hétérogènes, quoiqu'ils puissent être rangés également sous le terme polysémique de *droit*. Ces

distinctions internes et externes ne s'imposent toutefois que dans la mesure où les phénomènes entre lesquels elles mettent en lumière des contrastes présentent des affinités : dans le cas contraire il serait inutile de développer la chose. Elles sont donc à la fois, selon le point de vue auquel on se place, données et construites, constatées et théorisées. C'est pourquoi elles ne se réduisent pas à des artifices d'exposition ou des conventions pédagogiques : elles ont une portée ontologique.

Mais il convient aussi, d'autre part, de partir de questions concrètes. Autrement dit, je me suis toujours défié d'une approche qui opère par le haut. Celle-ci pose, selon une démarche pour ainsi dire hégelienne, un petit nombre d'intuitions globales et s'efforce de reconduire à cette logique *a priori* l'ensemble du réel. Ce procédé peut s'avérer heuristique. Il court cependant toujours le risque de tomber dans le systématisme, le verbalisme, le pathos, d'engendrer des angles morts et de fausses fenêtres pour la symétrie. L'œuvre de Georges Burdeau me paraît illustrer ces deux pôles. À côté d'intuitions géniales et d'analyses dont la pertinence demeure insurpassée, on y rencontre des développements – auxquels je n'ai personnellement pas adhéré – qui reposent sur des hypothèses suggestives, éclairent certains faits, mais dont la généralisation conduit à l'arbitraire.

L'approche que je me suis efforcé de mettre en œuvre est autre. Je suis toujours parti d'un problème précis, posé et circonscrit. C'est en essayant d'apporter une réponse à celui-ci que j'ai pour ainsi dire inspecté la frontière entre droit constitutionnel et science politique. Cette démarche m'a conduit à interroger le potentiel explicatif des deux disciplines et donc à discuter concrètement, pas seulement en théorie et en général, les modalités de leur interaction.

Dans cette perspective, j'ai particulièrement étudié trois questions ; celles des rapports entre le droit constitutionnel et la science politique ; celle des distinctions internes au droit constitutionnel ; enfin celle de la distinction du droit constitutionnel et du constitutionnalisme.

*
**

Le premier est celui de mon sujet de thèse. Toutes les personnes qui sont venues à bout de cet étrange exercice savent qu'une thèse est un saut en parachute, qui présente une particularité remarquable : peu après le saut, on s'aperçoit qu'on a oublié le parachute ; la question est donc de savoir comment toucher terre sans dégâts et, si possible, avec élégance. Pour y parvenir n'existe guère qu'un moyen : trouver ce que l'on ne cherchait pas, ou plutôt comprendre que le vrai sujet de la thèse, s'il existe, excède et transcende son intitulé. Dans cette quête incertaine, un moment important fut pour moi la lecture d'un petit livre, aujourd'hui oublié. Publié en 1970 chez Armand Colin, œuvre de trois jeunes auteurs qui n'ont pas, pour autant que je le sache, fait carrière, il s'agissait d'un recueil de textes intitulé *Référendum et plébiscite*[2] – mon sujet de thèse. Parmi les extraits cités figurait une phrase où un auteur (dont j'ai oublié le nom) apportait une révélation capitale sur l'un des premiers référendums de la V^e^ République : « il s'agit en fait d'un plébiscite », disait-il.

[2] H. Duval, P.-Y. Leblanc-Dechoisay et P. Mindu, *Référendum et plébiscite*, préf. J. Georgel, Paris, Armand Colin, 1970, 96 p.

Cet « *en fait* », geste théâtral de dévoilement par lequel l'hydre du mensonge officiel était enfin terrassée, me fit grande impression. Une question s'ensuivait immédiatement : comment l'auteur le savait-il ? Ou plutôt comment pouvait-il le savoir, ou penser qu'il le savait ? En d'autres termes j'ai commencé à m'interroger sur les conditions de possibilité d'un tel discours : que fallait-il admettre pour que celui-ci ait un sens, c'est-à-dire présentât un rapport quelconque avec une quelconque réalité ? Question de nature transcendantale, mais qui ne conduisait pas à une *déduction* kantienne, puisqu'il ne s'agissait pas de légitimer un savoir tenu pour acquis, mais au contraire de s'interroger sur la consistance d'un savoir problématique : fallait-il tenir pour vrai qu'on était en présence d'un *plébiscite* ? Existait-il, hors de l'affirmation souveraine de l'auteur, des raisons de le penser ? Et je suis parvenu à la conclusion qu'il s'agissait d'un faux savoir, puisqu'il n'était ni descriptif – relevant donc de la science politique – ni juridique – puisque n'existait ni concept de droit rendant compte de l'objet ni juge susceptible d'en forger un. Ici, par conséquent, le rapport de la science politique et du droit constitutionnel était déjà interrogé : la dissection du monstre permettait de préciser la nature des disciplines confrontées.

Le second exemple est celui de la notion de majorité sous la V^e^ République. Aucun doute, ici, sur l'existence de l'objet : le mot possède bien un référent, réel et spécifique, au double sens du terme, c'est-à-dire à la fois général – il s'applique à plusieurs objets – et distinctif – ces objets forment une catégorie qui s'oppose à une ou plusieurs autres catégories susceptibles d'être regroupées avec elle sous un même genre. La question n'était donc pas de justifier l'usage du terme mais de montrer que celui-ci faisait référence, depuis 1962, à un phénomène précis, nouveau, irréductible aux emplois traditionnels du mot, et dont les conséquences s'étendaient au-delà de ce qui était habituellement évoqué par lui. Autrement dit, il s'agissait de montrer que le fait de l'émergence d'une majorité homogène et stable, tout en n'étant et ne pouvant être le résultat d'une modification performative des normes constitutionnelles, entrainait sur le fonctionnement des institutions des conséquences plus profondes et variées que nombre de révisions formelles du texte constitutionnel. Il fallait donc conjuguer des données de fait – quelque chose change sans être décrété – et de droit. Cette évolution entretient en effet des relations complexes avec l'ordre juridique. D'une part il n'est pas douteux que le cadre institutionnel créé en 1958 a suscité les causes, indirectes et structurelles, sans lesquelles les événements de 1962, causes directes et conjoncturelles du phénomène, n'auraient pas eu lieu. D'autre part le système mis en place suscite des comportements nouveaux et induit des conséquences normatives : une majorité disciplinée, voire automatique, n'engendre pas les mêmes lois que des majorités précaires et négociées.

Mais l'influence de la majorité au sens de la V^e^ République va encore plus loin. L'innovation introduite en 1962 portait en effet en germe le phénomène qui constitue mon troisième exemple : celui de la cohabitation. On ne parle plus guère de la cohabitation. Or il s'agit d'une expérience cruciale, dont l'importance ne saurait être ignorée. On affirme que la Constitution est une loi fondamentale, autrement dit qu'elle est normative. Et l'on observe sans étonnement que, bien qu'aucun mot du texte ne soit modifié, le fonctionnement du système est radicalement transformé par un fait politique, le remplacement d'une majorité parlementaire par une autre : la Constitution est toujours normative, mais elle norme tout autrement ! Ce qui allait de soi ne va plus en le disant, ce qui était licite en droit s'avère impossible en fait ou l'inverse. Comment soutenir, dès lors, qu'une barrière étanche sépare le droit constitutionnel et la science politique ?

*
**

Ces exemples conduisent donc logiquement au premier des trois thèmes que j'indiquais plus haut, à savoir la distinction entre le droit constitutionnel et la science politique

Il m'est souvent arrivé d'être considéré comme un politiste par les constitutionnalistes et inversement. Certaines personnes, on le sait, ne peuvent imaginer qu'il soit possible de s'orienter dans deux disciplines, voire d'y parvenir à une certaine maîtrise, surtout quand eux-mêmes ne parviennent pas à en maîtriser une seule. Ce genre de considérations psycho-corporatives ne m'intéresse pas, et l'opinion de certaines personnes m'est indifférente.

En revanche je me suis toujours intéressé aux relations qui existent entre droit constitutionnel et science politique. J'ai toujours combattu la logique isolationniste et obsidionale du pré carré, où l'on se sent chez soi, bien au chaud, à l'abri d'une frontière jalousement gardée. Il me semble à l'inverse que droit constitutionnel et science politique sont des contraires et non des contradictoires : on peut passer de l'un à l'autre. Autrement dit les deux ne s'excluent pas, et l'étude de leurs relations est aussi légitime que celle de leur contraste.

Par conséquent cette ligne Maginot théorique est condamnée à une alternative : soit elle est destinée au même sort que la ligne stratégique du même nom, être assiégée des deux côtés par une armée qui l'a contournée ; soit elle constituera une zone *non aedificandi*, un désert scientifique où des phénomènes demeureront inétudiés, quoique parfaitement identifiés, car les divers acteurs craignent d'être soupçonnés de pactiser avec l'adversaire. Sur le fond, il est hors de doute que la science politique possède des cantons propres, qui n'intéressent le droit constitutionnel que par défaut : on y découvre que l'efficacité du droit connaît des limites, car la société résiste aux tentatives faites pour la modifier autoritairement au moyen de procédures conscientes et rationnelles, ou supposées telles. Réciproquement le droit possède sa logique propre, et certains de ses aspects peuvent sembler indemnes de toute contamination politique : la politique serait ainsi *saisie* par le droit, et cette capture devrait être regardée comme un progrès. Mais cette conviction demeure controversée, notamment parce qu'elle peut elle-même être soupçonnée d'être politique. Et même si la jurisprudence du juge constitutionnel n'est ni objectivement ni subjectivement politique au sens traditionnel – ce qui reste à démontrer – elle demeure susceptible d'être décrite sous la forme d'une *politique* jurisprudentielle. En toute hypothèse d'ailleurs, l'existence de cantons purement politiques ou purement juridiques ne réfuterait pas l'existence d'une partie commune. L'interaction du juridique et du politique en matière constitutionnelle est une donnée de fait. On ne peut donc que saluer la profondeur de l'affirmation de Georges Burdeau selon laquelle c'était par réalisme – et non par l'effet d'on ne sait quel idéalisme romantique ou superstition corporative – qu'il entendait demeurer juriste. Le droit n'est pas une superstructure étrangère à la réalité sociale : il en est une composante, immanente et non transcendante, efficace sans être magique.

En outre quand on prend, comme je l'ai suggéré, les problèmes par le bas, on voit bien qu'il est inévitable, sauf à tomber dans un dogmatisme stérile, de constater des interactions entre politique et droit. Le droit crée des entités, formule des règles, éventuellement interdit et sanctionne des comportements ou des abstentions. Mais les événements et les hommes accompagnent, modulent, entravent l'incarnation des entités, le respect des règles et l'application du droit. Ces phénomènes existent, il est donc légitime qu'ils soient l'objet d'une réflexion scientifique. Celle-ci, dans

le domaine constitutionnel, s'intitule aujourd'hui *Droit politique*, et l'expression est significative : elle signale la double allégeance de la discipline, mais aussi la prééminence qu'y possède le droit. Cette prééminence ne me semble pas – mais évidemment mon point de vue peut être soupçonné de partialité – le résultat d'un impérialisme des juristes, mais plutôt d'un retrait volontaire des politistes. On peut regretter celui-ci mais, au total, l'important est que le territoire ne soit pas déserté.

J'ajouterai que, d'un point de vue philosophique, c'est le droit qui m'intéresse. J'ai consacré quelques efforts à réfléchir sur la notion de concept juridique. À une certaine époque, il m'avait paru possible d'envisager une *philosophie de la politique*, au sens où Georg Simmel a écrit une *Philosophie de l'argent*. Mais cela, apparemment, n'intéressait guère et j'y ai renoncé.

*
**

J'en viens maintenant à la deuxième distinction évoquée : celle-ci concerne les clivages internes, c'est-à-dire *matériels*, propres au droit constitutionnel. Je distingue ainsi – mais les termes demandent à être expliqués – un droit constitutionnel *régulateur* et un droit constitutionnel *instituant*.

Il n'est pas inutile, pour introduire cette idée, d'évoquer un article de Louis Favoreu paru dans le premier numéro de la *Revue française de droit constitutionnel*, souvent cité, et qui s'intitule : « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit[3] ». On s'aperçoit, à la lecture du texte, que ce titre est trompeur. C'est un artifice rhétorique. L'auteur traite en fait un autre sujet : l'article devrait s'intituler « Droit de la Constitution et *constitutionnalisation* du droit ». Réduction à l'identique, impropriété assumée ou lapsus révélateur ? On ne saurait en décider. Il est clair, en revanche, que dans cette *différence* toute la problématique des distinctions matérielles du droit constitutionnel se trouve virtuellement contenue, mais aussi dissimulée. Car la Constitution *constitutionnalise* mais elle *constitue* aussi. Ignorer cette dualité interdit de penser la spécificité et la complexité du phénomène.

Il ne servirait à rien d'objecter que la constitutionnalisation est une espèce de constitution dans la mesure où elle crée, sinon une réalité nouvelle, du moins une nouvelle version de la réalité. En effet, dans l'hypothèse la plus favorable, il ne s'agit que d'une création *continuée*. L'idée même de constitutionnalisation implique la mise en ordre d'éléments redéfinis afin de les intégrer dans un cadre conceptuel nouveau, global, cohérent et normatif. Or un tel programme suppose, à l'évidence, que ces éléments *préexistent* à l'opération. La question de leur origine, c'est-à-dire de leur création *ex nihilo*, demeure donc entière.

Substituer – subrepticement – la constitutionnalisation à la constitution occulte donc bien une réalité fondamentale : l'hétérogénéité matérielle du droit constitutionnel. Car celui-ci pose en réalité deux types de normes, qu'il convient de distinguer et qui font de lui autre chose qu'un droit quelconque, même placé, par une promotion aussi flatteuse qu'inattendue, au sommet de la hiérarchie des normes. Les unes, que j'appelle *régulatrices*, ne se distinguent pas, d'un point de vue formel,

[3] L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, nº 1, 1990, p. 71-89.

des normes juridiques classiques ; les autres, au contraire, en diffèrent profondément : je les nomme *instituantes*.

Les normes régulatrices fonctionnent comme toute norme juridique : elles décrivent des états de choses dont la survenance est censée entrainer *nécessairement* des conséquences définies, supposées dissuasives ou incitatives pour les individus auxquels elles s'adressent. Elles visent donc à interdire, à rendre obligatoire ou à permettre sous conditions des comportements, souhaitables ou condamnables.

Les normes instituantes fonctionnent tout autrement. Elles posent d'abord l'existence d'entités artificielles, abstraitement définies (un parlement, un conseil constitutionnel, etc.). Elles décrivent les procédures qui permettent leur incarnation concrète et leur assure, potentiellement, une durée de vie supérieure à celle des individus (nomination des membres de l'institution, etc.). Elles leur attribuent des compétences, c'est-à-dire des pouvoirs à usages externes. Enfin elles déterminent leurs règles de fonctionnement. Mais sur ce dernier point les normes posées sont régulatrices : elles disent l'interdit, le permis et l'obligatoire et ne se distinguent donc des précédentes que par leur portée, dans la mesure où elles n'ont de validité qu'à usage interne.

*
**

Ces dernières remarques, qui impliquent une définition et donc une limitation du pouvoir des entités créées, conduisent à la troisième distinction, celle du droit constitutionnel et du constitutionnalisme.

Le droit constitutionnel désigne à la fois un corpus de règles et la discipline intellectuelle qui prétend en rendre compte. Le constitutionnalisme en revanche est une idéologie, selon laquelle l'existence d'une constitution et le respect de celle-ci, axiomatiquement assuré par les interventions d'un juge constitutionnel, sont les garanties nécessaires et suffisantes de l'État de droit et de la démocratie.

L'idée, certes, n'est pas nouvelle. Le célèbre article XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 le disait déjà : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Une constitution suppose donc à titre de conditions nécessaires que les droits soient garantis et la séparation des pouvoirs déterminée, et le second point entretient semble-t-il avec le premier un rapport de moyen à fin. La célèbre formule de Benjamin Constant, « Toutes les constitutions sont des actes de défiance[4] », va dans le même sens. Une constitution n'est pas seulement une règle du jeu : elle est aussi – voire, d'un point de vue juridique, d'abord – un code de bonne conduite, ce qui paraît impliquer des règles contraignantes et donc des procédures susceptibles de constater et de sanctionner d'éventuels manquements – autrement dit des normes régulatrices.

Le mouvement qui s'est développé au niveau mondial depuis le dernier quart du XX^e^ siècle, a toutefois revêtu une dimension nouvelle, notamment en raison de son insistance particulière sur le rôle du juge constitutionnel. Aussi est-il fréquemment désigné sous l'étiquette de *néo-constitutionnalisme*. Le succès de celui-ci a eu toutefois pour effet, entre autres conséquences, de brouiller la clarté du clivage entre le droit, entendu comme pratique sociale objectivement connaissable, et le

[4] Discours du 5 avril 1828 à la Chambre des députés (*Archives parlementaires*, t. 53, p. 210).

constitutionnalisme considéré comme discours de légitimation et donc défini subjectivement. Il va de soi, en effet, qu'un tel discours n'a de sens que s'il légitime un objet aux yeux de certains individus. Or tous les individus ne sont pas prêts à reconnaître le même objet comme légitime. Aussi apparaît-il problématique, et même doublement problématique, de minimiser, sinon d'effacer, la différence qui sépare le droit et l'idéologie.

La discussion de cette tendance suppose donc d'être articulée à deux niveaux. Au niveau théorique, on peut montrer que l'usage fait de la théorie kelsénienne est inadéquat, dans la mesure où il transforme une réflexion philosophique de nature transcendantale, qui vise à élucider les conditions de possibilité du droit, en une rhétorique de légitimation, dont le but est de démontrer que le droit produit par la technique correcte est nécessairement bon. Au point de vue pratique, il faut s'interroger sur les conséquences, recherchées ou involontaires, de ce discours.

Sur le premier point, il convient d'abord d'observer que toute réflexion sur le droit en tant que hiérarchie des normes se trouve placée devant un choix incontournable : privilégier l'optique historique, c'est-à-dire la *genèse* – qui, compte tenu de l'instant où l'oiseau de Minerve prend son vol, ne peut être que *reconstruite* – ou l'optique logique, autrement dit la *structure*, elle-même *construite* car non directement apparente. S'opposent ainsi deux démarches. L'une, ascendante, considère que le droit est d'abord une casuistique : la multiplication et la comparaison de décisions appliquées à des situations concrètes engendrent des règles, autrement dit le cas produit la norme, non l'inverse. Dans la démarche descendante, au contraire, une métanorme rend possible l'édiction de normes *générales*, qui elles-mêmes permettent de trancher les cas en formulant des normes *individuelles* – expression problématique d'ailleurs et qui, dans la perspective ascendante, ne peut être pensée que comme une contradiction dans les termes.

La doctrine de Kelsen parait être l'apothéose de la démarche descendante. En affirmant la nécessité d'admettre une métanorme, hypothétique ou présupposée, qui fonde la possibilité de la métanorme positive – généralement nommée « constitution » – Kelsen dédouble l'idée de métanorme pour exorciser le spectre de la régression à l'infini, reconnue depuis Aristote comme indice d'absurdité. Grand progrès théorique, car ce spectre menace toute conception du droit comme hiérarchie de normes, qu'elle soit descendante ou ascendante : si dans l'un des cas la position du premier terme comme premier terme est arbitraire, celle du dernier comme dernier l'est dans l'autre : une norme jurisprudentielle peut toujours être nuancée, infléchie voire modifiée par une nouvelle norme jurisprudentielle.

Mais l'interprétation, ou plutôt l'instrumentalisation, aujourd'hui dominante de l'œuvre kelsénienne affirme que l'existence de la Constitution, fondée elle-même sur la norme fondamentale présupposée, *garantit* la qualité des normes inférieures dès lors qu'elle proclame les droits fondamentaux et qu'un juge constitutionnel veille sur le respect de ceux-ci. Idée naïve, car elle postule l'infaillibilité du texte constitutionnel d'une part, l'infaillibilité du juge constitutionnel d'autre part. Or s'il est parfaitement crédible qu'il en soit parfois ainsi, il est hautement improbable qu'il en soit ainsi toujours : l'admettre implique un changement de registre, le passage de la rationalité à la foi.

On peut donc légitimement douter que cette interprétation soit pertinente. Kelsen, génie théorique, était aussi un penseur réaliste : il pensait le réel et ne pensait pas sans lui voire contre lui. La théorie pure n'est pas telle au sens d'idéale, mais au sens où elle considère les conditions de possibilité du droit – ce qu'il est nécessaire d'admettre pour que le droit soit effectif et pensable – prises en elles-mêmes,

indépendamment de leur contenu et comme une totalité achevée, non comme une histoire, une structure et non une genèse. Faire de l'œuvre de Kelsen un modèle au sens normatif du terme – condition de possibilité en droit et non de possibilité en fait – revient à se demander non plus en quoi le droit est pensable mais en quoi il est légitime. Question toute différente, et qui n'implique pas seulement une incompréhension de l'œuvre d'un grand auteur. Elle fait de la théorie de Kelsen un argument en faveur d'une thèse, qui implique non seulement la prééminence de la justice constitutionnelle mais aussi la réduction de la démocratie à l'idée de droits fondamentaux. Thèse défendable, mais également discutable, et qui devrait en toute hypothèse être défendue pour et par elle-même, avec ses mérites et ses défauts, non abritée sous un argument d'autorité fondé sur un contresens.

On pourrait objecter, il est vrai, que la réduction de la démocratie au respect des droits fondamentaux n'est pas analytiquement contenue dans la thèse néo-constitutionnaliste. Pourtant la première parait directement impliquée par la seconde dans la mesure où le monopole attribué au juge de dire ce qui doit être se légitime implicitement par la méfiance envers tout ce qui n'est pas lui, à commencer par la démocratie entendue comme volonté du plus grand nombre.

Il faut donc prendre conscience, en second lieu, des conséquences objectives de l'idéologie ainsi développée. Le droit et l'idéologie ont en commun d'être des stylisations du réel. Mais l'idéologie est une stylisation normative, alors que le droit, même s'il postule des valeurs – puisqu'il vise à dissuader d'accomplir certains actes et à rendre d'autres obligatoires – est une stylisation opératoire. D'où résulte le fait que le droit comporte une variable d'ajustement, ou principe de réalité, que l'idéologie ne comporte pas. Le droit peut échouer à produire ce qu'il vise à produire, voire produire le contraire : il est donc légitime et possible d'y introduire des modifications. Au contraire l'idéologie, principe de plaisir, fournit toujours les arguments suffisants pour sa propre justification. Elle poursuit indéfectiblement sa logique, unidimensionnelle et insusceptible d'autorégulation. Or l'histoire ne montre que trop bien à quelles extrémités peut conduire ce mécanisme, indépendamment des postulats de départ : les bonnes intentions n'engendrent pas toujours des conséquences moins néfastes que les mauvaises.

L'idéologie, en outre, s'avère souvent mystificatrice. L'idée d'État de droit suscite le consensus si l'on se contente de l'opposer à celle d'État légal ou à celle d'État de police (même si l'on évite le contresens qui consiste à confondre celui-ci avec l'État policier). Il cesse toutefois d'apparaître comme un idéal indépassable dès lors qu'il est utilisé comme un prétexte pour dévaloriser la démocratie. Que le respect des droits fondamentaux soit nécessaire est une idée qui rallie aisément les suffrages. Mais, si l'on tient ce point pour acquis, plusieurs politiques, fort différentes, sont compatibles avec ce respect. Prétendre interdire aux citoyens le droit d'intervenir dans leurs propres affaires au nom de l'idée que cette intervention serait par essence liberticide, et que des juges, éclairés et infaillibles par postulat, doivent seuls arbitrer entre les aspirations des citoyens, donc décider en dernier ressort de l'avenir collectif, constitue à l'évidence une affirmation idéologique, à laquelle on est en droit de ne pas souscrire.

*
**

Les conclusions que l'on vient d'exposer ne sont pas neutres. Il est parfaitement possible de les discuter ou de les refuser. La démarche dont elles s'inspirent ne s'en trouverait, cependant, pas réfutée. Elle procède en effet d'une nécessité qui paraît

objectivement fondée. Décrire le réel n'implique pas seulement d'exclure les jugements de valeur (neutralité axiologique). Cela suppose aussi non certes d'éliminer tout *a priori* – chose manifestement impossible – mais d'écarter toute analyse préconçue, qu'elle soit fondée sur des catégories stéréotypées ou sur des certitudes arbitrairement postulées.

Jean-Marie Denquin

> Jean-Marie Denquin est professeur émérite de l'Université Paris Nanterre. Après avoir enseigné la Science politique, il s'est consacré au Droit constitutionnel et à la Théorie du droit. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages : *Référendum et plébiscite* (Paris, LGDJ, 1976), *1958 : la genèse de la Ve République* (Paris, PUF, 1988), *Vocabulaire politique* (Paris, PUF, 1997), *La monarchie aléatoire* (Paris, PUF, 2001). Il a également publié de nombreux articles, en particulier dans *Jus Politicum*. Un recueil de ceux-ci a été publié chez Dalloz en 2019 sous le titre *Penser le droit constitutionnel*.

***Jus Politicum* nº 25** (janvier 2021)

Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel

http://juspoliticum.com/numero/Les-doctrines-autoritaires-et-totalitaires-du-droit-constitutionnel-78.html
http://juspoliticum.com/uploads/jp25_ebook.pdf

Les doctrines autoritaires et totalitaires du droit constitutionnel

Olivier Jouanjan : *Présentation*
Lucien Jaume : *L'idée de démocratie autoritaire : Quelques réflexions*
Oscar Ferreira : *Un héritage indicible du constitutionnalisme octroyé ? La doctrine constitutionnelle éclectique des cathédocrates sous l'État Nouveau portugais*
Bernardo Sordi : *Droit constitutionnel et droit administratif sous le fascisme*
Louis Terracol : *La doctrine de Vichy. Penser la légalité et la légitimité autour de l'autorité*
Baptiste Bianchi : *Le destin de la théorie du dépérissement de l'État. De la formation du marxisme russe à la dérive totalitaire du régime soviétique*
Olivier Jouanjan : *Dialectique de la concrétude. Doctrine juridique et constitutionnelle en République démocratique allemande*
Gábor Halmai : *Illiberal Constitutional Theories*

***Autour de J.-M. Denquin,* Penser le droit constitutionnel**

Bruno Daugeron : *Présentation*
Jean-Marie Denquin : *Penser le droit constitutionnel ?*
Manon Altwegg-Boussac : *Faire apparaître l'objet constitutionnel. À propos de l'ouvrage* Penser le droit constitutionnel *de Jean-Marie Denquin*
Véronique Champeil-Desplats : *À propos du livre réunissant quelques articles choisis de Jean-Marie Denquin*
Thibault Guilluy : *À propos de* Penser le droit constitutionnel. *L'apport de Jean-Marie Denquin à la doctrine constitutionnaliste*
Frédéric Rouvillois : *Denquin et les idoles*
Alexandre Viala : *Jean-Marie Denquin face aux mutations contemporaines du constitutionnalisme*
Penser le droit constitutionnel. Dialogues

Varia

Thibault Desmoulins : *La formalisation du présidentialisme sous la Ve République : Le Conseil de défense et de sécurité nationale*
Mickaël Lavaine : *Du libéralisme au néolibéralisme dans la jurisprudence administrative de l'entre-deux guerres*
Nicolas Thiébaut : *La séparation « physique » des pouvoirs sous les régimes préparlementaires*

Recensions

Olivier Beaud : *V. Fritz,* Juges et avocats généraux de la Cour de justice de l'Union européenne (1952-1972) *(2018)*
Lucien Carrier : *R. Schütze et S. Tierney (dir.),* The United Kingdom and the Federal Idea *(2018)*
Franck Laffaille : *L'aube du droit constitutionnel. A. Le Quino et T. Santolini (dir.),* Trois précurseurs italiens du droit constitutionnel *(2019)*
Éric Thiers : *E. Lemaire (dir.),* Les groupes parlementaires *(2019)*

Mémoires

Loïc Barillot : *Le contentieux constitutionnel de l'état d'urgence*
Joachim Tavoillot : *Constitution et système de gouvernement chez Raymond Carré de Malberg*