

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°1 : LES MUTATIONS DU DROIT CONSTITUTIONNEL – NORMES ET NORMATIVISME

Bibliographie :

- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Fr., Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1999 ; *Théorie générale des normes*, trad. Fr., Paris, P.U.F., 1996 ; *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. Fr., Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, 1997, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004.
- H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^{ème} éd. (1994), trad. Fr., Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
- M. TROPER, *La philosophie du droit*, Paris, Paris, P.U.F. (Que sais-je ?), 3^{ème} éd., 2011, p. 66 et suiv.
- D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris, P.U.F. (Que sais-je ?), 7^{ème} éd., 2017, p. 18 et suiv.
- Entrées « Norme », « Normativisme », « Hiérarchie des normes » et « Ordre juridique » in S. RIALS & D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003.
- *Encyclopédie de droit politique*, Séminaire 1bis « La constitution est-elle une norme ? », <http://droitpolitique.com/publications/seminaire/21/seminaire-1bis-la-constitution-est-elle-une-norme>

DOCUMENT 1 : O. BEAUD, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *La Semaine Juridique Édition Générale* n°40, 1^{er} Octobre 2018, doct. 1022.

I- Le normativisme de Hans Kelsen

DOCUMENT 2 : Extraits (a, b, c) de H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd. (1960), trad. Fr. C. Eisenmann, Paris Bruxelles, LGDJ Bruylant, imp. 1999, p. 9 (a), p. 79-80 (b), p. 224-226 (c).

DOCUMENT 3 : Extrait de H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, p. 250-252.

DOCUMENT 4 : Extraits de C. LEBEN, Entrée « Ordre juridique » in S. RIALS & D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1114-1115 & p. 1116-1117.

II- Le système juridique selon H.L.A. Hart

DOCUMENT 5 : Extrait de H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2^{ème} éd. (1994), trad. Fr. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 125-126.

DOCUMENT 6 : Extrait de J.-L. HALPERIN, Entrée « Hart » in O. CAYLA & J.-L. HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, p. 240-244.

III- Loi et norme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : la question des « neutrons législatifs »

DOCUMENT 7 : Conseil Constitutionnel, décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* (extraits).

DOCUMENT 8 : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°21, janvier 2007.

LA SEMAINE DE LA DOCTRINE **L'ÉTUDE**



OÙ VA LE DROIT ? Depuis des mois, et de toutes parts, des évolutions considérables se font sentir. Justice prédictive, essor des legaltech et modifications des structures de la pratique juridique, bouleversement amorcé des méthodes d'enseignement et de diffusion du droit, comment ignorer les mouvements à l'oeuvre ? On y ajoutera des tendances de fond, internationalisation et mondialisation au premier chef. Pris dans ces bouleversements, où va le droit ? C'est cette question, cruciale et complexe, que *La Semaine juridique, édition générale*, a choisi de poser à différents auteurs, juristes comme sociologues. Au rythme d'un article par mois, cette chronique éphémère qui s'étalera jusqu'à la fin de l'année vous livrera leurs réponses. N. M.

Le droit constitutionnel semble évoluer de façon quelque peu anarchique. Il est tiraillé, d'abord, entre l'ancienne conception d'un droit principalement politique et la nouvelle conception d'un droit jurisprudentiel. Il est en outre, remis en cause par les tenants du constitutionnalisme global. Enfin, l'état d'urgence et le terrorisme lui ont posé un défi sérieux que les gouvernants ont notamment eu le tort de relever par une utilisation dévoyée de la révision constitutionnelle.

1022

Où va le droit (constitutionnel) ?¹



Étude rédigée par
OLIVIER BEAUD

Olivier Beaud est professeur de droit public à l'université Panthéon-Assas

1 - Sollicité, après d'autres², par *La Semaine juridique* en vue de répondre à la question « Où va le droit ? », nous avons, prudemment, réduit la question au seul domaine du droit constitutionnel et encore, pour l'essentiel, au droit constitutionnel français. Disons néanmoins en introduction un mot de ce droit qui présente le curieux et malheureux privilège d'apparaître à la fois comme faiblement juridique, si on le compare aux autres droits, et comme ayant un objet si transparent que sa compréhension serait à la portée de tous. C'est méconnaître pourtant la nature bien particulière de ce droit.

- 1 Nous tenons à exprimer nos plus vifs remerciements à nos collègues Cécile Bargues, Jean-Marie Denquin et Patrick Wachsmann pour leur lecture attentive, et dans l'urgence, de la première version de cet article, grandement amélioré – du moins, on l'espère — par leurs remarques.
- 2 M. Delmas-Marty, *Où va le droit ? Entre pot au noir et pilotage automatique, le droit peut-il nous guider vers une mondialité apaisée ?* : JCP G 2018, doct. 403 ; A. Garapon, *Où va le droit ? - Le devenir systémique du droit* : JCP G 2018, doct. 587 ; J. Commaille *Où va le droit ? - Repenser la légalité* : JCP G 2018, doct. 753 ; R. Libchaber, *Où va le droit ? - Là où la société le conduira...* : JCP G 2018, doct. 813.

2 - Or, en droit constitutionnel, se pose de façon aigüe le problème fondamental de savoir qui est compétent pour constater que la Constitution a été violée. À la différence du droit privé, il n'y a pas toujours eu un juge ou un tiers pour trancher ces questions. En France, il a fallu réellement attendre la Constitution du 4 octobre 1958 pour qu'on ait, avec la naissance du Conseil constitutionnel, la reconnaissance du contrôle de la constitutionnalité de la loi. Pourtant, il a bien existé en France des Constitutions de 1789 à 1958, et même une discipline du droit constitutionnel qui s'est institutionnalisée sous la Troisième République alors même qu'il n'y avait pas encore de « juge » constitutionnel. La raison en est simple : le droit constitutionnel a pour première particularité d'avoir pour objet des règles s'imposant principalement aux gouvernants alors même qu'il est aussi un droit appliqué, interprété et sanctionné par eux. Ce fait peut paraître troublant, mais il l'est moins quand on saisit l'homologie structurale entre le droit constitutionnel et le droit international public. En effet, il suffit de remplacer les gouvernants par les « États » (en tant qu'auteurs et destinataires des normes de droit international public) pour obtenir la même image d'un droit produit et interprété par les acteurs de ce droit. C'est d'ailleurs l'absence d'un juge qui explique en partie le rôle très important joué par la doctrine dans ces deux disciplines juridiques qui sont cousines. Même si l'important mouvement de création de Cours constitutionnelles tout au long du XX^e siècle a modifié la donne, il n'invalide pas ce jugement sur la spécificité profonde du droit constitutionnel qui est d'abord et avant tout un « droit politique »³ : créé et appliqué, sanctionné par les gouvernants.

3 - Son autre singularité tient à l'indétermination structurelle de son objet, son trait peut-être le plus curieux. Au terme d'une enquête serrée, Jean-Marie Denquin observe, d'une part, qu'aucune des trois notions qui lui sont classiquement corrélées — l'État, la Constitution et la démocratie — ne peut « servir d'objet unique et adéquat du droit constitutionnel »⁴ et, d'autre part, que « le concept de droit constitutionnel est hétérogène. Non seulement en ce qu'il désigne à la fois un phénomène et le discours sur ce phénomène [la discipline du droit constitutionnel], mais aussi que ce phénomène et le discours visent ensemble des réalités distinctes : la manifestation d'une identité collective, la fabrication d'objets artificiels [les institutions], des principes tendant à réguler les comportements des gouvernants, une technique à protéger certains droits jugés primordiaux [contrôle de constitutionnalité des lois] sont des réalités distinctes, tantôt réunies, tantôt séparées ou mélangées selon des équilibres variés »⁵. Bref, il n'y a pas d'unité du droit constitutionnel. La

vision naïve du profane qui veut en faire l'équivalent du droit de la Constitution (écrite) et qui assimile celle-ci au Code de la route n'est pas tenable, pas davantage que la conception normative, dominante qui apparaît comme une « illusion »⁶. Un tel constat n'est pas inutile pour guider notre réflexion sur l'évolution du droit constitutionnel (où va-t-il ?) car il permet de décliner son étude selon les trois notions qui lui sont corrélées — la Constitution, l'État et la démocratie — en privilégiant, dans ce triple coup de sonde, l'actualité constitutionnelle.

1. Le droit constitutionnel face la Constitution : le problème de la constitutionnalisation non maîtrisée

4 - Le rapport entre droit constitutionnel et Constitution est plus complexe que l'on croit. Contrairement à ce que pourrait suggérer le sens commun, le droit constitutionnel n'est pas le droit de la Constitution. Il ne faut pas croire que ce problème d'identification de l'objet soit nouveau car, pendant longtemps et aujourd'hui encore, il est difficile aux juristes d'expliquer la coexistence de deux types de Constitution : la Constitution écrite et la Constitution coutumière. La question du droit constitutionnel non écrit a suscité longtemps la réflexion théorique. Aujourd'hui, la question centrale est plutôt celle de savoir rendre compte du développement de la jurisprudence constitutionnelle qui aurait donné naissance à un « droit constitutionnel jurisprudentiel ».

5 - Toutefois, avant de l'aborder, il convient de souligner que la vocation première d'une Constitution reste celle d'organiser et d'encadrer (donc de limiter) les pouvoirs publics. Elle habilite des pouvoirs et des organes, et elle répartit les compétences entre eux. Mais la particularité du droit constitutionnel tient à ce que cette sorte de « Code constitutionnel » — quand on parle de Constitution écrite comme c'est le cas de la V^e République — n'est pas en mesure de décrire correctement le régime constitutionnel tel qu'il fonctionne. Il suffit de songer au cas paradigmatique de la cohabitation ; celle-ci « prouve qu'un pays peut changer de régime politique sans qu'une lettre de la Constitution ait été modifiée »⁷. De même, l'interprétation unilatérale du Général de Gaulle de la Constitution de 1958 jusqu'en 1962 a transformé le régime politique de la V^e République en un « Principat » qui n'était évidemment pas prévu explicitement par le texte. Ainsi, le rôle de la pratique institutionnelle et des éléments extra-normatifs — place du système électoral et du système de partis — est déterminant. On rappellera ici pour

3 En ce sens, D. Baranger, *Le droit constitutionnel* : Paris, PUF, coll. *Que sais-je ?*, p. 3-5.

4 *L'objet du droit constitutionnel, État, Constitution, Démocratie* in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel* : Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 64.

5 *Ibid.*, p. 64.

6 *Ibid.*, p. 64.

7 *Ibid.*, p. 57.

« Il résulte principalement de cette dernière réforme [QPC] que le droit privé est de plus en plus affecté par cette jurisprudence constitutionnelle. »

mémoire le livre fondamental de Pierre Avril sur les « conventions de la Constitution »⁸ dans lequel il démontre que celles-ci ne sont pas *stricto sensu* des normes constitutionnelles, tout en étant pourtant décisives pour comprendre l'évolution du régime politique. Sans elles, on ne peut expliquer pourquoi le président de la République gouverne au mépris de l'article 20 de la Constitution qui attribue au « Gouvernement » la compétence de « *détermine(r) et condui(re) la politique de la nation* ». Dans cette version-là de la Constitution, l'interprétation des acteurs politiques ajoute aux normes du texte constitutionnel un sens déterminant et oriente le régime dans une direction particulière. Alors que le texte de la Constitution de 1958 organisait un compromis dilatoire entre divers régimes possibles, la pratique institutionnelle a tranché dans le sens que, faute de mieux, on doit appeler le présidentielisme. Ce n'est ni un régime parlementaire (pas même dualiste) ni même un régime présidentiel pour la même raison que le président de la République a trop de pouvoirs et de prérogatives pour être comparé à un chef d'État parlementaire ou au président des États-Unis. Une telle indétermination n'est pas à prendre à la légère car elle prouve, à sa façon, que « la V^e République (n'est) pas "la forme enfin trouvée" que la démocratie française attend depuis la Révolution française »⁹. On ne peut donc pas comprendre le droit constitutionnel institutionnel si l'on se borne à lire le texte de la Constitution.

6 - On s'arrêtera un peu plus longuement sur le second phénomène qui est aujourd'hui massif : le développement de la jurisprudence constitutionnelle qui laisse entendre que le droit constitutionnel est plus vaste que la Constitution. Dans ce cas, le constituant, qui a créé la Constitution, est concurrencé par le juge chargé d'opérer le contrôle de constitutionnalité des lois, tout comme d'ailleurs le législateur l'est par le juge ordinaire qui « crée » lui aussi du droit. Le cas d'école est celui des États-Unis, pays dans lequel la Cour suprême s'est estimée compétente dès 1803 pour examiner la conformité de la loi à la Constitution fédérale. Le cas français est un peu différent et on sait que l'apparition du contrôle de constitutionnalité y est bien plus tardive. On ne fera pas l'injure au lecteur de cette revue de lui infliger l'histoire de la formation et de l'évolution du Conseil constitutionnel de 1958 à aujourd'hui. Il suffit de rappeler les deux moments marquants que sont, d'un côté, sa décision fondatrice du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, opérant la constitutionnalisation du Préambule de la Constitution de 1958 et transformant le Conseil en gardien des droits et libertés, et, d'un autre côté, l'introduction de la

question prioritaire de constitutionnalité, (2008, pour le texte et 2010 pour la mise en vigueur).

7 - Il résulte principalement de cette dernière réforme que le droit privé est de plus en plus affecté par cette jurisprudence constitutionnelle. Cela vaut tant pour le droit fiscal et le droit pénal (particulièrement frappé par le phénomène à cause des dispositions d'ordre pénal figurant dans la DDHC) que pour le droit civil. Le grand public a pu s'en rendre compte lors de l'instauration du mariage pour tous qui a fait l'objet d'une QPC. Cette diffusion de la jurisprudence constitutionnelle dans toutes les branches du droit - un peu équivalente à celle de la jurisprudence de la Cour EDH - a d'ailleurs donné naissance à une formule-slogan : « *la constitutionnalisation des branches du droit* ». Les thuriféraires du contentieux constitutionnel y ont vu un triomphe du droit constitutionnel en tant que tel. Mais n'est-ce pas plutôt une victoire à la Pyrrhus ? D'une part, le droit en son entier ne ressort pas grandi de cette invasion du droit constitutionnel dans toutes les matières car les nouvelles règles en vigueur, issues du droit constitutionnel forgé par le Conseil constitutionnel, n'ont pas la précision et la rigueur du droit antérieur¹⁰. D'autre part, et cette fois du point de vue du droit constitutionnel, ce dernier s'appauvrit au fur et à mesure que son domaine s'étend. Il perd son ancrage d'origine, le droit politique, pour devenir un droit des libertés qui a d'ailleurs pour singularité d'être assez peu libéral (sauf en matière fiscale). Bref, la dilatation de l'objet du droit constitutionnel a un coût certain, la dilution du concept.

8 - Cette critique étant effectuée, il convient de préciser que cette création d'un droit constitutionnel dit « jurisprudentiel » n'est pas contestable en soi. C'est la résultante mécanique de l'interprétation de la Constitution par un juge. Or, toute interprétation juridictionnelle est créatrice de droit comme on le sait au moins depuis François Gény. Les constitutionnalistes ont tenté de rendre compte de ce processus de création constitutionnelle par l'interprète, soit dans une version sophistiquée et radicale, celle de Michel Troper (l'interprète crée en réalité la norme en créant la majeure du syllogisme) qui aboutit à la supériorité de l'interprète (théorie dite « réaliste » de l'interprétation), soit dans une version un peu plus bricolée qui est celle du « bloc de constitutionnalité » qui suppose d'admettre que les normes « trouvées » par le Conseil constitutionnel sont des normes constitutionnelles auxquelles on peut même ajouter les normes de référence non constitutionnelles pour contrôler la loi ordinaire (le contrôle devient plus qu'un contrôle de consti-

8 V. son grand livre, *Les conventions de la Constitution* : Paris, PUF, coll. Léviathan, 1997.

9 Ph. Raynaud, *L'Esprit de la V^e République* : Paris, Perrin, 2017, p. 253. - V. dans le même

sens, P. Avril, *Un été indien de la V^e République* : *Le Débat*, n° 198, janv. févr. 2018 p. 177.

10 Telle est la principale leçon à tirer des actes du colloque organisé en 2017 par Ph. Conte,

P. Wachsmann et nous-même sur « La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit », et publiés en ligne en juillet 2018 : *Jus Politicum* (n° 20-21) [<http://juspoliticum.com/la-revue>].

tionnalité). Il y a donc eu des efforts de la doctrine pour penser ce *tournant contentieux* qui est la conséquence logique de la modification du statut et des compétences du Conseil constitutionnel. Dès lors, invoquer, comme certains le font aujourd'hui, la souveraineté du peuple contre le juge constitutionnel, c'est réduire la complexité du constitutionnalisme contemporain et c'est se tromper de combat. On ne peut plus aujourd'hui invoquer la volonté de la majorité électorale et la souveraineté du peuple pour invalider le travail effectué par les juges lorsqu'ils sont sollicités pour examiner la conformité des lois à la Constitution. Il suffit d'observer de nos jours ce qui se passe dans certains États de l'Europe centrale - en Pologne notamment - où la lutte politique contre les Cours constitutionnelles est organisée par le pouvoir exécutif au nom de la souveraineté du peuple pour comprendre le sens politique de ce combat contre les juges constitutionnels. On sait au contraire qu'il y a de nombreux et solides arguments en faveur de la légitimité du juge constitutionnel¹¹ et de la théorie dite « contre-majoritaire ». Tel est une partie de l'héritage acquis de la démocratie constitutionnelle, bref du constitutionnalisme.

9 - En réalité, la question-clé, du moins en France, porte sur l'exercice concret de ses compétences par le « juge » constitutionnel. En l'occurrence, comment le Conseil constitutionnel s'y prend-il pour parfois « censurer » le Parlement ? C'est ici que les choses se gâtent, et même sérieusement. Il suffit pour illustrer ce propos d'évoquer la récente décision du 6 juillet 2018¹² suscitée par une QPC contestant la constitutionnalité de la disposition de la loi considérant comme un délit « l'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger ». Pour déclarer inconstitutionnelle cette disposition, le Conseil « constitutionnalise » le principe de fraternité et érige cette règle en majeure son syllogisme. Voici le passage important de sa décision : « Aux termes de l'article 2 de la Constitution : « La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité" ». La Constitution se réfère également, dans son Préambule et dans son article 72-3, à l'"idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité" ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle. » (§ 7) Comme à son habitude, le Conseil est particulièrement laconique pour motiver sa décision. Mais comment peut-on expliquer à des étudiants de première année en droit cette soudaine mutation du plomb en or par la seule vertu d'un syllogisme plus que douteux ? En effet, de ces deux membres de phrase cités par le Conseil, « il (ne) ressort (pas du tout), selon nous, que le principe de fraternité soit « à valeur constitutionnelle ». Les doutes que l'on éprouve à l'égard de cette constitutionnalisation hâtive sont confirmés par le Conseil

lui-même lorsqu'il assortit ce principe d'une large exception : « Toutefois, aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle » (§ 9). En effet, si les nationaux et les étrangers sont juridiquement des « frères », cela signifie qu'il faut les traiter comme des égaux. Par conséquent, les étrangers doivent être traités - « fraternité oblige » - comme des citoyens et des nationaux auxquels on ne peut plus - par définition - s'opposer à l'entrée sur le territoire. Le Conseil constitutionnel se serait-il converti à la doctrine cosmopolitique en vertu de laquelle la fraternité entre êtres humains implique un devoir d'hospitalité ? Un sérieux obstacle surgit alors, celui de la souveraineté : chaque État détient la maîtrise de l'accès à son territoire et peut déterminer qui peut, ou non, y entrer librement. Au nom de cette même souveraineté, l'État consent à des exceptions lorsqu'il conclut des conventions internationales comme celles relatives au droit d'asile ou celles de droit européen conférant un droit de libre accès et de libre circulation aux ressortissants européens. Comme on le comprend, le principe de fraternité, désormais constitutionnel, heurte frontalement une telle prérogative. Le Conseil constitutionnel est conscient de cette difficulté de sorte qu'il introduit, de façon contournée, cette exception. Il n'en reste pas moins que les deux propositions - constitutionnalisation de la fraternité et maintien de la souveraineté territoriale - sont et demeurent logiquement contradictoires. Dans quel cas faudra-t-il faire prévaloir la fraternité sur la souveraineté et le contrôle aux frontières ? Nul ne le sait et le Conseil constitutionnel certainement pas plus que d'autres. Jurisprudence de pure équité, dira-t-on, alors qu'on aurait pu interpréter différemment la loi et, au moyen d'une réserve d'interprétation, tenir la main aux juges ordinaires en leur expliquant que la condamnation de l'aide aux migrants ne pouvait pas s'appliquer en cas d'aide humanitaire. Le Conseil constitutionnel a préféré le choix de la grandiloquence en constitutionnalisant, sans crier gare, la fraternité. Pour ceux qui auraient cru que le Conseil constitutionnel aurait changé sa jurisprudence relativement ferme, au sens de peu accueillante en matière de droit des étrangers pour les tenants des droits de l'homme, il leur suffira de lire la décision du 6 septembre 2018¹³ pour être convaincus du contraire.

10 - Cet exemple d'une solution du Conseil constitutionnel, parmi tant d'autres, permet de répondre en partie à la question : « Où va le droit constitutionnel ? ». Là où le Conseil constitu-

11 V. les actes du colloque G. Drago, B. François, N. Molfessis (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel* : Paris, *Economica*, 1999.

12 *Cons. const.*, 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC, M. Cédric H. et autre : JO 7 juill. 2018, texte n° 107.

13 *Cons. const.*, 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* : JO 11 sept. 2018, texte n° 2.

« Pendant longtemps, la conception en France de la Constitution fut ce qu'on appelle une conception *stato-centrée* de sorte que les constitutionnalistes avaient du mal à envisager une Constitution en deça ou au-delà de l'État. »

tionnel lui prescrit d'aller, et selon son bon plaisir. Et c'est surtout ce « bon plaisir » qui est difficile à admettre pour un juriste car l'arbitraire en forme juridictionnelle reste de l'arbitraire. Toutefois, en se focalisant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la doctrine française n'a-t-elle pas oublié de regarder au large ?

2. Le droit constitutionnel va-t-il au-delà de l'État ? Le défi oublié du constitutionnalisme global

11 - La doctrine constitutionnelle classique définissait la Constitution comme le « statut de l'État », l'État étant considéré comme une personne juridique ou une corporation juridique. Une telle définition avait le mérite de la clarté, même si le mot de « statut » s'avérait à l'usage ambivalent car le statut pouvait éventuellement être considéré comme étant juridiquement soit une loi, soit un contrat. Surtout, l'expression ne disait rien de ce qui est considéré de nos jours comme le trait le plus saillant, de la Constitution à savoir sa suprématie au sens de loi constitutionnelle « suprême » à laquelle aucune autre ne pouvait déroger légalement - la hiérarchie des normes oblige. Toutefois, ce qui nous retiendra, c'est plutôt le lien considéré comme évident entre la Constitution et l'État. Puisque la Constitution organise et limite les pouvoirs publics de l'État, il ne peut qu'être adossé à cette structure politique. Pour prendre en considération la diversité des États, la doctrine distinguait néanmoins l'État unitaire - dont l'État français est l'idéal-type - et l'État fédéral (ou État composé) de sorte qu'on pouvait opposer des Constitutions unitaires à des Constitutions fédérales. Cette nuance permettait de dresser une typologie des Constitutions en fonction de la structure politique à laquelle elles étaient associées.

12 - Ainsi, pendant longtemps, la conception en France de la Constitution fut ce qu'on appelle une conception *stato-centrée* de sorte que les constitutionnalistes avaient du mal à envisager une Constitution en deça ou au-delà de l'État. Depuis au moins une vingtaine d'années, ce schéma d'identification de la Constitution à l'État est fortement contesté. La première contestation est venue du droit européen qui a voulu doter l'Europe d'une Constitution. On se souvient peut-être du débat provoqué en 2005 par le « traité établissant une Constitution européenne ». Déjà, la Cour de justice des Communautés européennes avait donné un élan à cette idée de transposer la notion de Consti-

tution au droit de l'Union en évoquant, incidemment, l'idée de « charte constitutionnelle » pour désigner les traités institutifs des Communautés européennes. Pour arriver à proposer un tel concept de « Constitution européenne », il fallait épistémologiquement dénoncer la conception *stato-centrée* de la Constitution en accusant ses défenseurs d'avoir une « conception essentialiste » alors qu'un nominalisme de bon aloi permettait de dire qu'on pouvait attribuer le mot de Constitution à l'objet qu'on désirait (ou presque)¹⁴. En réalité, le plus frappant dans cette tentative de requalifier les traités européens de « Constitution », tenait au fait que les juristes « communautaristes » (leur nom de l'ancien monde) abandonnaient le terrain du formalisme juridique et renonçaient à l'idée qu'un traité ne pouvait être une Constitution (et inversement) en raison de leurs modes d'adoption et de révision. Ils entendaient adopter une conception matérielle de la Constitution en estimant que les organes de l'Union européenne exerçant un véritable pouvoir sur des « citoyens », les textes régissant l'UE pouvaient être « constitutionnels ».

13 - Plus récemment, cette idée d'une Constitution décentrée par rapport à l'État - *post-étatique* si l'on veut - est apparue sous les expressions de « Constitution globale » ou de « constitutionnalisme global »¹⁵. Cette effervescence doctrinale a surtout eu lieu à l'étranger. La France y est restée à l'écart parce qu'elle s'est concentrée au même moment sur « le tournant contentieux »¹⁶ (*ci-dessus n°1*). Quoi qu'il en soit, pour parler d'une « Constitution globale », ses tenants doivent dépasser la définition habituelle, analytique, du constitutionnalisme (*stato-centré*) qui présuppose notamment une communauté politique et un pouvoir constituant, éléments absents dans l'ordre international. Leur ressource est alors notamment de se fonder sur la distinction entre droit originaire et droit dérivé, qui est le propre du droit des organisations internationales intégrées. Ils estiment alors que « presque tous les régimes globaux ont un corps de règles de base qui gouvernent leur structure, leurs procédures et leur activité administrative » et ils en déduisent « qu'il y a deux droits, l'un supérieur et l'autre inférieur, le premier jouant le rôle que jouent les constitutions dans les contextes nationaux »¹⁷. Par ailleurs, les internationalistes redécouvrent l'œuvre de Georges Scelle qui, dès l'entre-deux-guerres, avait proposé de définir la Constitution non pas comme un acte, mais comme un « processus »¹⁸. Le vecteur matériel de cette constitutionnalisation est celui des droits de l'homme. De ce point de vue, « le modèle global des droits

14 Un court, mais bon résumé des arguments épistémologiques est fourni par Manon Altwegg-Boussac dans la présentation du colloque sur le constitutionnalisme global : *Le constitutionnalisme global ; quel espace pour la discussion ? Le constitutionnalisme global : Jus Politicum*, vol. IX, 2018, Dalloz, p. 14-15.

15 V. les riches actes du colloque précité et organisé par M. Altwegg-Boussac et D. Baranger sur *Le constitutionnalisme global : Jus Politicum*, vol. IX, p. 9-168.

16 Comme le relève M.-C. Ponthoreau, *Global constitutionalism. Un discours doctrinal*

homogénéisant. L'apport du comparatisme critique : Jus Politicum, vol. IX, p. 121.

17 M. Altwegg-Boussac, art. préc. note (15), p. 27.

18 O. de Frouville, *Une théorie constitutionnelle de la Constitution internationale : Jus Politicum*, vol. IX, p. 116 et s.

constitutionnels »¹⁹ fait écho à sa manière au « discours de convergence des droits constitutionnels (européens) »²⁰.

14 - Par ailleurs, la globalisation est souvent considérée comme un phénomène essentiellement économique et ensuite social. L'apparition en économie d'un marché mondial auquel s'appliqueraient les règles d'une concurrence organisée (notamment par la régulation qu'est censée apporter l'OMC) fait que l'État ne s'avèrerait plus en mesure de réguler cette sphère déterminante qui devrait pourtant être encadrée. D'où le recours au concept de « *constitutionnalisme sociétal* » qui a été notamment pensé par Gunther Teubner²¹. Un tel constitutionnalisme sociétal a pour particularité d'avoir une double face : il régit certes l'espace transnational – et à cet égard, il fait songer à la modernisation d'anciens concepts (celui, par exemple de la *lex mercatoria*) — mais aussi l'espace national dans la mesure où il régit les segments de la société opposés à l'État – et ici les Français songent immédiatement aux développements précurseurs de Maurice Hauriou sur la « constitution sociale ». Enfin, une tentative fort intéressante de penser ce constitutionnalisme au-delà de l'État provient des auteurs constitutionnalistes qui voient dans le « global » un moyen pertinent de retrouver le lien perdu de la Constitution à la société politique. Une telle entreprise suppose de concevoir le système politique qui n'est plus monolithique, comme « une masse d'interactions institutionnelles »²² et non pas comme un simple système de domination. Une telle redéfinition permet d'inclure les institutions non seulement nationales, mais aussi internationales. Elle implique d'admettre l'existence d'une « société politique transnationale », capable d'avoir une fonction d'inclusion et donc aussi celle d'une Constitution redéfinie comme étant « la structure inclusive d'une forme de société juridiquement articulée »²³. Une telle tentative revient à redonner à la Constitution son ancrage politique – d'où l'appellation de conception « néo-classique » de la Constitution. Elle se fonde sur une interprétation audacieuse du droit positif – surtout de la jurisprudence à vocation transnationale relative aux droits de l'homme.

15 - Cependant, le trait le plus frappant de cette littérature consacrée au constitutionnalisme global réside peut-être dans sa « *démarche prescriptive* »²⁴. En effet, il est rare de voir des

juristes se démarquer autant du droit positif pour énoncer le droit tel qu'il voudrait qu'il soit. Il est même étonnant de les voir faire l'impasse sur un concept central pour penser juridiquement le pouvoir comme l'est celui de compétence²⁵. Le risque apparaît alors d'une sorte d'arbitraire doctrinal en vertu duquel les auteurs décident d'appeler constitutionnalisme ce qu'ils conçoivent ainsi, sans que le contenu du droit positif ne vienne fonctionner comme une sorte de « corde de rappel ». Pour notre part, nous avons essayé, à notre modeste niveau de « *non global lawyer* », de conserver le lien qui existe entre la Constitution et la communauté politique en étendant nos investigations de l'État vers deux autres formes politiques : la Fédération et l'Empire²⁶. Pour ce qui concerne la Fédération, l'étude de cette forme politico-juridique peut permettre au juriste de penser la Constitution sous une autre forme que celle de la loi constitutionnelle suprême qui a triomphé dans la littérature doctrinale, à savoir le pacte constitutionnel. Une telle forme rend également nécessaire de penser la question non négligeable de la dualité des constitutions (fédérale et fédérées) et de leur articulation. Quant à l'Empire, forme ancienne du monde politique, il permet de penser la différence entre la Constitution métropolitaine et la Constitution autoritaire des colonies, une autre forme de dualité, mais une dualité hiérarchique. Dans les deux cas de la Fédération et de l'Empire, il y a un matériau juridique de droit positif ou d'ancien droit positif (pour l'Empire colonial) qui permet de démontrer que les concepts stato-centrés s'avèrent incapables de saisir l'objet politique en question. Quiconque étudie le droit fédéral de pays comme les États-Unis, l'Allemagne ou la Suisse pour prendre trois modèles incontestables, perçoit immédiatement que les catégories du droit constitutionnel tirées de l'État unitaire s'avèrent impraticables.

16 - Pour résumer, il est certain que l'identité postulée entre État et Constitution devient de plus en plus un obstacle pour penser la question du pouvoir politique et de son encadrement. Mais il est loin d'être certain que la conversion à la *Constitution globale* soit la solution adéquate, même si ce discours sur le droit constitutionnel doit être pris au sérieux et a été insuffisamment étudié en France. Il ne reste pour clore notre petite enquête de voir comment se porte la démocratie, ce qu'on fera en opérant

19 K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights* : Oxford U Press, 2012.

20 V. les développements de M.-C. Ponthoreau, art. préc. note 16, p. 131 et s.

21 V. son livre désormais traduit : *Fragments constitutionnels* : Paris, Classique Garnier (trad. fr. I. Aubert), 2017 et son article *Constitutionnalisme sociétal, Neuf variations sur un thème de David Scull* : *Jus Politicum*, vol. IX, p. 85 et s.

22 Ch. Thornhill, *A Sociology of Transnational Constitutions* : Cambridge University Press, 2016, p. 4.

23 *Ibid.* p. 7.

24 M.-C. Ponthoreau, art. préc. note 16, spéc. note 17 p ; 125. Il nous semble que l'ouvrage précité de Thornhill échappe à cette critique.

25 Lire à ce propos la mise au point salutaire de E. Lagrange, *Constitution, constitutionnalisation, constitutionnalisme globaux – et la compétence dans tout cela ?* : *Jus Politicum*, n°

20, [<http://juspoliticum.com/article/Constitution-constitutionnalisation-constitutionnalisme-globaux-et-la-competece-dans-tout-cela-1246.html>].

26 Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à deux de nos études : *Théorie de la Fédération* : Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 2^e éd., 2009, et *L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la III^e République in Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ? Hors-série : Jus Politicum* (2017), p. 235-412.

« La discussion sur une révision constitutionnelle permet souvent de discerner la représentation que l'on se fait de la Constitution elle-même. »

un retour en arrière sur l'épisode récent de l'état d'urgence qui a vu la démocratie française confrontée au danger du terrorisme.

3. L'état d'urgence (2015-2017) ou l'occasion de se demander ce que veut dire « réviser la Constitution »

17 - La France vient de sortir de deux années d'état d'urgence (14 nov. 2015 - 31 oct. 2017). Le droit constitutionnel fut soumis à rude épreuve par cet état d'exception qui permet au pouvoir exécutif de déroger au droit commun en prenant des mesures de police extraordinaires qui, en temps ordinaire, seraient contraires aux dispositions constitutionnelles garantissant certains droits et libertés. Se situant, dans l'échelle des états d'exception, un cran largement en dessous du régime de l'article 16 de la Constitution, l'état d'urgence ne modifie pas les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels²⁷. Il a pour première singularité d'être régi par une loi de 1955, adoptée donc sous la IV^e République, et pour seconde singularité d'avoir vu son régime juridique franchir l'écueil du contrôle du Conseil constitutionnel. Ce dernier a d'abord réussi le prodige, dans sa décision du 25 janvier 1985, de trouver un fondement constitutionnel à la loi de prorogation de l'état d'urgence arrêtée en Nouvelle-Calédonie. Il a, ensuite, dans sa jurisprudence QPC des années 2015-2017 élaboré une lecture « compréhensive » de ce régime dans la mesure où il a déclaré conformes à la Constitution la plupart des dispositions anciennes ou nouvelles de la loi, y compris celles qui le durcissaient²⁸. Les rares fois où celles-ci ne le furent pas, le Conseil a reporté la date d'abrogation, rendant largement inefficace la QPC pour les requérants. Toutefois, ce n'est pas sur cet aspect important et déjà fort étudié de l'état d'urgence que l'on s'arrêtera ici. On voudrait revenir sur le court épisode (déc. 2015 - mars 2017) du projet de révision constitutionnelle, dit « *relatif à la protection de la Nation* » afin de méditer sur ce que signifie de nos jours réviser la Constitution.

18 - Ce feuillet du projet de révision, à haute intensité, a tenu en haleine le pays pendant trois mois, jusqu'à ce que le chef de l'État (F. Hollande), constatant l'opposition résolue du Sénat, y renonça en mars 2015. Ce texte consistait à insérer dans la Constitution un article 36-1 portant sur l'état d'urgence et un autre article sur la déchéance de nationalité pour les terroristes. L'idée de constitutionnaliser l'état d'urgence divisa. Certains juristes y furent favorables au motif, louable en soi, qu'un tel projet permettrait de mieux encadrer ce régime juridique en

l'enchassant dans des dispositions constitutionnelles et dans la loi organique afférente. Cependant la façon dont le Gouvernement s'y prit démentait cette louable justification constitutionnaliste : il n'y avait aucun bénéfice à attendre du projet adopté qui se limitait à constitutionnaliser formellement la loi de 1955 sur l'état d'urgence. En outre, le projet n'améliorait guère les garanties des citoyens, comme le prouve notamment le fait qu'il ne prévoyait aucun mécanisme pour contrôler la durée de l'état d'urgence. Il faut donc en conclure qu'une telle révision n'était ni nécessaire, ni opportune. Le projet a néanmoins été éclairant pour le constitutionnaliste.

19 - En premier lieu, la discussion sur une révision constitutionnelle permet souvent de discerner la représentation que l'on se fait de la Constitution elle-même. La lecture attentive des débats parlementaires démontre que bien peu de députés ou sénateurs furent en mesure de repérer les véritables enjeux d'une telle constitutionnalisation de l'état d'urgence. Cependant, l'un d'eux, le député Jean-Frédéric Poisson (LR) fit une remarque très judicieuse en objectant au projet gouvernemental que « l'idée même d'inscrire dans la Constitution un régime général de restriction de libertés [...] paraît contradictoire : la Constitution est davantage destinée à garantir les libertés fondamentales qu'à les réduire ou à en restreindre le champ d'application, ce qu'une loi ordinaire mais encadrée peut faire »²⁹. Ce député soulevait incidemment la question de principe de savoir ce que l'on devait ou l'on pouvait « mettre » dans une Constitution. Pouvait-on, par exemple, en poussant le raisonnement jusqu'au bout, introduire sans discuter des éléments autoritaires ou, si l'on veut, des dispositions liberticides, dans une Constitution ? Telle était la question-limite qu'un tel projet posait et qui fut parfois soulevée à propos de la disposition la plus controversée sur la déchéance de nationalité pour les terroristes condamnés.

20 - C'est une question que les constitutionnalistes français osent rarement soulever, engoncés qu'ils sont dans un positivisme étriqué. Ce paradigme positiviste est dominant en France dans la science constitutionnelle depuis qu'il fut imposé par Barthélémy et Jèze avant d'être repris à son compte par le doyen Vedel. Ce dernier a réussi à faire croire, dans son Manuel de 1949, sur le seul fondement de son double talent de juriste et de rhéteur, la fable selon laquelle la question du contenu de la Constitution (définition matérielle) était une question politique tandis que celle portant sur la forme de la Constitution (organe, procédure et valeur) était une question juridique, et donc la seule valable. Exit toute réflexion sur la conception matérielle de la Constitution, considérée comme non juridique. Cela a des conséquences

27 V. sur ce point, O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence* : Paris, Lextenso, 2016.

28 Nous avons fait la synthèse de ces travaux dans le chapitre 5 de la seconde édition refondue du livre précité (*Lextenso, à paraître fin 2018*) en nous appuyant notamment sur les travaux du

CREDOF de Nanterre et de son rapport sur l'état d'urgence.
29 JOAN, 2^e séance, 5 févr. 2016.

non négligeables lorsqu'on aborde la question de la révision car la conception formelle du doyen Vedel lui permettait de justifier n'importe quel type de révision constitutionnelle selon ce raisonnement implacable : tout ce que prescrit le pouvoir constituant dérivé - l'auteur de la révision constitutionnelle - est du droit constitutionnel, et c'est un droit incontestable parce que c'est l'œuvre du Souverain. C'est également dans son œuvre que figure l'argument visant à vider de son sens l'interdiction de réviser, formulée à l'article 89, alinéa 5 de la Constitution de 1958 (« *la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision* »). Il suffit, dit Vedel, de réviser la clause de révision pour faire disparaître cette prohibition et pour donc réduire à néant la prétention à l'intangibilité de certaines clauses de la Constitution. Pourtant, un bref regard sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles étrangères indique qu'on doit davantage prendre au sérieux la thèse de l'intangibilité de certains principes constitutionnels (limitant donc l'étendue du pouvoir de révision)³⁰. Quel est le rapport avec le projet avorté de constitutionnalisation de l'état d'urgence ? Si l'on adopte la thèse « vedelienne » de la toute-puissance du pouvoir de la révision constitutionnelle, il est impossible d'objecter quoi que ce soit à un tel projet et à la possibilité d'injecter, massivement ou non, des éléments autoritaires dans une Constitution censée être libérale. Selon cette doxa, au nom de la souveraineté du pouvoir de révision, celui-ci peut insérer dans la Constitution ce qu'il juge politiquement pertinent. Une telle conception repose, comme l'a justement exprimé Denis Baranger, sur « une théorie sceptique de la Constitution »³¹. Une fois élucidés les présupposés théoriques gouvernant la doctrine constitutionnaliste dominante, on comprend mieux pourquoi elle n'a pas fondamentalement objecté au projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence et de la déchéance de nationalité.

21 - En outre, le projet sur l'état d'urgence est également instructif à un second titre, pour ce qui concerne les fonctions de la révision. Il témoigne aussi de l'accélération du nombre de révisions sous la V^e : 19 pour la période de 1990 à aujourd'hui et seulement 5 révisions entre 1958 et 1990. Par ailleurs, sur le fond, depuis quelques années, a lieu « un concours Lépine du changement »³² tant sont variés, sinon hétérogènes, les sujets faisant l'objet d'une révision. Une telle frénésie réformatrice affaiblit la portée symbolique de la Constitution qui semble pouvoir être modifiée aussi facilement qu'une loi ordinaire. Mais il y a un phénomène plus grave révélé par le projet relatif

à l'état d'urgence et qui porte sur la finalité de la révision. Il existe des révisions parfaitement légitimes et qu'on peut considérer comme *techniques* car elles apportent des modifications du texte de la Constitution en vue de ré-agencer les rapports entre les pouvoirs publics. L'exemple le plus clair est la révision de 2008, dite « révision Sarkozy » qui a consisté, pour l'essentiel, à redonner davantage de pouvoirs et prérogatives au Parlement pour tenter de rééquilibrer les pouvoirs. Dans le même registre, les révisions de 1962 (élection au suffrage universel direct du président de la République), de 1974 (saisine du Conseil constitutionnel par 60 parlementaires) ou encore de 2000 (quinquennat) illustrent ce type de révision relevant de « l'ingénierie constitutionnelle ». À l'opposé, le projet sur l'état d'urgence correspond à un autre cas de figure : le type de révision devient ici « *un substitut à l'action politique* »³³. En effet, à défaut de pouvoir faire cesser immédiatement le terrorisme dans les faits, les gouvernants ont entendu, en décembre 2015, modifier la Constitution afin - prétendument - de rassurer les Français. Il y a là une sorte de *fétichisme constitutionnel* par lequel on affecte de croire et de faire croire que des problèmes politiques seraient résolus par le simple fait de modifier la Constitution. Tout se passe comme si le langage constitutionnel était doté, à lui seul, d'une efficacité magique. Cette tendance, néanmoins, ne date pas d'hier. Jacques Chirac, dont la démagogie n'est pas le point faible, avait réussi à faire adopter en 2005 la Charte de l'environnement comme étant une annexe de la Constitution. Réviser la Constitution, c'est politiquement plus facile que d'interdire le diesel ou le taxer sérieusement... Mais que peut dire le juriste de cette Charte de l'environnement ? Pas grand-chose sauf à faire preuve d'ironique critique à l'égard de certaines de ses dispositions, comme l'a fait le regretté Guy Carcassonne³⁴. Tout comme en littérature, on ne fait pas de bonne Constitution avec des bons sentiments, fussent-ils écologiques ...

22 - Loin de se calmer, cette tendance se renforce si l'on en juge par les premiers débats parlementaires accompagnant la discussion du projet de loi constitutionnelle déposé en avril 2018 et intitulé « *Pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace* ». Ce projet est à l'origine hétérogène puisqu'il vise à modifier certains aspects de la procédure législative (dans un sens plutôt hostile au Parlement), à supprimer la Cour de justice de la République et les membres de droit du Conseil constitutionnel, à tenir compte de la différenciation territoriale pour les collectivités locales (avec un volet sur la Corse) et à trans-

30 Pour un aperçu de ces jurisprudences étrangères, V. notamment les articles de Y. Roznai, Cl. Klein, E. Bottini et J. Hummel sous la rubrique *Cours constitutionnelles et révisions de la Constitution : Jus Politicum*, n° 18 [http://juspoliticum.com/numero/Cours-constitutionnelles-et-revisions-de-la-Constitution-71.html].

31 D. Baranger, *Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine : Jus Politicum*, n° 18 [http://juspoliticum.com/article/Un-chantier-qui-ne-prend-jamais-fin-Le-juge-les-revisions-et-les-autres-formes-de-changement-constitu-

tionnel-dans-la-France-contemporaine-1186.html].

32 J.-E. Schoettl, *Des infortunes de la révision constitutionnelle : Commentaire*, n° 163, *Automne 2018*, p. 559.

33 *Ibid.*, p. 561.

former le Conseil économique, social et environnemental. Mais c'était sans compter sans l'inventivité des parlementaires qui ont saisi cette occasion pour empiler des « promesses » pour des temps meilleurs, mises en forme constitutionnelle. C'est le cas de l'impératif écologique qui devrait être reconnu à l'article 1^{er} de la Constitution tandis que la lutte contre le racisme est censée faire un saut historique par la suppression du mot de « race » dans l'article 1^{er}. La charte numérique aurait aussi vocation à être constitutionnalisée car nous vivons à l'ère numérique au cas où nous ne le saurions pas. Pauvre Constitution qui se voit affublée de tant de missions différentes, et qui devient un contenant destiné à recevoir n'importe quel contenu, n'importe quel vœu politique ou « sociétal » à la mode. Pour se consoler de telles avanies, le constitutionnaliste saura, à l'aide du recul historique, observer que cette frénésie constitutionnelle n'a rien de nouveau, comme en témoignent les propos peu amènes d'Edouard Laboulaye envers les Constitutions révolutionnaires, bien trop bavardes à son goût³⁵.

23 - Au terme de cette enquête, on craint n'avoir pas répondu à la question initiale - « Où va le droit constitutionnel ? ». On a plutôt décrit un droit constitutionnel un « peu à la dérive »,

balloté par des vents contraires. Au risque d'aggraver notre cas auprès du lecteur fêru de récits juridiques enchantés, on posera une ultime question : finalement, qui s'en soucie ? Les sondages ne prouvent-ils pas que les Français se désintéressent de la question constitutionnelle et de la révision ? Alors qu'on fête ces jours-ci notre « République sexagénaire », un journaliste note les sentiments ambivalents que la V^e République suscite. D'un côté, on la loue pour sa longévité remarquable et pour sa stabilité, mais d'un autre côté, on la blâme car elle réalise une concentration indue du pouvoir au profit d'un seul homme³⁶. Doit-on s'en satisfaire ? Oui si l'on adhère au propos du Général de Gaulle qui aurait dit que « la machinerie des pouvoirs est une chose, mais que *« le reste dépendra des hommes »* »³⁷. Pourtant, le droit constitutionnel ne mériterait pas une heure de réflexion si l'on adoptait ce lieu commun selon lequel peu importent les institutions et seuls comptent les hommes. La pensée constitutionnaliste, tout à l'inverse, prétend que les meilleurs hommes ne pourront jamais bien gouverner avec de mauvaises institutions car ils en sont prisonniers. Comment le droit constitutionnel peut-il bien se porter si l'opinion publique et même parfois les constitutionnalistes, n'accordent pas foi à cette science des institutions ? ■

34 *La Constitution* : Paris, Seuil, 10^e éd., n° 582, p. 439-440.

35 4^e Lettre « Qu'est-ce qu'une Constitution ? » in Ed. Laboulaye, *Lettres politiques. Esquisse d'une Constitution républicaine* : Paris, Charpentier, 1872, p. 31.

36 G. Courtois, *La République sexagénaire* : *Le Monde* 12 sept. 2018.

37 *Ibid.*

1. LA « PURETÉ »

La théorie pure du droit est une théorie du droit positif – du droit positif en général ; sans autre spécification : elle n'est pas la théorie d'un ordre juridique déterminé ; elle n'a pas pour objet l'interprétation de tel ou tel ensemble de normes juridiques, nationales ou internationales. Elle constitue une théorie générale du droit (à ce titre, elle comprend, bien entendu, une théorie de l'interprétation juridique).

Théorie, elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être ou être fait. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique.

Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même une théorie « pure » du droit ? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. En d'autres termes, elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. Tel est son principe méthodologique fondamental. Il paraîtra sans doute aller de soi. Cependant, il suffit de jeter un coup d'œil sur la science du droit traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au cours des XIX^e et XX^e siècles, pour apercevoir clairement combien il s'en faut qu'elle satisfasse à ce postulat de « pureté ». Sans aucun esprit critique, elle a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part. Et certes, un tel amalgame peut s'expliquer par le fait que le second groupe de sciences se rapporte à des objets qui sont assurément en relation étroite avec le droit ; la théorie pure du droit n'ignore pas ni ne songe à nier cette relation ; si elle entreprend de délimiter nettement la connaissance du droit de ces autres disciplines, c'est parce qu'elle cherche à éviter un syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit.

15. THÉORIE STATIQUE ET THÉORIE DYNAMIQUE DU DROIT

L'on peut mettre l'accent soit sur l'un soit sur l'autre des termes de cette alternative : les normes qui règlent la conduite humaine, ou la conduite humaine réglée par les normes ; l'on peut s'attacher à connaître soit les normes juridiques qui sont créées par des actes humains et qui doivent être appliquées ou obéies, soit les actes de création ou d'application, et les actes d'obéissance aux normes ; à la première option correspondra une théorie statique du droit, à la seconde une théorie dynamique du droit³. La « théorie statique du droit » envisage le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur ; la « théorie dynamique du droit », elle, a pour objet le droit en mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué. Il faut cependant observer que ce processus est lui-même réglé par le droit. Car le droit – et c'est une originalité extrêmement importante qu'il présente – règle lui-même sa propre création et sa propre application. La création des normes juridiques générales, c'est-à-dire la procédure de la législation, est réglée par la Constitution ; et des lois de droit formel ou lois de procédure règlent l'application des lois de droit matériel par les tribunaux et par les autorités administratives. Par suite, les actes de création du droit et d'application du droit qui forment la procédure juridique (et nous verrons que l'application du droit est elle-même, et elle aussi, création de droit⁴) n'entrent en ligne de compte pour la connaissance juridique, qu'en tant qu'ils sont matière de normes juridiques, en tant qu'ils sont réglés par des normes juridiques ; de sorte que la théorie dynamique du droit porte, elle aussi, sur des normes juridiques, à savoir, précisément, celles qui règlent la création et l'application du droit.

16. NORME JURIDIQUE ET PROPOSITION DE DROIT

La science du droit ne saisit la conduite humaine qu'en tant qu'elle est matière de normes juridiques, c'est-à-dire en tant qu'elle est réglée par de telles normes ; par cette raison, elle représente une interprétation normative des faits en question. Elle décrit les normes juridiques qui sont créées par des actes humains et qui doivent être appliquées et obéies par de tels actes, et par là même elle décrit les relations fondées par ces normes juridiques entre les faits sur lesquels elles portent.

Les propositions par lesquelles la science du droit décrit ces relations sont les propositions de droit (*Rechtssätze*) ; il faut distinguer ces propositions de droit des normes de droit ou normes juridiques (*Rechtsnormen*).

3. Cf. *infra*, p. 117 et s. et p. 193 et s.

4. Cf. *infra*, p. 235 et s.

Les normes juridiques sont créées par les organes juridiques et doivent être appliquées par eux et obéies par les sujets de droit. – Les propositions de droit sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu.

Les normes, elles, ne sont pas des jugements, c'est-à-dire des énonciations relatives à un objet donné à la connaissance. Elles constituent – tel est leur sens – avant tout des prescriptions, et, comme telles, des ordres, des impératifs, mais également des permissions et des habilitations ; en tout cas, elles ne sont pas – comme on l'affirme parfois, en identifiant à tort le droit et la science du droit – des enseignements. Le droit ordonne, permet, habilite, il ne « renseigne » pas. Certes, on doit constater que, lorsqu'elles sont exprimées en mots et en phrases, les normes juridiques peuvent apparaître en forme d'énonciations constatant des faits. La norme d'après laquelle le vol doit être puni est souvent formulée par le législateur en ces termes : le vol est puni de prison ; la norme qui habilite le chef de l'État à conclure des traités internationaux est énoncée sous cette forme : le chef de l'État conclut les traités internationaux. Mais peu importe la forme linguistique des actes qui créent le droit, qui posent les normes ; ce qui compte, c'est leur sens. Et le sens de ces actes est autre que le sens des propositions de droit, qui, elles, décrivent le droit.

35. LA PYRAMIDE DE L'ORDRE JURIDIQUE

a) La Constitution

Dans les développements précédents, on a déjà évoqué à maintes reprises cette particularité que présente le droit de régler lui-même sa propre création. On peut distinguer deux modalités différentes de ce règlement. Parfois, il porte uniquement sur la procédure : des normes déterminent exclusivement la procédure selon laquelle d'autres normes devront être créées. Parfois, il va plus loin et porte également sur le fond : des normes déterminent – jusqu'à un certain point – le contenu, le fond d'autres normes dont elles prévoient la création. On a déjà analysé le rapport entre les normes qui réglementent la création d'autres normes et ces autres normes : en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridiques, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre norme ; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première. Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport de supériorité-subordination. La norme qui règle la création est la norme supérieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découlent du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale, – norme supposée. La norme fondamentale hypothétique – en ce sens – est par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création.

Commençons par raisonner uniquement sur les ordres juridiques étatiques. Si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution. Il faut entendre ici ce terme en un sens matériel ; où il se définit : la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales. La Constitution ainsi entendue peut être créée soit par voie de coutume, soit par un acte ayant cet objet et ayant pour auteurs un individu ou plusieurs individus, autrement dit : par acte de législation. Dans le second cas, elle est toujours consignée dans un document ; pour cette raison, on l'appelle une Constitution « écrite » ; alors que la Constitution coutumière est une Constitution non-écrite. Il se peut aussi qu'une Constitution au sens matériel se compose pour partie de normes légiférées et écrites, pour partie de normes coutumières et non-écrites. Il est également possible que les normes d'une Constitution créée coutumièrement soient codifiées à un moment donné ; si cette codification est l'œuvre d'un organe de création du droit et a par suite un caractère obligatoire, la Constitution née coutumièrement devient une Constitution écrite.

224

Le terme Constitution est pris aussi en un sens formel : la Constitution au sens formel est un document qualifié de Constitution, qui – en tant que Constitution écrite – contient non seulement des normes qui règlent la création des normes juridiques générales, c'est-à-dire la législation ; mais également des normes qui se rapportent à d'autres objets politiquement importants, et, en outre, des dispositions aux termes desquelles les normes contenues dans ce document ne peuvent pas être abrogées ou modifiées de la même façon que les lois ordinaires, mais seulement par une procédure particulière, à des conditions de difficulté accrue. Ces dispositions représentent la forme constitutionnelle ; en tant que forme, cette forme constitutionnelle peut recevoir n'importe quel contenu, et elle sert en première ligne à stabiliser les normes que l'on a appelées la Constitution matérielle, et qui sont la base positive de l'ensemble de l'ordre juridique étatique.

Dans les droits étatiques modernes, la création des normes juridiques générales que règle la Constitution au sens matériel a le caractère de législation. La réglementation de cette législation par la Constitution contient la détermination de l'organe ou des organes investis du pouvoir de créer des normes juridiques générales, – les lois et règlements. Pour pouvoir considérer que les tribunaux sont habilités à appliquer aussi le droit coutumier, il faut nécessairement admettre qu'ils y sont à appliquer les lois – c'est-à-dire qu'il faut nécessairement admettre que la Constitution institue la coutume qui résulte de la conduite habituelle des individus soumis à l'ordre juridique étatique – des sujets de l'État – comme fait créateur de droit. Cette nécessité ne pose certes aucune difficulté si la Constitution écrite elle-même contient une disposition formelle en ce sens. Dans le cas contraire, pour pouvoir tenir l'application du droit coutumier par les tribunaux pour régulière, il faut recourir à la norme fondamentale ou Constitution hypothétique ; on pourrait être tenté de prime abord de dire qu'alors l'habilitation résulte d'une norme de la Constitution non-écrite née par coutume ; nous verrons par la suite que l'idée n'est pas acceptable¹⁸ ; il faut donc *supposer* une norme d'habilitation, tout de même que, pour admettre que les lois et règlements créés conformément à ses dispositions sont des normes juridiques obligatoires, il faut nécessairement supposer que la Constitution écrite a le caractère d'ensemble de normes objectivement valables. En ce cas, on supposera donc une norme fondamentale – qui est la Constitution au sens de la logique juridique –, norme qui institue comme faits créateurs de droit tout à la fois l'acte du législateur constituant, et la coutume résultant de la conduite des sujets soumis à l'ordre juridique créé conformément à la Constitution.

Lorsqu'elle est Constitution écrite, la Constitution de l'État se présente parfois dans une forme spécifiquement constitutionnelle, c'est-à-dire sous forme de normes qui ne peuvent pas être abrogées ou modifiées comme les lois ordinaires, mais seulement à des conditions d'une difficulté accrue. Il se peut cependant que ce ne soit pas le cas ; ce ne l'est évidemment pas pour les États dont la Constitution est de caractère coutumier, c'est-à-dire est née de la

18. Cf. *infra*.

225

conduite coutumière habituelle des individus soumis à l'ordre juridique étatique et n'a pas été codifiée par la suite. En ce cas, les normes qui ont le caractère de Constitution matérielle peuvent, elles aussi, être soit abrogées soit modifiées par les lois ordinaires ou par le droit coutumier.

Il est possible que le pouvoir d'édicter, d'abroger et de modifier les lois constitutionnelles, au sens spécifiquement formel, soit attribué à un organe différent de celui qui a le pouvoir d'édicter, abroger et modifier des lois ordinaires. Par exemple, il se peut que la composition et le mode d'élection de l'organe investi de la fonction constituante soient différents de ceux de l'organe investi de la fonction de législation ordinaire, – ce sera par exemple une assemblée constituante, il serait plus exact de dire : une assemblée législative constitutionnelle. Le plus souvent cependant, les deux fonctions sont exercées par un seul et même organe.

La Constitution qui règle la création des normes générales peut déterminer aussi le contenu de certaines lois futures ; et les Constitutions positives le font assez fréquemment en prescrivant certains contenus ou en excluant certains contenus. Dans le premier cas, on n'a affaire, le plus souvent, qu'à une promesse que des lois seront édictées, sans qu'il y ait véritablement obligation de les édicter, parce qu'il n'est guère possible, ne serait-ce qu'en raison de facteurs de technique juridique, d'attacher une sanction à la non-édiction de lois ayant le contenu prescrit. En revanche, il est plus facile d'exclure constitutionnellement de façon efficace l'édiction de lois d'un contenu déterminé. Le catalogue de droits et libertés fondamentaux qui forme un contenu typique des Constitutions modernes n'est pour l'essentiel rien d'autre qu'une tentative pour prévenir l'établissement de telles lois. Il est efficace si l'édiction d'une telle loi – par exemple d'une loi qui lèse la liberté de la personne ou la liberté de la conscience ou l'égalité – engage la responsabilité personnelle de certains organes associés à l'édiction – chef de l'État, ministres –, ou si est instituée la possibilité de les attaquer et d'obtenir leur annulation. À supposer, bien entendu, que la loi ordinaire ne possède pas la force de déroger à la loi constitutionnelle qui règle sa création et son contenu, que les lois constitutionnelles ne puissent être modifiées ou abrogées qu'à des conditions plus difficiles, telles que majorité qualifiée, quorum supérieur, etc., c'est-à-dire à condition que la Constitution prescrive pour sa propre modification ou abrogation une procédure différente de la procédure de la législation ordinaire, et plus difficile, – qu'il y ait à côté de la « forme de loi » une « forme de Constitution » distincte et originale.

V. — La signification juridique et politique de la justice constitutionnelle.

22. — Une Constitution à laquelle la garantie de l'annulabilité des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire, au sens technique. Bien que l'on n'en ait en général pas conscience — parce qu'une théorie juridique dominée par la politique ne permet pas de prendre cette conscience —, une Constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels et en particulier les lois inconstitutionnelles restent aussi valables — leur inconstitutionnalité ne permettant pas de les annuler — équivaut à peu près, du point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire. Toute loi, tout règlement, et même tout acte juridique général fait par les particuliers ont une force juridique supérieure à celle de cette Constitution, à laquelle ils sont cependant subordonnés et dont ils déduisent tous leur validité. Car le droit positif veille à ce que tout acte qui est en contradiction avec une norme supérieure autre que la Constitution puisse être annulé. Ce faible degré de force obligatoire réelle est en désaccord radical avec l'apparence de fermeté allant jusqu'à

la fixité que l'on confère à la Constitution en soumettant sa révision à des conditions renforcées. Pourquoi tant de précautions, si les normes de la Constitution, bien que presque immodifiables, sont en réalité presque sans force obligatoire ? Certes, même une Constitution qui ne prévoit pas de tribunal constitutionnel ou d'institution analogue pour l'annulation des actes inconstitutionnels n'est pas totalement dépourvue de sens juridique. Sa violation peut avoir une certaine sanction, lors du moins qu'existe l'institution de la responsabilité ministérielle, sanction dirigée contre certains organes associés à la confection des actes inconstitutionnels, à supposer qu'ils soient coupables. Mais abstraction faite de ce que cette garantie — on l'a déjà fait remarquer — n'est en soi pas très efficace, parce qu'elle laisse subsister la loi inconstitutionnelle, on ne peut pas admettre dans ce cas que la Constitution indique une procédure législative unique et fixe réellement des principes quant au contenu des lois. La Constitution dit sans doute dans son texte et veut dire que les lois ne doivent être élaborées que de telle ou telle façon et qu'elles ne doivent pas avoir tel ou tel contenu ; mais, admettant que les lois inconstitutionnelles seront aussi valables, elle signifie en réalité que les lois peuvent être faites d'une autre façon et leur contenu se heurter aux limites assignées ; car les lois inconstitutionnelles ne peuvent elles aussi être valables qu'en vertu d'une règle de la Constitution ; elles doivent être, elles aussi, d'une façon quelconque constitutionnelles, puisque valables. Mais cela signifie que la procédure législative expressément indiquée dans la Constitution et les directions qui y sont posées ne sont pas, en dépit des apparences, des dispositions exclusives, mais seulement alternatives. Que les Constitutions auxquelles fait défaut la garantie de l'annulabilité des actes inconstitutionnels ne soient pas en fait interprétées de la sorte, c'est précisément l'étrange effet de cette méthode, à laquelle nous avons déjà fait souvent allusion et qui dissimule le contenu vrai du droit pour des motifs politiques qui ne répondent pas proprement aux intérêts politiques dont ces Constitutions sont l'expression.

Une Constitution dont les dispositions relatives à la légis-

lation peuvent être violées sans qu'il en résulte l'annulation des lois inconstitutionnelles a, vis-à-vis des degrés inférieurs de l'ordre étatique, le même caractère obligatoire que le droit international vis-à-vis du droit interne. Un acte étatique quelconque qui est contraire au droit international n'en est en effet pas moins valable. La seule conséquence de cette violation est que l'Etat dont elle lèse les intérêts peut, en dernière analyse, faire la guerre à l'Etat qui en est l'auteur : elle entraîne une sanction purement pénale. De même, la seule réaction d'une Constitution qui ignore la justice constitutionnelle contre sa violation est la sanction pénale qu'offre l'institution de la responsabilité ministérielle. C'est cette force obligatoire minime du droit international qui incite beaucoup d'auteurs, à tort sans doute, à lui dénier d'une façon générale le caractère de droit. Et ce sont des motifs tout à fait semblables qui s'opposent au renforcement technique du droit international par l'institution d'un tribunal international doué de pouvoirs d'annulation et à l'accroissement de la force obligatoire de la Constitution par l'organisation d'un tribunal constitutionnel.

On doit avoir ce qui précède présent à l'esprit pour pouvoir apprécier l'importance de l'organisation de la justice constitutionnelle.

Théories normativistes de l'ordre juridique. – Les deux auteurs qui ont exposé la théorie normativiste de l'ordre juridique de la façon la plus complète sont sans conteste Kelsen et Hart, auxquels on ajoutera, pour la fécondité de ses observations, Bobbio.

Le point de départ de la théorie kelsenienne est la conception bien connue de l'ordre juridique comme un ordre de contrainte de la conduite humaine (TPD, p. 42 sq.). Cela signifie, entre autres, que les normes juridiques sont des normes dont l'inobservation fait l'objet de sanctions instituées par l'ordre juridique et mises en œuvre par ses organes. Ceux-ci ont le monopole, du moins dans l'ordre étatique, de l'application des sanctions. Quant à la nature de celles-ci, il s'agit selon Kelsen, des actes de contrainte de dernier ressort qui viennent rompre l'enchaînement successif des normes : « retrait de force de la vie, de la liberté, de biens économiques et d'autres » (TPD, p. 49). De cette présentation de l'ordre juridique, Kelsen va déduire une conception très personnelle de l'obligation juridique. Il considère que ce qui constitue la juridicité d'une norme est le fait que sa violation va déclencher une sanction. Dans ce cas la norme édictant la sanction doit être considérée comme une norme primaire et, à la limite, seule

cette norme existe effectivement. La norme qui énonce l'obligation dont le non-respect fera l'objet d'une sanction est entièrement contenue dans la norme primaire. Kelsen hésite cependant à dénier toute réalité à la norme édictant l'obligation. Il reconnaît que la compréhension des règles d'un système serait rendue plus difficile si celui-ci était présenté comme comprenant une seule catégorie de normes, celles prononçant les sanctions. Il consent donc à conserver la catégorie des normes prescrivant des obligations à condition de reconnaître qu'il s'agit là de normes qui dépendent entièrement des normes prescrivant les sanctions et c'est pourquoi il appelle celles-ci normes primaires et celles-là normes secondaires (TGDE, p. 111 et p. 191 sq.). Cependant, on peut dire que pour Kelsen un ordre juridique est, essentiellement, un ensemble de normes qui prescrit aux organes de cet ordre d'appliquer des sanctions.

L'ordre juridique comprend à la fois des *normes générales* c'est-à-dire des règles (les deux expressions sont synonymes) qui ont trait à une classe d'individus et pour une catégorie d'actions, et des *normes individuelles* « qui déterminent la conduite d'un individu dans une situation unique » (TGDE, p. 88). Le dernier point, et peut-être un des plus importants de la théorie kelsenienne, porte sur la spécificité de l'ordre juridique étatique. Pour Kelsen, il y a identité entre l'État et l'ordre juridique. Il n'y a pas l'État d'un côté et son ordre juridique de l'autre, comme le concevaient la plupart des auteurs de son temps (Chevallier, 1983, p. 40-41). L'État est ordre juridique. Quant à ce qui le distingue d'autres ordres juridiques (ordres pré-étatiques, ordre juridique international), c'est qu'il présente des éléments de « centralisation » (existence d'organes spécialisés pour produire le droit, l'appliquer et le sanctionner) qui n'existent pas au même degré dans ces autres ordres.

La contribution de Hart à la théorie normativiste de l'ordre juridique a permis de renouveler entièrement la théorie positiviste-normativiste du droit et donc de l'ordre juridique. Hart, tout d'abord, rejette la classification kelsenienne des normes primaires et secondaires, ainsi que l'idée d'un ordre juridique comme ensemble de normes portant exclusivement sur la sanction (LCD, p. 59), car cette présentation ne rend nullement compte de la façon dont le droit opère dans la conscience des acteurs, qu'ils soient sujets ou organes du système. Hart reprend à son compte la conception de l'ordre juridique comme un ensemble constitué de normes primaires et secondaires mais en donnant à ces notions un sens tout à fait différent de celui présenté par Kelsen. Retrouvant les présentations pré-kelseniennes, il considère que les normes qui régissent la conduite des sujets du droit sont les règles primaires d'un ordre juridique. Mais – point original – il estime qu'existent des règles « secondaires » dont la caractéristique est de ne pas avoir pour objet la conduite des sujets mais les règles pri-

maires elles-mêmes. Ces règles secondaires (ou de second degré, v. Bobbio, 1971, p. 112) ont donc pour objet les procédures à suivre pour créer et modifier les règles primaires de l'ordre juridique (*rules of change*) ainsi que les procédures portant sur l'application du droit, que ce soit par les organes administratifs ou les organes juridictionnels (*rules of adjudication*). Il existe une troisième catégorie de règles secondaires, constituée par la règle de reconnaissance (*rule of recognition*) qui permet aux organes d'un ordre juridique de reconnaître que telle norme est bien une norme de l'ordre juridique en question et non pas d'un autre ordre (TGI, p. 92). On notera que si Hart parle toujours de la règle de reconnaissance au singulier, Bobbio en distingue au moins deux sortes : les normes sur les sources qui « indiquent quels sont les faits ou les actes auxquels on attribue le pouvoir de produire des normes appartenant au système » et les *normes sur la validité des lois dans le temps et dans l'espace*, qui indiquent le domaine temporel et le domaine spatial d'application des règles du système. Un trait commun aux théories normativistes est le renversement qu'elles opèrent dans la relation ordre juridique/norme. Celle-ci n'a d'existence que rapportée à un ordre juridique dans lequel elle se trouve insérée. La norme n'existe pas par elle-même mais uniquement en tant qu'elle est une norme d'un certain système qui seul peut lui procurer sa validité, i.e. son existence en tant que norme. Selon la formule de Bobbio : « [...] il n'y a pas de normes juridiques parce qu'il existe des normes juridiques distinctes de normes non juridiques, mais il existe des normes juridiques parce qu'il existe des ordres juridiques distincts des ordres non juridiques » (TOG, § 54 et sur les difficultés de cette position v. Troper, 1986, p. 31-35 et 40 sq.).

(...)

Unité de l'ordre juridique. – Pour qu'un ensemble de normes constitue un ordre juridique, il est nécessaire qu'existe un principe unificateur qui ordonne ces normes et les fasse apparaître non pas comme un simple agrégat disparate de préceptes mais comme un système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même. L'une des solutions les plus marquantes de ce problème a été fournie par Kelsen. Celui-ci donne en fait deux réponses. Dans un premier temps, il examine l'ordre juridique en tant que celui-ci constituerait un ordre qu'il appelle statique (TPD, p. 258). Dans ce cas, une norme est dite valide, i.e. existante dans l'ordre juridique, si son contenu est conforme à la norme supérieure. Celle-ci sera elle-même valide si son contenu est conforme à la norme supérieure, jusqu'à ce qu'on arrive, de degré en degré en suivant la hiérarchie des normes, à la norme constitutionnelle. Celle-ci, et sous réserve du rapport entre l'ordre juridique étatique et l'ordre du droit international public (*infra*) ne peut plus trouver son fondement de validité dans une norme de droit positif mais seulement dans une norme fondamentale supposée dont le contenu est qu'il faut se conduire comme l'exige la Constitution. Dans un second temps, Kelsen présente l'ordre juridique en tant qu'il constitue un ordre dynamique (TPD, p. 259-261). Dans cette optique, une norme inférieure est valide si elle a été posée conformément aux conditions requises par la norme supérieure. Il en va de même de celle-ci jusqu'à ce que de palier en palier on remonte jusqu'à la Constitution. On voit que dans cette présentation la norme fondamentale est le point de départ des opérations de création du droit. Mais la Constitution étant la norme suprême dans l'ordre juridique, elle ne peut trouver son fondement dans une norme de droit posée par une autorité qui lui serait supérieure. La seule possibilité est donc, ici encore, de supposer une « norme-fondement » hypothétique (TPD, p. 263). On a maintes fois remarqué que les deux optiques sous lesquelles Kelsen examine les ordres juridiques, le point de vue statique et le point de vue dynamique, pouvaient aboutir à des résultats fort diffé-

rents s'agissant de la validité des normes (Troper, 1984, p. 37-39). La théorie de la norme fondamentale a rencontré des critiques très vives et a été maintes fois réfutée (v. TPD, p. 262 et 270-273). Kelsen lui a donné des justifications qui ont évolué : hypothèse nécessaire à la science du droit (« Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », RCADI, 1926/IV, p. 256), hypothèse logique-transcendante (TPD, p. 269), fiction nécessaire pour comprendre la façon dont les normes se constituent en ordre (TGN, p. 344). Il n'en reste pas moins vrai que seule la norme fondamentale permet de répondre à la question de l'appartenance d'une norme à un ordre juridique, et seule elle permet d'unifier les normes d'un système en donnant à la fois à celles-ci et à l'ordre juridique leur fondement de validité (pour une critique récente v. Guastini, 2000, sur le fait qu'aucun ordre juridique ne peut inclure sa propre constitution). Pour Hart la norme ultime est une « règle de reconnaissance » qui, comme on l'a vu, est la norme secondaire qui permet d'identifier les autres normes comme appartenant bien au système juridique (LCD, p. 130). La règle de reconnaissance chez Hart a la même fonction d'unification et de validation que la norme fondamentale chez Kelsen. Il admet également que la règle de reconnaissance, tout en offrant le fondement de validité des autres règles du système, ne bénéficie elle-même, puisqu'elle est la règle ultime, d'aucun fondement de validité. Mais il refuse qu'elle ait un caractère hypothétique (LCD, p. 136). Hart résout le problème en distinguant les « jugements internes de droit » et les « jugements externes de fait relatifs au système » (p. 136). Dire d'une norme qu'elle est valide c'est se situer à l'intérieur d'un ordre juridique et évaluer cette norme avec les outils fournis par celui-ci et de façon ultime par la règle de reconnaissance. S'agissant en revanche de cette dernière, aucune appréciation interne n'est possible. Seule peut être faite une appréciation externe qui consiste à propos d'un ordre juridique donné (l'État par exemple) à reconnaître qu'aussi bien les sujets de droit que les organes chargés de la production du droit et ceux chargés de l'application du droit se conduisent effectivement de la façon prescrite par la règle de reconnaissance. Celle-ci ne peut donc être qualifiée ni de valide ni d'invalidé : on peut seulement constater qu'elle est acceptée ou non, comme l'on accepte ou refuse le mètre étalon déposé à Breteuil (*op. cit.*, p. 137). Un des problèmes les plus délicats de la théorie de la validité des normes et de la norme fondamentale est sa combinaison avec la reconnaissance que l'efficacité est une des conditions d'existence d'un ordre juridique. En effet, si c'est l'efficacité, la contrainte, qui donne en fin de compte sa réalité à l'ordre juridique, la notion de validité, comme mode d'existence spécifique des normes trouvant chacune leur fondement dans la norme supérieure, ne devient-elle pas inutile ?

C'est là la théorie réaliste défendue par Alf Ross et rejetée par Kelsen (TPD, p. 282-285).

« Le sens dans lequel la règle de reconnaissance constitue la règle *ultime* d'un système apparaît très clairement lorsqu'on suit une chaîne très familière de raisonnement juridique. Si la question se pose de savoir si une règle donnée est juridiquement valide, nous devons, pour pouvoir répondre à cette question, recourir à un critère de validité fourni par quelque autre règle. Ce règlement qu'a voulu adopter le Conseil du Comté d'Oxford est-il valide ? Oui, parce qu'il fut édicté dans l'exercice des pouvoirs conférés, et suivant la procédure établie par un arrêté pris par le ministre de la Santé. A ce premier stade, l'arrêté fournit les critères à la lumière desquels la validité du règlement peut être appréciée. Il se peut qu'il n'y ait aucune nécessité pratique d'aller plus loin ; mais la possibilité de le faire existe en permanence. Nous pouvons nous interroger sur la validité de l'arrêté et apprécier cette validité en nous référant à la loi qui habilite le ministre à prendre de tels arrêtés. Enfin, après nous être interrogés sur la validité de la loi et après l'avoir appréciée en nous référant à la règle selon laquelle ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit, nous nous trouvons arrêtés dans nos recherches relatives à la validité : nous avons en effet atteint une règle qui, au même titre que l'arrêté intermédiaire et la loi, fournit des critères permettant d'apprécier la validité d'autres règles ; mais elle diffère également d'elles, en ce qu'il n'existe aucune règle qui fournirait des critères pour apprécier sa propre validité juridique. »

Hart Herbert Lionel Adolphus

(1907-1992)

The Concept of Law

Oxford, Clarendon Press, 1961.

Le concept de droit

trad. fr. M. Van de Kerchove, J. Van Drooghenbroeck, R. Célis, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

Issu d'une famille d'immigrants juifs d'Europe centrale installés en Grande-Bretagne, Hart fait des études d'humanités à Oxford de 1926 à 1929. Il entre dans le barreau en 1932 et pratique pendant huit ans la profession de *Chancery barrister*, expert en *truisis* et en questions successorales. Pendant la guerre, Hart sert dans les services de renseignement britanniques et participe à la campagne d'intoxication destinée à tromper les Allemands sur le lieu du débarquement. Lié à plusieurs philosophes, il devient tuteur à *New College* après la guerre et commence à travailler sur des questions de philosophie du droit. Après ce cursus peu orthodoxe d'un point de vue académique, il est élu en 1952 à la chaire de théorie du droit de l'Université d'Oxford qu'il occupe jusqu'en 1968.

Dans son enseignement et ses travaux, Hart revendique une filiation avec l'École analytique de Bentham et de John Austin (1790-1859). Il dirige une nouvelle édition, avec une introduction, du principal ouvrage d'Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) et participe activement, après 1968, au projet Bentham d'édition scientifique et complète des œuvres du théoricien utilitariste. Il noue des contacts avec les États-Unis, en donnant des conférences à Harvard et en rencontrant Kelsen à l'Université de Californie en 1961-1962. Il prend part en Grande-Bretagne et en Amérique aux débats sur la libéralisation du droit pénal et le recul dans le domaine du droit des conceptions morales traditionnelles, en polémiquant avec Fuller et Lord Devlin. Il défend la dépenalisation de l'homosexualité ou de l'avortement en s'appuyant sur les principes utilitaristes pour affirmer que ces conduites, ne nuisant pas à des tiers, n'ont pas d'effet dissolvant sur le lien social. Proche des idées social-démocrates, marié à une militante communiste enseignant l'histoire moderne et la théorie politique, Hart ne cache pas ses convictions progressistes, sans pour autant s'affilier à un parti.

La réflexion théorique de Hart se nourrit de ses contacts avec les philosophes d'Oxford, notamment avec John Langshaw Austin (1911-1960) : il

est sensible aux études consacrées au langage par ce dernier et au mouvement amorcé par l'enseignement de Wittgenstein à Cambridge de retour à l'emploi de la langue ordinaire, de tous les jours, y compris dans les domaines spécialisés comme le droit. C'est dans cette atmosphère qu'est publié en 1961 *The Concept of Law*, en fait le premier livre complet de Hart et son œuvre essentielle, même s'il est utile d'en compléter la lecture par les autres articles et ouvrages rédigés jusqu'aux années 80. Théoricien positiviste, Hart se distingue de ses devanciers, notamment de Kelsen, par sa célèbre distinction entre règles primaires et règles secondaires. Avec son expérience de la pratique et sa connaissance de la philosophie du langage, il propose de nouvelles réflexions sur le rôle du juge par rapport à la norme juridique qu'il s'attache à bien distinguer de la norme morale.

L'articulation entre règles primaires et secondaires

La réflexion de Hart sur le concept de droit part des analyses de John Austin et de leur critique. Dans *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin affirme que toute règle de droit est un commandement. Dès l'abord, Hart considère que cette « réduction du phénomène complexe qu'est le droit à ce simple élément » constitue une « dénaturation ». Le droit risque d'être confondu avec l'attitude du bandit qui ordonne sous la menace à une victime de lui remettre sa bourse ou avec les règles de la morale, ce qui est selon Hart la source de l'exagération jusréaliste. Hart préfère constater la diversité des règles de droit, en distinguant trois types : des ordres contraignants, comme en droit pénal, des pouvoirs qui confèrent aux personnes privées les moyens de conclure des actes juridiques (contrats, mariages, testaments) et des pouvoirs attribuant des compétences à des autorités publiques (législative, administrative ou judiciaire). La comparaison avec les règles du jeu — dont certaines s'adressent principalement aux joueurs et d'autres aux arbitres — montrerait l'aporie des théories qui veulent ramener tout le droit à l'idée de sanction.

Hart fait état d'autres difficultés auxquelles se heurte le « modèle d'ordres appuyés de menaces ». La réduction du droit à un commandement adressé à autrui ne permet pas d'expliquer comment l'acte législatif peut obliger ses auteurs, comment nous pouvons nous imposer des obligations à nous-mêmes par une promesse ou comment les règles coutumières s'imposent en dépit de l'impossibilité pratique de prouver un ordre tacite du souverain. Après cette déconstruction du positivisme hérité d'Austin, Hart entend prendre un nouveau départ, susceptible de justifier la continuité du droit et de donner une solution à cette nouvelle énigme : pourquoi, après la mort d'un souverain Rex I, faut-il obéir à son successeur Rex II ? L'enquête s'appuie sur l'exemple historique de la monarchie britannique, en citant

l'exemple de la condamnation en 1944 d'une femme disant la bonne aventure sur le fondement d'une loi de 1735 sanctionnant la sorcellerie.

Reprenant sa distinction entre trois types de règles, Hart la réduit finalement à une dichotomie. Les règles « primaires » prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, elles imposent des obligations. Les règles « secondaires » confèrent des pouvoirs publics et privés. Cette dichotomie est, à la fois, historique et logique. Les règles primaires seraient apparues les premières dans des sociétés préjuridiques où le respect des normes est assuré, en l'absence de justice organisée, par une pression sociale diffuse. Les règles secondaires seraient venues ensuite pour remédier aux défauts d'incertitude, de statisme et d'inefficacité des seules règles primaires.

Du point de vue logique, les systèmes juridiques développés fonctionnent par l'association des règles primaires et des règles secondaires. Celles-ci comprennent, d'abord, une « règle de reconnaissance » avec des critères « indiquant de manière positive et décisive » qu'une norme considérée est bien une norme de droit. Des critères les plus simples et les plus anciens — l'inscription de la norme sur un monument ou dans un texte unique — les sociétés sont passées progressivement à des critères de reconnaissance plus complexes. Ainsi, en Grande-Bretagne, la règle de reconnaissance ultime se présente sous la forme : « ce que la Reine et le Parlement édictent conjointement constitue du droit ». Elle permet, en présence de toute norme à mettre en œuvre en Grande-Bretagne, de déterminer si elle est valide en vertu d'une loi d'habilitation. Parmi les règles secondaires se trouvent, également, des « règles de changement » habilitant un individu ou un corps à introduire de nouvelles règles primaires, elles sont liées aux règles de reconnaissance qui se réfèrent à l'élaboration des lois. Enfin, des règles de décision (« *rules of adjudication* ») identifient les individus appelés à juger et la procédure à suivre : les juges sont amenés à appliquer les règles de reconnaissance et leurs décisions, déterminant l'autorité des règles appliquées, supposent que les règles conférant des pouvoirs aux juges sont aussi des règles de reconnaissance.

Le droit peut être observé et compris de deux manières selon Hart. Le point de vue « interne » est celui d'un membre du groupe qui accepte les règles. Comme les personnes privées ou publiques utilisant ces modèles de conduite, les praticiens du droit recourent aux règles pour fonder des prétentions ou des critiques. Le point de vue « externe » est celui d'un observateur qui n'accepte pas les règles, ce qui signifie qu'il ne cherche pas à les utiliser. Il peut se contenter d'observer les régularités de comportement des individus face à la norme et les analyser — de manière sociologique, pourrait-on dire — en termes de probabilités et de signes. Il peut aussi de l'extérieur se référer à la manière dont les acteurs considèrent les règles

d'un point de vue interne. Cette position, qui a été qualifiée notamment par François Ost et Michel Van de Kerchove de « point de vue externe modéré », paraît avoir la faveur de Hart, même s'il s'exprime peu sur la place de la science du droit.

Le positivisme de Hart se distingue ainsi de la tradition analytique britannique, des écoles sociologiques, du réalisme américain et du normativisme kelsenien. Il refuse de voir dans la sanction le critère déterminant de la règle juridique, à l'encontre des théories de Bentham et d'Austin. Sans s'attaquer directement aux théoriciens de la sociologie du droit — Hermann Kantorowicz est pratiquement seul cité dans *Le concept de droit*, Durkheim est critiqué dans les travaux sur droit et morale — Hart laisse entendre que la seule observation des comportements ne peut conduire à la compréhension des règles de droit, c'est-à-dire de leur caractère obligatoire. De même, il s'oppose aux réalistes américains — Holmes, Frank et Lewellyn — en considérant que le scepticisme à l'égard des règles se heurte à l'acceptation par les individus de la règle de droit comme modèle de comportement. La définition du droit comme un ensemble de prédictions sur la conduite des juges conduit, d'après Hart, à un non-sens sur l'attitude des juges amenés à appliquer des prédictions sur leur propre conduite.

Hart partage avec Kelsen l'idée que le droit est un système de normes, de règles de « devoir-être » (*Sollen*) qui ne sont pas réductibles aux phénomènes de l'être (*Sein*) : seul le droit peut dire ce qui est du droit et le droit règle ses processus de création et de changement. Mais, au lieu de concevoir tout ordre juridique comme une hiérarchie de normes d'habilitation trouvant son aboutissement dans une norme fondamentale selon la fameuse image de la pyramide, Hart considère que le système juridique n'est pas « d'un seul tenant », qu'il fonctionne par l'association des règles primaires et secondaires. Il n'est pas besoin, selon lui, de recourir à une hypothétique norme fondamentale : les règles de reconnaissance suffisent à fonder le droit, ce qui signifie l'appel en dernier ressort aux circonstances factuelles de leur origine. La validité est finalement rapportée à la création d'un système politique et social, rompant ainsi la frontière entre l'être et le devoir-être.

La place des règles secondaires explique également la distance qui sépare Hart de Kelsen à l'égard du droit international. L'absence de législateur et de juge international fait douter de l'existence de règles secondaires dans la société internationale, qui ressemble de ce point de vue aux sociétés primitives connaissant seulement des règles primaires sous une forme coutumière. Le droit international est dépourvu d'une norme fondamentale, que Hart semble ici assimiler aux règles secondaires : c'est un simple ensemble, et non un système, de règles qui peuvent néanmoins être appliquées. À nouveau, le lecteur est renvoyé à une question de fait et aux

réflexions de Bentham sur l'analogie de contenu entre droit international et droit national. Le droit international n'est pas pour autant rejeté de la sphère juridique, comme le faisait Austin en le réduisant à la morale. À d'autres points de vue, le droit international se distingue de la morale, selon les différences que Hart s'est efforcé, dans toute son œuvre, d'établir entre les règles juridiques et les règles morales.

DOCUMENT 7 : Conseil Constitutionnel, décision n°2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* (extraits).

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, notamment son article 67 portant abrogation de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 5 avril 2005 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les députés et sénateurs requérants défèrent au Conseil constitutionnel l'ensemble de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école ; qu'ils contestent la procédure d'adoption de son article 9 ; qu'ils dénoncent le caractère non normatif de son article 12 et, de façon plus générale, la présence dans la loi de nombreuses dispositions " sans aucune portée législative ou normative " ;

(...)

- SUR LA PORTÉE NORMATIVE DE CERTAINES DISPOSITIONS :

7. Considérant que les requérants demandent au Conseil constitutionnel de censurer l'article 12 de la loi déférée en faisant valoir qu'il serait " dépourvu de portée normative " ; que, selon eux, la loi comporterait de nombreuses autres dispositions susceptibles de faire l'objet de la même critique ;

. En ce qui concerne les normes applicables :

8. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : " La loi est l'expression de la volonté générale... " ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ;

9. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ;

10. Considérant qu'aux termes de l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution : " Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat " ; que la loi organique du 1er août 2001 susvisée a abrogé l'article 1er de l'ordonnance du 2 janvier 1959 susvisée qui prévoyait que " les autorisations de programme peuvent être groupées dans des lois dites "lois de programme" " ; qu'en vertu de l'article 70 de la Constitution, " tout projet de loi de programme à caractère économique ou social " est soumis pour avis au Conseil économique et social ;

. En ce qui concerne l'article 12 :

11. Considérant qu'aux termes de l'article 12 de la loi déférée : " Les orientations et les objectifs de la politique nationale en faveur de l'éducation ainsi que les moyens programmés figurant dans le rapport annexé à la présente loi sont approuvés " ;

12. Considérant que ce rapport annexé fixe des objectifs à l'action de l'Etat dans le domaine de l'enseignement des premier et second degrés ; que, si les engagements qui y figurent ne sont pas revêtus de la

portée normative qui s'attache à la loi, ses dispositions sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévue par l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution ; que, dans cette mesure, elles pouvaient être approuvées par le législateur ; que le grief tiré du défaut de portée normative ne peut donc être utilement soulevé à l'encontre de l'ensemble du rapport approuvé par l'article 12 de la loi déférée ;

13. Considérant, néanmoins, que, s'il était loisible au Gouvernement d'associer le Parlement à la politique qu'il entend mettre en oeuvre dans le domaine de l'éducation par une loi de programme plutôt qu'en faisant usage des prérogatives qui lui sont reconnues par les premier et dernier alinéas de l'article 49 de la Constitution, il devait, dès lors, respecter la procédure prévue à cet effet ;

14. Considérant, en l'espèce, que, dès le dépôt du projet dont est issue la loi déférée sur le bureau de la première assemblée saisie, le rapport annexé à celle-ci se rattachait à la catégorie des lois de programme ; qu'en effet, bien qu'ayant fait l'objet de nombreux amendements parlementaires au cours de son examen, il a toujours eu pour objet de faire approuver par le Parlement des dispositions dénuées d'effet juridique, mais fixant des objectifs qualitatifs et quantitatifs à l'action de l'Etat en matière éducative ; que, dès lors, en vertu de l'article 70 de la Constitution, il aurait dû être soumis pour avis au Conseil économique et social ; que l'omission de cette formalité substantielle a entaché la régularité de la procédure mise en oeuvre pour son approbation ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 12 de la loi déférée, qui approuve le rapport annexé, est contraire à la Constitution ;

. En ce qui concerne les autres dispositions sans portée normative :

16. Considérant qu'aux termes du II de l'article 7 de la loi déférée : " L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. - Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. - La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel " ;

17. Considérant que ces dispositions sont manifestement dépourvues de toute portée normative ; que, dès lors, le II de l'article 7 de la loi déférée est contraire à la Constitution ;

. En ce qui concerne les dispositions de portée normative incertaine :

18. Considérant, en premier lieu, que les articles 27 et 31 de la loi déférée disposent que, dans les écoles et collèges, des aménagements appropriés ou des actions particulières sont prévus au profit des élèves intellectuellement précoces, manifestant des aptitudes particulières, ou non francophones et nouvellement arrivés en France ; que l'article 27 énonce en outre que, dans les écoles, des aménagements et des actions de soutien sont prévus pour les élèves en difficulté ;

19. Considérant qu'en raison de la généralité des termes qu'ils emploient, ces articles font peser sur les établissements d'enseignement des obligations dont la portée est imprécise ; qu'il résulte cependant des travaux parlementaires qu'ils imposent des obligations non pas de résultat mais de moyens ; que, sous cette réserve, les articles 27 et 31 ne méconnaissent pas le principe de clarté de la loi ;

20. Considérant, en second lieu, qu'aux termes du cinquième alinéa de l'article L. 331-1 du code de l'éducation, dans sa rédaction issue de l'article 29 de la loi déférée : " Lorsqu'une part de contrôle continu est prise en compte pour la délivrance d'un diplôme national, l'évaluation des connaissances des candidats s'effectue dans le respect des conditions d'équité " ;

21. Considérant qu'en raison de la généralité de ses termes, cette disposition impose une obligation de portée imprécise ; qu'il résulte toutefois des travaux parlementaires que la référence au " respect des conditions d'équité " doit s'entendre comme prévoyant l'utilisation de dispositifs d'harmonisation entre établissements ; que, sous cette réserve, l'article 29 ne méconnaît pas le principe de clarté de la loi ;

(...)

Décide :

Article premier.- Sont déclarés contraires à la Constitution le II de l'article 7 ainsi que l'article 12 de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

Article 2.- Sont déclarés non contraires à la Constitution, sous les réserves énoncées aux considérants 19 et 21, les articles 27, 29 et 31 de la même loi.

(...)

N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS – Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21 (Dossier : La normativité) – janvier 2007

Professeur à l'Université de Paris X-Nanterre

Le 21 avril 2005¹, le Conseil constitutionnel déclare pour la première fois contraire à la Constitution une disposition législative qu'il juge « manifestement dépourvue de toute portée normative ». Il se fonde sur un considérant de principe énoncé quelques mois auparavant², selon lequel il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« La loi est l'expression de la volonté générale ») ainsi que de « l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi » que, « sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution », « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ».

Ce n'était pas la première fois que le Conseil constitutionnel se penchait sur la question de la normativité des dispositions législatives ou figurant en annexe des lois. Depuis 1982³, il a pris l'habitude de relever l'existence de dispositions dépourvues « de tout effet juridique »⁴, de « contenu »⁵, d'« effet »⁶ de « caractère »⁷ normatif, ou encore de « portée »⁸ ou de « valeur »⁹ normative. Toutefois, jusqu'au 21 avril 2005, le Conseil n'avait jamais censuré de telles dispositions, et ce d'autant moins que jusqu'à cette date, il estimait que les auteurs de saisine ne sauraient utilement invoquer l'inconstitutionnalité d'une disposition non normative.

Cette évolution jurisprudentielle a été préparée. Fustigeant les lois bavardes et incantatoires, le Président du Conseil constitutionnel émettait, lors de son discours de vœux pour l'année 2005¹⁰, un avertissement clair: « Le Conseil constitutionnel est [...] prêt à censurer désormais les neutrons législatifs ». La traque annoncée s'inscrit plus vastement dans une campagne de vigilance accrue sur la qualité de la production législative¹¹. Depuis la fin des années 1990 en effet, le Conseil constitutionnel a énoncé une série de principes et d'objectifs complémentaires – clarté¹², intelligibilité et accessibilité¹³, non complexité excessive de la loi¹⁴ – qui sollicitent une amélioration de la rédaction législative.

Cette initiative n'est pas isolée. Le contexte est propice. Une partie de la doctrine française, plus ou moins sensibilisée à la légistique, y est favorable¹⁵. Le 5 octobre 2004, le président de l'Assemblée nationale a personnellement déposé une proposition de loi constitutionnelle ayant pour objet de rappeler la portée « par nature » normative des lois¹⁶. Plusieurs Premiers ministres ont, par circulaire, insisté sur la nécessité de soigner la rédaction des projets de lois. Par ailleurs, un rapport du Conseil d'État a éloquemment fustigé « le droit mou, le droit flou, le droit à l'état gazeux »¹⁷.

On comprend aisément l'agacement de ceux qui, au quotidien, sont contraints de composer avec des dispositions législatives dont ils perçoivent mal la signification ou l'utilité. La décision du Conseil constitutionnel fait alors office de bâton de gendarme qui aidera à mieux faire entendre des suppliques maintes fois répétées. Pourtant, l'exigence de normativité, comme d'ailleurs toutes celles relatives à la qualité de la loi¹⁸, est à la réflexion bien mystérieuse. Elle n'a souvent pour toute explication que l'évocation d'exemples de dispositions considérées non normatives¹⁹. Ceci invite alors à rechercher les présupposés liés à l'exigence de normativité de la loi posée par le Conseil constitutionnel (I), puis à en relever les ambiguïtés (II).

I. Les présupposés de l'exigence de normativité de la loi

Les conceptions de ce qu'est un énoncé normatif sont nombreuses. Il ne s'agit pas ici de les exposer exhaustivement, mais d'évoquer celles qui permettent de mieux comprendre la signification de l'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il apparaît que cette exigence ne peut reposer sur une conception formelle de la normativité (A), et qu'elle n'est pas exclusivement fondée sur la structure impérative des énoncés juridiques (B). Elle s'appuie davantage sur une prise en considération de leur connotation, c'est-à-dire des valeurs ou des significations qui peuvent leur être subjectivement attachées dans un contexte donné ²⁰ (C).

A. L'exclusion d'une conception formelle de la normativité

Un énoncé est normatif, d'un point de vue formel, dès lors qu'il appartient à un ordre ou un système normatif. Il s'agit ici de dissocier nettement l'énoncé et la norme qu'il signifie. Quels que soient la structure et le contenu de l'énoncé (prescriptif ou descriptif, précis ou abstrait), celui-ci est une norme à partir du moment où il a été formulé par les autorités compétentes, conformément aux critères posés par l'ordre juridique dans lequel ces autorités opèrent ²¹. Si l'on adopte cette conception, l'exigence de normativité de la loi devient ici absurde puisqu'elle consiste à requérir d'une norme qu'elle soit une norme. On peut alors admettre, comme le faisait H. Kelsen, qu'« une loi qui a été adoptée d'une façon parfaitement constitutionnelle » puisse « avoir un contenu qui ne représente pas une norme d'aucune sorte » (entendue dans un sens substantiel et non plus formel), « mais qui, par exemple, exprime une théorie religieuse ou politique, ainsi la proposition que le droit émane de Dieu ou que la loi est juste, ou qu'elle réalise l'intérêt du peuple tout entier » ²².

En censurant des dispositions législatives pour défaut de normativité ou en distinguant, au sein d'un rapport annexé à une loi d'orientation et de programmation, des dispositions qui ont « une valeur normative qui s'attache aux lois de programme » ²³ de celles qui en sont dépourvues parce qu'elles définissent des orientations, le Conseil constitutionnel s'écarte de l'éventualité exprimée par H. Kelsen. Il établit une confusion entre l'énoncé et la norme, et présuppose que l'existence de celle-ci dépend du contenu de l'énoncé, notamment de sa forme déontique et de sa connotation.

B. L'insuffisance du caractère impératif de l'énoncé

La normativité d'un énoncé est souvent liée à sa structure déontique. L'énoncé normatif est celui qui formule un ordre, en permettant, obligeant ou interdisant une conduite. Il s'oppose à l'énoncé qui reconnaît, constate ou décrit une situation, promeut, favorise, encourage, ou encore exprime des vœux, des souhaits, des recommandations ou des avis. Le Conseil constitutionnel, par la voix de son président ou des documents officiels qui accompagnent ses décisions, semble accorder un crédit important à la structure déontique de l'énoncé pour en apprécier la normativité. Dans ses vœux pour l'année 2005, le président P. Mazeaud déclarait : « La loi n'est pas faite pour affirmer des évidences, émettre des vœux ou dessiner l'état idéal du monde (en espérant sans doute le transformer par la seule grâce du verbe législatif?). La loi ne doit pas être un rite incantatoire. Elle est faite pour fixer des obligations et ouvrir des droits » ²⁴. Il renforce son propos en précisant que le recensement des fonctions prêtées à la loi dans la Constitution « fait apparaître que la loi est le sujet de verbes ayant tous un contenu 'décisoire' (détermine, fixe, ordonne, régit, réglemente, autorise, défend, exclut etc.) ». Il relève que seul fait exception le « dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution, issu de la révision du 8 juillet 1999, aux termes duquel : "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives" ».

Sur ce fondement, le document à l'appui de la décision du 21 avril 2005 relève le défaut de normativité de plusieurs dispositions législatives, telles que l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1977 (« l'architecture est une expression de la culture »), l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1984 (« les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre, de santé, d'épanouissement de chacun »), l'article 1^{er} de la loi du 9 janvier 1985 (« l'identité et les spécificités de la montagne sont reconnues par la Nation et prises en compte par l'État, les établissements publics, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les actions qu'elles conduisent ») ou, encore – en touchant des

enjeux bien plus délicats –, l'article 1^{er} de la loi du 29 janvier 2001 (« la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 ») ²⁵. Par analogie, on comprend que le Conseil ait censuré le 21 avril 2005 le paragraphe II de l'article 7 de la loi d'orientation et de programme de l'école qui déclare pour partie: « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ».

Toutefois, certains fragments de ce paragraphe, comme d'autres articles premiers de loi pointés dans le document à l'appui de la décision du 21 avril 2005, posent des difficultés au regard du critère de l'impérativité. Le Conseil constitutionnel émet en effet des doutes sur la normativité d'énoncés qui contiennent des verbes exprimant une obligation, qui plus est, formulée à l'égard de personnes publiques identifiées, l'école, l'université. Ainsi, le paragraphe censuré énonçait aussi: « compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents ». Le Conseil n'a pas évoqué le caractère détachable de cette phrase. De même, le document à l'appui de la décision du 21 avril 2005 attire l'attention sur l'article 1^{er} de la loi du 12 novembre 1968 selon lequel « les universités doivent s'attacher à porter au plus haut niveau et au meilleur rythme de progrès les formes supérieures de la culture ».

Ces exemples portent à conclure que, pour le Conseil constitutionnel, la formulation d'un impératif n'est pas suffisante pour déterminer ce qui est normatif ou non. Si la présomption semble forte pour exclure la normativité d'un énoncé qui ne peut être réduit à une forme prescriptive classique « permis, obligatoire, interdit », en revanche, la formulation d'un impératif n'implique pas nécessairement la normativité d'un énoncé.

C. L'importance de la connotation des énoncés

L'insuffisance du critère de l'impérativité conduit à rechercher d'autres critères pour apprécier la normativité de l'énoncé législatif. La censure effectuée dans la décision du 21 avril 2005 ainsi que les exemples fournis par les services du Conseil constitutionnel invitent à prendre en considération le degré d'abstraction ou, plus techniquement, la connotation des termes qui composent les énoncés législatifs. On pressent, en s'appuyant sur des cadres généraux de l'analyse sémiotique, que l'exigence constitutionnelle de normativité vise à sanctionner des énoncés qui s'écartent de l'idéal des codes scientifiques monosémiques et qui, au contraire, s'approchent des codes poétiques polysémiques, à connotation variée ²⁶. L'origine d'une telle variété proviendrait alors, en grande partie, du degré d'abstraction des termes utilisés. En conséquence, le principe de normativité devient étroitement imbriqué à celui de clarté des énoncés législatifs que le Conseil constitutionnel a, on le sait, parallèlement consacré. Ceci permet d'ailleurs de s'interroger sur l'autonomie et la fonctionnalité propre de ces deux principes.

Au total, l'exigence de normativité de la loi formulée par le Conseil constitutionnel vise des énoncés législatifs reconnaissables d'un fait physique (l'identité de la montagne), social (la famille est une valeur essentielle de la société), psychique (le sport est moyen d'épanouissement) ou historique (reconnaissance du génocide arménien), ainsi que ceux qui revêtent une forme impérative mais qui formulent une obligation abstraite et à connotation multiple (l'école doit contribuer à valoriser les talents). En excluant une approche formelle de la normativité et en ne donnant pas à la structure déontique des énoncés un caractère déterminant, l'appréciation de la normativité des énoncés législatifs par le Conseil constitutionnel s'écarte de critères objectifs (forme, structure), pour privilégier des critères subjectifs (connotation, degré d'abstraction). Ce choix laisse au Conseil une large marge d'appréciation sur ce qui est normatif ou non.

II. Les ambiguïtés de l'exigence de normativité de la loi

Hormis la malléabilité des critères d'identification de ce qui est normatif ou non, l'exigence de normativité des lois imposée par le Conseil constitutionnel présente des ambiguïtés tant quant à ses justifications (A), qu'en raison de la représentation de la fonction de la loi qu'elle présuppose (B).

A. Les justifications équivoques de l'exigence de normativité

Les difficultés que posent les justifications du principe de normativité de la loi tiennent, d'une part, au fondement textuel qui est prêté à ce principe (1) et, d'autre part, à l'objectif qu'il est censé poursuivre, à savoir préserver la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux (2).

1) Normativité de la loi et volonté générale

Le Conseil constitutionnel rattache l'exigence de normativité à l'article 6 de la Déclaration de 1789 selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale ». Dans ses vœux pour l'année 2005, le président P. Mazeaud en évoque les conséquences: « Sous réserve des dispositions particulières prévues par la Constitution (je pense aux “lois de programme” en matière économique et sociale, ou aux annexes des lois de finances ou de financement de la sécurité sociale), la loi a pour vocation d'énoncer des règles ²⁷ ». Si rien n'interdit d'adhérer à une telle conclusion, déduire de la proposition de l'article 6 de la Déclaration que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles » est rapide. Le propos nécessite en effet, au moins, de préciser ce qu'est une règle ainsi que dans quelle mesure la vocation d'énoncer des règles est synonyme d'obligation d'édicter une norme.

Par ailleurs, dénier à la volonté générale la possibilité même de s'exprimer sous une forme non normative peut dérouter. L'édiction d'énoncés non normatifs peut remplir des fonctions diverses (*infra*) et, surtout, manifester une volonté politique ou symbolique réfléchie de prendre parti sur l'histoire comme, par exemple, reconnaître le génocide arménien de 1915. Or une chose est de considérer, pour diverses raisons, que le rôle du législateur n'est pas de prendre de telles positions et de l'en dissuader par des arguments politiques ou institutionnels, une autre est de le lui interdire en se fondant sur une certaine conception de la façon dont la volonté générale doit s'exprimer. En effet, estimer que l'article 6 de la Déclaration impose à la volonté générale de s'exprimer sous une forme normative, en s'appuyant sur une interprétation systémique de cet article et des dispositions de la Constitution de 1958 qui définissent ce que doit faire la loi, ne livre que l'une des interprétations possibles, en l'occurrence restrictive, de la signification dudit article. L'exigence de normativité de la loi ne résulte donc pas de la simple affirmation que « la loi est l'expression de la volonté générale », mais d'une conception particulière, celle du Conseil constitutionnel, de la façon dont cette volonté doit rédiger la loi.

2) Normativité de la loi, séparation des pouvoirs et protection des droits fondamentaux

La chasse aux dispositions non normatives est aussi justifiée par le souci de préserver la séparation des pouvoirs et de protéger les droits fondamentaux. Les dispositions non normatives, comme les dispositions obscures et non intelligibles, laisseraient une grande marge d'appréciation aux autorités d'application et empièteraient ainsi sur les compétences du législateur. Cette marge d'appréciation serait également dangereuse pour les droits fondamentaux ²⁸. Ces explications suscitent plusieurs interrogations.

On peut tout d'abord être surpris de ce que l'absence de normativité conduise à une déclaration d'inconstitutionnalité parce qu'on en redoute les effets. Si un énoncé n'est pas normatif au sens du Conseil constitutionnel, et si donc, il est purement reconnaissant ou ne formule que de vagues prescriptions dont on doute de l'utilité, comment alors peut-il être contraire – ou produire des effets contraires – à une norme constitutionnelle, autre que celle *ad hoc* qui impose précisément la normativité des énoncés législatifs? Bien plus, comment concevoir l'annulation ou l'inconstitutionnalité d'un énoncé qui n'est pas une norme? L'attitude antérieure à la décision du 21 avril 2005 par laquelle le Conseil refuse de contrôler les dispositions non normatives parce qu'elles ne sauraient donner « utilement » lieu à « une déclaration de non conformité à la constitution » pouvait, à cet égard, paraître plus cohérente ²⁹. On peut d'ailleurs s'étonner que soit mis en avant l'argument du danger que représentent les énoncés non normatifs pour les droits fondamentaux lorsque les énoncés fustigés ont le plus souvent pour objet d'affirmer ou de rappeler des droits ou libertés: liberté de choix de son mode d'habitation, caractère fondamental du droit au logement, importance des activités sportives et artistiques pour la santé et l'épanouissement des personnes. À supposer qu'une disposition non normative puisse menacer les libertés, il n'est pas nécessaire de recourir au principe de normativité pour la censurer: se fonder sur la liberté en cause suffit.

La crainte, également exprimée à l'occasion de la jurisprudence relative au principe de la clarté de loi, d'une usurpation du pouvoir législatif par les autorités d'application confrontées à des dispositions non normatives, est également ambivalente. En effet, si une disposition n'est pas normative, comment les autorités d'application pourraient-elles lui faire produire des effets normatifs? Une telle transformation serait sans nul doute la manifestation tant redoutée d'un pouvoir normatif qui excède « l'interprétation inhérente à l'application d'une règle de portée générale à des situations particulières »³⁰, et qui est, elle, admise par le Conseil constitutionnel. Toutefois, on peut se demander pourquoi le Conseil se fonde alors sur l'exigence de normativité tirée de l'article 6 de la Déclaration de 1789, et non directement sur le principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la même Déclaration. On peut également s'interroger sur le fait de savoir si seules les dispositions obscures ou dépourvues de normativité conduisent aux excès annoncés, voire si elles les favorisent significativement. En effet, l'alternative est suivante.

Ou bien, l'on adopte une conception cognitive de l'interprétation, selon laquelle le juge est la bouche de loi et ne crée pas de norme. En ce cas, devant un énoncé obscur, le juge l'interprète au moyen de méthodes éprouvées qui permettent de retrouver le vrai sens du texte. Il fait revivre ce sens, s'y plie et ne fait produire au texte que des effets que celui-ci détenait potentiellement. Par conséquent, si le juge dote un énoncé d'un effet normatif, c'est qu'en réalité cet énoncé le possédait dès l'origine. Le juge ne crée donc rien et n'usurpe aucun pouvoir. *A contrario*, le juge peut reconnaître qu'un énoncé n'a pas d'effet normatif, et rejeter un recours sur ce fondement. Il ne s'agit pas d'un déni de justice mais de l'affirmation que la requête était mal fondée. En ce sens, un arrêt du Conseil d'État, qui fait écho à la décision du 21 avril 2005, conclut: « en fixant pour objectif à la politique d'aménagement et de développement du territoire la mise en valeur et le développement équilibré de l'ensemble du territoire de la République, l'article 1^{er} de la loi du 4 février 1995 n'a pas entendu poser un principe normatif dont la violation pourrait être utilement invoquée devant le juge de la légalité »³¹.

Ou bien, l'on adopte une théorie réaliste de l'interprétation, et l'on reconnaît que les juges ont un pouvoir interprétatif qui les conduit à créer des normes individuelles et générales. Dans ce cas, le caractère obscur ou supposé non normatif de l'énoncé ne change rien à ce pouvoir créateur, sous réserve de l'étendue des contraintes que tel juge rencontre, dans un organe collégial, pour persuader tel autre du bien fondé de son interprétation. Il est plus facile de persuader qu'une conséquence quelconque, parmi de nombreuses autres, résulte de l'affirmation de la beauté de la montagne – et encore, le choix d'une conséquence particulière peut être l'objet de désaccord –, plutôt que de persuader de ce que « le voleur de pommes doit être puni de 5 ans de prison » signifie que le voleur doit être puni de 6 ans de prison. Il reste que, même dans ce cas, des jeux interprétatifs demeurent possibles, notamment s'agissant de la qualification d'un objet en tant que pomme ou d'un acte en tant que vol. Le pouvoir normatif se manifeste ainsi à partir du simple moment où le juge confère une signification de norme à un énoncé qu'il interprète, quelles que soient les qualités rédactionnelles de celui-ci. La multiplicité des interprétations dont peuvent faire l'objet les énoncés vagues ou dits non normatifs n'accroît pas le pouvoir normatif du juge mais seulement les risques de désaccords sur l'interprétation choisie, parmi de nombreuses, par celui-ci.

Face à ces deux branches de l'alternative, on pourrait soutenir l'existence d'une voie médiane consistant, comme le Conseil constitutionnel semble l'y inviter, à considérer que le pouvoir normatif indésirable des autorités d'application s'éveille précisément face à des énoncés flous, obscurs ou, en l'occurrence, non normatifs. Dans ce dernier cas, on aboutit à une conclusion étonnante qui appelle des éclaircissements puisqu'on affirme, ni plus ni moins, que le pouvoir normatif des juges et des autorités administratives s'élève à mesure que ceux-ci appliquent des énoncés... non normatifs.

B. Normativité et pluralité des fonctions de la loi

L'irritation face aux lois bavardes et aux neutrons législatifs est fréquemment alimentée par le souvenir de la conception idéale qu'avaient des lois les codificateurs du début du xix^e siècle. À l'instar du président P. Mazeaud, les partisans de la normativité des lois aiment à évoquer « le grand Portalis » pour qui « la loi permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle punit ou elle récompense »³². Il s'agit alors, grâce au principe constitutionnel de normativité des lois, de faire en sorte que les idéaux des codificateurs du xix^e siècle deviennent des obligations pour le législateur

du xxi^e siècle. Sur ce fondement, le président P. Mazeaud exprime en des termes sévères sa défiance pour les dispositions législatives incitatives « non revêtue de portée normative », « si complexes et si peu attractives ». Il les réduit à des dispositions « d'affichage » marquant une « évolution délétère ». Son regret est également à peine dissimulé lorsqu'il souligne le « caractère symptomatique » de la révision du 8 juillet 1999, aux termes duquel: « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives »³³.

La critique ne porte ainsi pas seulement sur la mauvaise qualité rédactionnelle de la loi mais aussi, plus profondément, sur l'évolution des fonctions de la loi. On est donc en présence d'une tension entre une conception autoritaire de la loi héritée du xix^e siècle selon laquelle celle-ci doit dicter clairement ce qu'il faut faire ou ne pas faire, et une conception que certains appelleront « postmoderne »³⁴, ou encore une fonction promotionnelle³⁵, de la loi. Dans ces derniers cas, la loi agirait d'autant mieux sur les comportements lorsqu'elle n'impose rien et qu'elle se contente d'inciter, de favoriser ou d'inviter. Elle répondrait ainsi, sans doute avec quelques maladresses, à la « crise que subit la règle impérative comme mode de régulation sociale »³⁶, que relèvent eux-mêmes les partisans de la normativité de la loi. La question de la normativité de la loi n'interpelle donc pas seulement le législateur évasif, poète ou commémoratif. Elle interroge également l'évolution de la réflexion sur les moyens pour assurer l'efficacité du droit dans un contexte historique et social donné.

Plus généralement, l'abstraction et l'absence apparente de normativité des énoncés législatifs remplissent de multiples fonctions. Elles sont parfois le fruit de compromis sans lesquels le texte n'aurait pu être adopté. Elles peuvent aussi correspondre à une volonté délibérée de laisser aux diverses autorités d'application un pouvoir d'appréciation afin, par exemple, d'assurer une meilleure adaptation du texte à la diversité des circonstances et ainsi, finalement, de prévoir l'imprévu. De même, les traditionnels articles premiers des lois, vilipendés en raison de leur normativité douteuse, font souvent office d'utiles guides interprétatifs à l'usage des autorités d'application, qu'elles soient le juge ou l'administrateur chargé de définir les politiques publiques.

Il peut aussi arriver que ces autorités reconnaissent la normativité de dispositions qui, « au repos », c'est-à-dire hors contexte d'application, comme c'est le cas dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, aurait été jugée nulle ou incertaine. L'absence de normativité fondée sur l'appréciation subjective du contenu de l'énoncé est donc provisoire et évolutive. Comment ne pas envisager que le paragraphe censuré le 21 avril 2005 pour absence manifeste de portée normative, ne puisse, un jour, être invoqué pour justifier le maintien d'enseignements artistiques ou sportifs? Il ne s'agit pas là entièrement d'une hypothèse d'école, à s'en référer au rapport d'information de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale qui plaide pour l'amélioration de la formation artistique des enseignants primaires et secondaires³⁷. Ou encore, la reconnaissance du génocide arménien ne peut-elle pas fonder des actions en justice contre ceux qui en nieraient l'existence? En ce sens, on se souviendra que l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 qui reconnaît le caractère fondamental du droit au logement, et dont la portée normative avait fait l'objet de doute, a été à plusieurs reprises invoqué devant les tribunaux judiciaires qui l'ont assorti d'effets normatifs³⁸. Aussi, même si l'on admet l'utilité de l'exigence de normativité de la loi, il n'est pas certain que le contrôle de constitutionnalité *a priori* soit le moment le plus approprié pour apprécier les ressorts normatifs d'un énoncé. Ceux-ci dépassent la qualité rédactionnelle et sont étroitement liés aux usages argumentatifs des acteurs au moment de la phase de l'application de l'énoncé.

Quelle que soient les interrogations que laisse planer l'exigence de normativité des lois posée par le Conseil constitutionnel, celle-ci s'impose dorénavant. La liste des lois à normativité incertaine, établie par les services du Conseil constitutionnel, rend celles-ci vulnérables. Elle les expose à une application de la jurisprudence *Nouvelle-Calédonie* qui permet, on le sait, dans certaines conditions, un contrôle de constitutionnalité des lois promulguées. Parions que le législateur futur y regardera à deux fois avant de s'extasier sur la beauté de la montagne ou, plus sérieusement, de débattre sur la nécessité de reconnaître, par la voie solennelle de la loi, tel ou tel fait historique... sans s'être assuré que personne ne saisira le Conseil constitutionnel.

La formulation de l'exigence de normativité des lois donne l'occasion au Conseil constitutionnel d'étendre ses modalités de contrôle de la loi et ses missions³⁹. Le législateur ne peut plus s'exprimer de n'importe quelle façon,

même si, sur le fond, les dispositions énoncées ne sont contraires à aucune disposition constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel n'est plus uniquement le régulateur de la répartition des compétences et le gardien des droits et libertés; il devient aussi le garant d'une certaine qualité ou rationalité de la production législative. La détermination de ce qui est normatif ou non reposant sur des critères indéfinis, le Conseil se retrouve face à un sempiternel jeu d'équilibre qui lui préserve savamment une marge d'appréciation. Il œuvre entre le Charybde d'une interprétation souple et d'un usage modéré du principe de normativité, qui ménage le législateur bavard mais qui interroge sur la nécessité même du principe et sur la cohérence des censures, et le Scylla d'un juge strict et censeur de la parole législative.

-
1. Déc. n° 2005-512 DC, 21 avr. 2005, *JO* 24 avr. 2005, p. 7173.
 2. Déc. n° 2004-500 DC, 29 juill. 2004, *Rec.* 116.
 3. Déc. n° 82-142 DC, 27 juill. 1982, *Rec.* 52.
 4. Déc. n° 82-142 DC, précitée.
 5. Déc. n° 85-196 DC, 8 août 1985, *Rec.* 63.
 6. Déc. n° 94-350 DC, 20 déc. 1994, *Rec.* 134.
 7. Déc. n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Rec.* 211.
 8. Déc. n° 2000-435, 7 déc. 2000, *Rec.* 164.
 9. Déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Rec.* 198.
 10. Disponible sur le site www.conseil-constitutionnel.fr.
 11. Voir Champeil-Desplats (Véronique), « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006.
 12. Déc. n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *Rec.* 258.
 13. Déc. n° 99-421 DC, 29 déc. 1999, *Rec.* 136.
 14. Déc. n° 2005-530 DC, 29 déc. 2005, *JO*, 31 déc. 2005, p. 20705.
 15. Dossier à l'appui de la déc. n° 2005-512 DC, www.conseil-constitutionnel.fr.
 16. Proposition de loi constitutionnelle n° 1832 tendant à renforcer l'autorité de la loi.
 17. Rapport public du Conseil d'Etat, *Études et Documents du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1991, n° 43, p. 32.
 18. Champeil-Desplats (Véronique), « Les clairs-obscur de la clarté juridique », in *Legal Language and Search for Clarity*, Wagner (Anne) et Cacciaguidi-Fahy (Sophie) (eds), Bern, Peter Lang, 2006, p. 35.
 19. Voir la liste établie dans le dossier à l'appui de la déc. n° 2005-512 DC, précité.
 20. Guiraud (Pierre), *La sémiologie*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je? », 1973, p. 36.
 21. Voir Kelsen (Hans), *La théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1972, Bobbio (Norberto), *Teoria generale del diritto*, Turin, G. Giappichelli editore, 1993.
 22. Kelsen (Hans), *op. cit.*, p. 71.
 23. Déc. n° 2002-461 DC, 29 août 2002, *Rec.* 204. Voir aussi la déc. n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Rec.* 198. Le Conseil y oppose, d'un côté, des dispositions des annexes au sein desquelles il faut distinguer celles qui sont normatives de celles qui ne le sont pas, à, d'un autre côté, « la valeur normative qui s'attache aux lois de programme » elles-mêmes. Il semble ainsi reconnaître à ces lois une valeur normative intrinsèque. La décision du 21 avril 2005 devrait conduire à revoir la formule et à distinguer, au sein des lois de programmes, les dispositions normatives de celles qui ne le sont pas.
 24. Vœux pour 2005, précités.
 25. Document à l'appui de la déc. n° 2005-512 DC, précité.
 26. Guiraud (Pierre), *op. cit.*, p. 36 et s.
 27. Vœux pour 2005, précités.
 28. Commentaire de la déc. n° 2005-512 DC, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 19, www.conseil-constitutionnel.fr.
 29. Voir déc. n° 82-142 DC, n° 85-196 DC, n° 94-350 DC, n° 98-401 DC, n° 2003-467 DC, précitées. Cette conception reste celle du juge administratif lorsqu'il affirme qu'une proclamation d'un conseil municipal « dépourvue de toute portée normative » ne saurait constituer un excès de compétence.
 30. Voir déc. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2005, *Rec.* 49; n° 2005-512 DC, précitée.
 31. CE, 27 juill. 2005, *Région Nord-Pas de Calais*, req. n° 265001.
 32. Vœux pour 2005, précités.
 33. *Op. cit.*
 34. Chevallier (Jacques), « Vers un droit post-moderne? », *RD publ.* 1998, p. 678.
 35. Bobbio (Norberto), *Essai de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 65.
 36. Mathieu (Bertrand), *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996, p. 99.
 37. Rapport d'information n° 2424 déposé le 29 juin 2005.
 38. Voir Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2003, req. 02-14702.
 39. Voir Vœux pour 2005, précités.