

## La QPC, déclin de la pensée constitutionnelle ?

*Armel Le Divellec*

*Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)*

Le titre de ma contribution<sup>1</sup>, fixé par les organisateurs (ce n'est pas moi qui l'ai choisi), semble un peu provocateur et pourrait jeter un froid dans l'assistance. J'ai néanmoins accepté d'endosser, si je puis dire, le rôle du « trouble-fête ». Non en raison d'un goût immodéré pour la provocation – je ne cherche d'ailleurs pas à être désagréable ni à offusquer quiconque -- mais parce qu'il me donne l'occasion de formuler quelques idées que me suggère l'avènement de la QPC et qui, en réalité, remontent à plus loin, en amont de celle-ci. Et aussi parce que je suis convaincu que la doctrine constitutionnaliste française aurait intérêt à débattre de temps en temps et se confronter à des questions qui peuvent déranger plutôt que de se complaire dans l'auto-célébration.

Le propos qui suit et qui n'engage que moi, sera, en vérité, fort simple<sup>2</sup>.

Au préalable, je dois préciser deux points concernant l'orientation de mon propos et de la thèse (ou des thèses) que je voudrais brièvement défendre ici.

- Le mot de « déclin » ne correspond pas exactement à ma position car il suppose un apogée, une situation élevée, disons un âge d'or de la pensée constitutionnelle française (il s'agit bien de la France ici). Or, je doute qu'il y ait jamais eu d'âge d'or de la pensée constitutionnelle en France, et s'il y a peut-être eu des temps plus féconds, plus riches que d'autres, ce n'est, selon moi, certainement pas la période qui précède immédiatement l'introduction de la QPC. Si donc il ne s'agit pas exactement de « déclin » à mes yeux, ma thèse ira tout de même dans cette direction, critique -- attendue par D. Rousseau lorsqu'il m'a sollicité -- ; je m'en expliquerai.

- Autre remarque préalable : parler de « pensée constitutionnelle » suppose qu'elle existe, et, certains jours, en exagérant un peu, je me prends même à douter qu'il existe une pensée constitutionnelle dans ce pays ! -- mais j'exagère sûrement.

La thèse principale que je voudrais défendre renvoie à un problème doublement plus vaste : celui de l'état de la science constitutionnelle française. Or, j'estime que la QPC accentue (sinon aggrave) les travers plus anciens de la science constitutionnelle française, et ces travers sont même pour partie -- mais pour partie seulement -- antérieurs à l'instauration du contrôle de constitutionnalité et de la justice constitutionnelle.

Je commencerai par convoquer, pour cette cause, le grand Maurice Hauriou qui, en 1911, s'appretant à discuter de manière critique les ouvrages de Duguit, parus quelques années plus tôt et déplorant l'absence de réactions dans la doctrine française, assène qu' « *un pareil*

<sup>1</sup> N.B. : le style oral de cette intervention a été, pour l'essentiel, conservé.

<sup>2</sup> Le lecteur voudra bien me pardonner de m'exprimer ici fréquemment à la première personne, ainsi que le requiert le registre sur lequel il m'a paru adéquat d'intervenir.

*silence, dans une affaire d'une pareille importance, dénonce lamentablement l'état inorganique dans lequel elle (la science du droit public en France) se trouve... »<sup>3</sup>.*

C'était il y a un siècle... Mais, au fond, les organisateurs de la présente réunion ne sont-ils pas eux-mêmes inquiets de l'état de la pensée constitutionnelle en France, puisque le titre de la journée évoque, sous forme interrogative, le terme de « renouveau du droit constitutionnel ? » (ce qui peut s'entendre à la fois comme de l'objet « Droit constitutionnel » mais aussi de la science du droit constitutionnel).

Je commencerai donc par m'arrêter un court instant sur la notion de « pensée », avant d'expliquer mes thèses critiques sur les effets de la QPC (ou autour d'elle), qui posent des problèmes pratiques et des problèmes de fond.

## **1. Quelle « pensée constitutionnelle » ?**

Je suis hostile aux cloisonnements excessifs, en particulier disciplinaires. Et j'admets aisément que la matière constitutionnelle n'est pas l'apanage des seuls constitutionnalistes, ni même des seuls juristes. Je crois légitime que des politistes, des philosophes, des sociologues ou autres ... portent un discours (savant ou scientifique) sur cette matière.

Pour autant, je crois néanmoins certaines distinctions nécessaires, indispensables même. Et ici, c'est la pensée constitutionnelle de la science du droit constitutionnel, de la « doctrine » (pour faire court) qui m'intéresse et sur laquelle je voudrais réfléchir.

Le propos liminaire du colloque énonçait que « la constitution est sortie de l'université pour entrer dans le quotidien des citoyens ». J'espère que la constitution n'est pas vraiment « sortie » de l'université ! Je voudrais qu'elle y retourne ou qu'elle y reste, mais mieux, beaucoup mieux pensée qu'elle ne l'est, dans ce pays, depuis qu'existe une science du droit public.

Car enfin : le problème de la pensée constitutionnelle de la doctrine est une question en soi. Celui d'une éventuelle « pensée constitutionnelle » d'autres sphères ou acteurs en est une autre.

- les citoyens ?

La belle affaire ! Je doute qu'ils aient une quelconque « pensée » de la constitution, même depuis l'instauration de la QPC. Je crois qu'on se trompe tout à fait en affirmant (pour s'en féliciter, en général) que l'un des effets de la « réforme sera de favoriser l'appropriation de la Constitution par le peuple » ou encore que « la Constitution devient une affaire de "communauté nationale" »<sup>4</sup>. Comment ne pas voir que les justiciables ont des visées exclusivement prosaïques et les conserveront ? Ils veulent simplement gagner leurs procès, quels que soient les moyens. Ne nous berçons pas d'illusions à ce sujet.

S'il y a -- comme c'est la logique des choses -- un effet de la QPC, ce serait plutôt de favoriser un rapport individualiste (on pourrait même peut-être dire : égoïste) à la Constitution et, en outre, de favoriser une conception purement instrumentale de cette Constitution (c'est d'ailleurs un peu inévitable). Pour différentes raisons, un *patriotisme constitutionnel* n'est pas près de naître en France<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> « Les idées de M. Duguit », *Recueil de législation de Toulouse*, vol. 7, 1911, p 2-3 (cité par G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes*, Presses de Sciences Po, 2011, p 352-353).

<sup>4</sup> O. Schrameck, « Rapport de la Commission Balladur : Libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDJ*, 2008, 1, p. 27. Les citations de ce genre se sont multipliées depuis 2008. V. toutefois O. Duhamel, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, n°137, 2011.

<sup>5</sup> On peut rappeler ici, en passant, que la notion de patriotisme constitutionnel, forgée par le politiste allemand Dolf Sternberger (avant d'être développée par Jürgen Habermas, qui lui a donné un écho plus large, notamment à

- Les praticiens du droit ?

Là encore, leurs visées (celle des avocats en particulier) sont principalement et même exclusivement pratiques : gagner les procès. On ne saurait d'ailleurs leur en faire le reproche. Le doute est-il permis au moins pour les juges ? Il me semble qu'il faille résolument répondre par la négative, même si leur situation est forcément un peu différente de celle des plaideurs. Mais les juristes universitaires (qui dialoguent parfois avec les juges) méconnaissent souvent (ou feignent de méconnaître) la logique d'institution qui conditionne immanquablement le travail des magistrats, en particulier en droit public. L'observateur extérieur ne sait presque rien et ne peut pas vraiment savoir ce qui se passe derrière la coulisse -- secret du délibéré et obligation de réserve des magistrats obligent, mais également intérêt bien compris du juge, soucieux de se présenter, à l'extérieur, comme celui qui se contente d'« appliquer » le droit. On notera au passage cette citation – elle me paraît significative -- de Pompidou, lorsqu'il était membre du Conseil constitutionnel : il ne faut pas « faire de la théorie pour le plaisir... » !<sup>6</sup>

- Le personnel politique

Quant à nos gouvernants, force est hélas de constater que leur pensée constitutionnelle est particulièrement faible<sup>7</sup>, voire nulle (à quelques exceptions près). Ils adoptent une vision très instrumentale de la Constitution. Et quand, parfois, ils se réfèrent dans le fond, au cadre constitutionnel, ils convoquent plutôt le terme de République. C'est certes fâcheux, mais à peu près inévitable. Les gouvernants sont, eux aussi, pris dans une logique de situation, qui fait passer les nécessités pratiques avant toute chose. Pour le dire avec les mots du Duc de Wellington : *the King's Government must be carried on !*

C'est donc à dessein que je crois nécessaire de privilégier ici la « pensée constitutionnelle » de la science du droit (constitutionnel), puisque les autres pôles pouvant « penser » le droit constitutionnel obéissent à d'autres considérations que celle les juristes-universitaires. Il me paraît important de défendre et de cultiver la spécificité d'un regard de juriste sur le droit constitutionnel précisément parce qu'il ne va pas de soi, parce que sa nature particulière de *droit politique* l'a fait longtemps tenir pour extérieur au monde du droit. Au moment où la discipline a conquis une nouvelle légitimité scientifique, il est même impératif que la science juriste-constitutionnelle réfléchisse sur elle-même.

## 2. Un problème pratique : une énergie mal employée

A l'évidence, l'existence de la QPC pose quantité de problèmes juridiques techniques importants et complexes, parfois intéressants, et il est, bien entendu, légitime de se pencher

---

l'étranger) partait du constat que l'histoire tragique de l'Allemagne lui avait en quelque sorte fermé, après 1945, la voie d'un sain patriotisme tout court, et que le patriotisme constitutionnel représentait une sorte d'*Ersatz*, de substitut à l'identité étatique problématique de la jeune R.F.A. dans le contexte de la division de l'Allemagne pendant la Guerre froide. Rien de tout cela ne vaut pour la France, dont la culture politique fut toujours plus étatiste que constitutionnaliste. Sauf à imaginer, pour l'avenir proche, une transposition de ce transfert d'identités à l'ère de l'Etat post-moderne, ce qui reste à prouver.

<sup>6</sup> Séance du 8 juillet 1960 (cité par P. Avril, « Georges Pompidou au Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°42, 2014, p 108).

<sup>7</sup> On s'en convaincra aisément à la lecture de G. Grunberg, *La loi et les prophètes. Les socialistes français et les institutions politiques*, CNRS éditions, 2013. Il resterait à composer une étude équivalente pour les autres familles politiques, en particulier ce qu'il est convenu d'appeler la *droite républicaine*.

soigneusement sur eux. Mais l'irruption de ce nouveau mécanisme pose à la science juridique un problème pratique et révèle, derrière celui-ci, d'autres problèmes encore. Le premier effet pratique provoqué par l'instauration de la QPC sur les juristes-constitutionnalistes est de les occuper, de prendre sur leur temps, d'accaparer leur énergie. Et il faut se demander si celle-ci est bien employée.

### **a/ A la recherche du temps perdu**

Commençons par un constat, un peu trivial, qui ne date pas d'hier : « il manque à la doctrine universitaire le temps de penser » (M. Gobert<sup>8</sup>). Ce mouvement est certes bien antérieur à 2008/2010, mais la QPC ne fait que l'aggraver car elle capte encore plus d'énergie des constitutionnalistes (et, au-delà, des publicistes ou même de tous les juristes). Elle les détourne d'un travail profondément intellectuel, à une époque où, de toute manière, tout s'accélère, tout conspire à empêcher les universitaires de travailler vraiment de manière intellectuellement ambitieuse. Il existe, à cet égard, un problème plus général, bien au-delà de la QPC, de la condition universitaire française d'aujourd'hui...

Il serait intéressant de réaliser une petite enquête sur la façon dont un professeur ou un maître de conférences répartit son temps de travail ; combien de temps il consacre à la lecture, celle de décisions de jurisprudence, mais aussi d'articles et surtout de livres sérieux et difficiles, ou encore de livres d'auteurs étrangers. Sans doute, les situations doivent nécessairement varier selon les personnalités, selon les contextes, les opportunités. Mais je crains qu'une telle enquête mettrait à jour des résultats effrayants, si l'on veut bien admettre qu'une pensée un peu exigeante, un peu fine, requiert un large espace temporel pour s'élaborer ou pour mûrir.

### **b / *Morbus gallicus***

Le délicat problème du temps indispensable à la pensée -- et qui est inhérent à la condition de l'universitaire au début du XXI<sup>e</sup> siècle -- est d'autant plus sérieux qu'il est aggravé, selon moi, par plusieurs maux dans une large mesure spécifiquement français. Il me semble même que l'on doit prendre conscience que la science constitutionnelle française est malade de plusieurs choses.

De façon très générale, elle souffre du flot éditorial où la quantité a tendance à primer la qualité, et qui ne permet que très malaisément de garder une vue au moins approximative des contributions intellectuelles importantes ne serait-ce qu'au sein de la discipline elle-même. Et qui rend particulièrement difficile l'identification des contributions nouvelles (voire aboutit à les noyer sous le nombre, lorsqu'elles existent).

Une part de la responsabilité incombe certainement aux éditeurs, pris dans la logique commerciale, et qui encouragent les manuels au détriment des œuvres plus originales<sup>9</sup>.

Force est de constater, depuis au moins deux décennies, non seulement un trop-plein de revues<sup>10</sup>, mais également la prolifération de colloques (on me pardonnera de dire ceci à l'occasion d'un ... colloque !). Sans doute n'y a-t-il pas à regretter une situation inverse, celle où la discipline serait de facto contrôlée par quelques mandarins entre les mains desquels seraient monopolisés les lieux et moyens de publication. Rien ne serait pire que le verrouillage du champ intellectuel par un petit groupe de personnes auto-proclamées et/ou à la légitimité scientifique discutable. Il n'empêche : la saturation quantitative de l'espace pose

<sup>8</sup> « Le temps de penser de la doctrine », *Droits*, n°20, p 97. La formule est rappelée par O. Beaud, « Doctrine », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p 388.

<sup>9</sup> Je ne parlerai même pas du système parallèle (à l'université) de ces trafiquants qui proposent des corrigés voire des cours-résumés tout faits et presque toujours fort mauvais pour, soi-disant, aider les étudiants, contre monnaie sonnante et trébuchante bien sûr. Ils les aident surtout à penser mal les problèmes juridiques !

<sup>10</sup> Je suis ici obligé de faire mon *mea culpa*, encore que j'aie la faiblesse de penser que la revue que j'ai (avec d'autres) contribué à fonder occupe une position intellectuellement originale dans le paysage français.

problème pour qu'émerge de véritables débats. La situation présente s'explique dans une certaine mesure par la mauvaise organisation de la recherche, de son financement et, plus récemment, des effets pervers du système d'évaluation<sup>11</sup>. Plus largement encore, de l'effet général de notre époque (tout doit se faire très vite -- là où, peut-être, il conviendrait de faire l'éloge de la lenteur, pour reprendre le titre d'un essai célèbre de la fin du siècle dernier).

Mais il est un syndrome plus regrettable encore, très français : il concerne ce qu'il est convenu d'appeler les manuels.

Le manuel -- je songe, pour le droit constitutionnel, surtout aux manuels de première année -- représente le genre qui domine excessivement notre littérature juridique-constitutionnelle. Il absorbe une part excessive de l'énergie des publicistes. Ces derniers ne sont d'ailleurs que partiellement responsables de cette fâcheuse tendance : elle doit beaucoup au poids de la logique commerciale qui anime les éditeurs -- et qui se répercute inévitablement sur le travail des universitaires. Il n'en demeure pas moins que ces derniers cultivent, en France, tout particulièrement le genre manuel, comme s'il s'agissait du meilleur vecteur pour développer une pensée<sup>12</sup>.

Il est d'ailleurs intéressant de se demander à quel public s'adressent les manuels : lorsqu'ils ne sont pas de simples "mémos", ils sont en effet parfois trop difficiles pour des étudiants de première année de Licence, mais déjà insuffisants pour des étudiants avancés, sans parler des jeunes chercheurs et des universitaires confirmés.

Or, du point de vue de ceux qui les écrivent, on peut dire qu'écrire un manuel est, à l'image des sonates pour piano de Mozart, selon le mot d'Arthur Schnabel (mot qu'affectionne Alfred Brendel) : « trop faciles pour les enfants et trop difficiles pour les artistes ».

Il existe plusieurs manuels anciens, confirmés, régulièrement mis à jour, qui remplissent tant bien que mal leur fonction pédagogique. On peine à comprendre ce qui justifierait d'un point de vue intellectuel l'apparition récurrente de nouveaux manuels, car rares sont ceux qui font vraiment montre d'originalité.

Les conséquences de la domination des manuels à destination des étudiants sur le terrain des publications sont importantes. Le biais de la vulgarisation l'emporte sur la réflexion profonde ; les mêmes passages obligés sont répétés, les mêmes erreurs parfois aussi. En revanche, on ne lit plus guère d'alternatives pour comprendre la plupart des questions fondamentales (par ex. : notamment qu'est-ce qu'une constitution ? Comment analyser en juriste un système politique ?...). Cela est d'autant plus grave que les manuels ne tiennent pas beaucoup compte des idées nouvelles (on cite parfois des travaux, pour actualiser les références, mais on ne modifie presque jamais le propos .. alors même que, parfois ces travaux nouveaux invalident ce qui était écrit !).

Enfin, on peut reprocher à la doctrine constitutionnelle française une insuffisance de débats scientifiques d'ampleur. Certes, les colloques et revues sont nombreux (trop nombreux même : il n'y a plus beaucoup de dialogue<sup>13</sup> et il devient impossible de tout suivre) ; mais on a perdu de vue l'ambition de synthèse autre que simplificatrice et pédagogique... A privilégier ce qui ne peut être au fond que de la vulgarisation, on cesse de réfléchir plus profondément.

---

<sup>11</sup> Chaque « centre de recherche » se croit obligé de s'agiter et d'organiser une ou plusieurs manifestations, sans forcément que cela soit justifié par le souci d'apporter des idées nouvelles. On notera également que le système d'évaluation et de promotion de carrière conduit à une pression à la publication pour chaque « enseignant-chercheur ».

<sup>12</sup> La disparition des cours "polycopiés" à la fin des années 1980 a entraîné, par un effet quasi-mécanique, une augmentation du nombre de manuels. Mais là où le polycopié se présentait modestement comme étant à l'usage des étudiants, le manuel nourrit implicitement l'espoir de toucher un public plus large.

<sup>13</sup> On notera au surplus que les recensions de livres se font rares (même dans la RDP, qui soignait pourtant ce genre naguère ; elles sont à peu près absentes dans la RFDC et dans *Pouvoirs*), signe qu'on se lit peu ou bien que l'on se refuse à discuter. Il est vrai que si les livres à thèses manquent, les recensions ont moins d'intérêt...

### **c / Les sanglots longs...**

Je suis un peu chagriné lorsque, en défense contre les critiques, on se targue du « renouveau de la science constitutionnelle » française des deux ou trois dernières décennies en brandissant à l'appui des chiffres sur la multiplication des publications et manifestations scientifiques. Il faudrait bien plutôt se demander si les « progrès » ne sont pas plus quantitatifs que qualitatifs. Certes, je ne conteste pas que l'on rencontre ça et là des travaux de qualité (parfois même très remarquables). Peut-être même le niveau général des thèses soutenues en droit public a-t-il augmenté (mais je me demande si c'est bien vrai en droit constitutionnel...). Je ne nie pas davantage que la discipline Droit constitutionnel soit devenue plus légitime qu'il y a trente ou quarante ans au sein des facultés de droit<sup>14</sup>. Cela est fort heureux, bien sûr. Mais cela ne dispense pas de faire de l'introspection sur sa qualité.

Pour terminer sur la dimension pratique du problème, je suis porté à considérer qu'il faudrait privilégier le genre de l'essai ou de l'ouvrage à thèses, qui permet bien mieux qu'un manuel de développer une pensée originale sur un sujet ou un groupe de sujets circonscrits, laisse davantage de liberté à l'inventivité et à l'audace intellectuelles.

Mais comment croire que l'existence de la QPC pourrait faciliter une telle mutation ? Cela risque d'être encore plus difficile qu'auparavant, à la fois pour les raisons pratiques qui viennent d'être dites, mais bien plus encore pour des raisons de fond, qu'il convient maintenant d'aborder.

### **3. Un problème de fond : les limites intrinsèques d'une pensée constitutionnelle centrée sur le contentieux**

Les principales raisons pour lesquelles il y a, selon moi, lieu d'être inquiet pour l'avenir de la science française du droit constitutionnel après l'instauration de la QPC sont évidemment des raisons de fond. Mais répétons-le encore : ce pessimisme (si l'on veut l'appeler ainsi) n'est pas, à proprement parler, lié à la seule QPC ; celle-ci de fera qu'accentuer un mouvement qui lui est antérieur.

Chacun sait l'ampleur des mutations que l'avènement de la justice constitutionnelle a, depuis une quarantaine d'années, suscitées pour le droit constitutionnel français et la science qui l'étudie. La QPC ne vient, à cet égard, qu'amplifier cette sorte de changement de paradigme commencé en 1958 et véritablement à partir de 1971-1974, et que l'on peut appeler (pour faire court), le *paradigme contentieux*. Selon la très grande majorité des juristes (en tout cas des constitutionnalistes), le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République (tout comme le droit constitutionnel général), devenu une discipline juridique « normalisée »<sup>15</sup>, devrait être principalement étudié, pensé, sous l'angle de la justice constitutionnelle. Or, c'est précisément ce « changement de logiciel » (pour parler avec les images de son temps), qui s'est imposé de plus en plus dans la doctrine et auprès des jeunes chercheurs, et que la QPC va favoriser encore, qu'il faut interroger et, ajouterai-je, contester.

---

<sup>14</sup> Comme l'atteste le fait qu'il ne soit plus rédhibitoire de choisir le droit constitutionnel comme discipline pour une thèse lorsque l'on vise le concours d'agrégation. La situation était tout autre jusqu'au début ou au milieu des années 1980, où le droit administratif était presque un passage obligé.

<sup>15</sup> V. la belle analyse d'Alexandre Viala, « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. Mathieu (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p 519-526.

## a/ Le dilemme de toute science du droit constitutionnel

Commençons par invoquer Léon Duguit : « *Si le rôle du professeur de droit devait se borner à commenter les lois positives, il ne vaudrait pas une minute d'effort et de travail* »<sup>16</sup>. Cette assertion un peu forte du « maître de Bordeaux », l'un des rares esprits inventifs de la science constitutionnelle française (trop peut-être, mais tout de même) mérite d'être méditée. Elle demeure valable aujourd'hui, même si tant de choses ont changé depuis : en particulier, le droit positif, ce n'est pas -- pas seulement -- le texte de la loi constitutionnelle et des autres actes du droit écrit, c'est aussi, nous le savons, pour une part croissante, la jurisprudence.

Duguit, une référence datée, pensera le lecteur. Voyons plus près de nous dans le temps. A la fin des années 1980, en Allemagne, Bernhard Schlink<sup>17</sup> a formulé de manière forte la situation dans son pays et réalisé le constat -- pour le déplorer -- selon lequel la science allemande du droit constitutionnel, si féconde au XIX<sup>e</sup> siècle (on lui doit notamment la théorie de la personnalité juridique de l'Etat, ce qui n'est pas rien) jusqu'au premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, avait été « détrônée » par la juridiction constitutionnelle instaurée après 1949 en R.F.A.<sup>18</sup>. Pour cela, il a forgé le néologisme -- un mot à trente-sept lettres, comme la langue de Goethe le permet -- « *Bundesverfassungsgerichtspositivismus* »<sup>19</sup>, littéralement : un positivisme-de-la-Cour-constitutionnelle-fédérale -- que l'on pourrait rendre en français par « positivisme jurisprudentiel »<sup>20</sup>. Celui-ci serait désormais le trait dominant de la science constitutionnelle d'outre-Rhin<sup>21</sup>.

La thèse de Schlink vise moins à mettre des mots sur sa tristesse d'un âge d'or (contrairement à la France, il a bien existé, en Allemagne) perdu, que pour signaler une inquiétude sur les implications d'une telle mutation, parce qu'il se fait du rôle de la science du droit constitutionnel une idée ambitieuse. La vocation de cette science est d'être conceptuelle, inventive, de proposer des constructions théoriques permettant de penser le réel.

Et pourtant, on sait bien que la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe est d'une toute autre ampleur que celle du Conseil constitutionnel français. Je ne vise pas à être impoli ou désobligeant. Ce simple constat s'explique d'abord pour des raisons élémentaires : la Cour allemande est née bien plus tôt -- en 1951 -- et a été dotée par le pouvoir constituant et législatif d'un ensemble de compétences autrement plus étendu que son homologue

<sup>16</sup> *Leçons de droit public général*, de Bocard, 1926, p 28 (rééd. Mém. droit, 2000).

<sup>17</sup> Que le lecteur français connaît probablement davantage pour ses romans, notamment « le liseur (*Der Vorleser*) », qui lui a valu une certaine réputation. Mais il est professeur de droit public -- aujourd'hui émérite --, et fut l'assistant de Ernst-Wolfgang Böckenförde.

<sup>18</sup> Dans son article (célèbre, outre-Rhin) : « Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit », *Der Staat*, vol. 28, 1989, p 161-172.

<sup>19</sup> *Loc. cit.*, p 168.

<sup>20</sup> J'ouvre ici peut-être une boîte de Pandore, car nous savons qu'il existe différentes définitions du positivisme juridique -- et je ne veux pas entrer dans ce débat épistémologique complexe. J'observe simplement que la seule contemplation et glose de la jurisprudence constitutionnelle ne saurait, à mes yeux, épuiser le rôle d'un juriste-universitaire.

Sans doute, m'objectera-t-on, les bons spécialistes de la jurisprudence constitutionnelle (la France n'en manque pas) commentent parfois de manière critique les décisions des juridictions constitutionnelles. Soit... Mais ce n'est pas exactement le problème (j'y viendrai un peu plus loin).

On pourrait également m'objecter que « positivisme » n'est pas un gros mot (je le concède très volontiers). Que si le positionnement strictement positiviste de la science du droit est la description du droit positif, tout serait bien. C'est peut-être moins simple que cela : les véritables positivistes (au sens épistémologique) sont rares en France.

<sup>21</sup> Le premier constat du changement de paradigme né en Allemagne de l'essor de la Cour de Karlsruhe avait été déjà fait en 1962 par Rudolf Smend, dans une allocution, restée célèbre, à l'occasion du dixième anniversaire de l'installation de la Cour : « La Loi fondamentale vaut désormais pratiquement comme la Cour constitutionnelle fédérale l'interprète, et la littérature la commente en ce sens (*Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne*) » (« Das Bundesverfassungsgericht », in Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2<sup>e</sup> éd. 1968, p 581-593).

française. Quoi qu'il en soit, les décisions de la juridiction constitutionnelle fédérale allemande sont beaucoup plus argumentées -- *l'imperatoria brevitatis* n'a jamais été de mise en Allemagne, bien au contraire -- et, en outre, les opinions dissidentes ou séparées sont admises depuis 1971. Cette loquacité du juge n'est d'ailleurs -- soit dit en passant -- pas sans soulever certaines difficultés à la doctrine car elle pose le problème de la cohérence de rédaction des décisions (souvent écrites à plusieurs mains) et complique singulièrement l'analyse de la jurisprudence<sup>22</sup>. Pourtant, elle a rapidement, et de manière croissante, subjugué la doctrine constitutionnelle allemande. D'où le constat de Schlink.

Des voix contestatrices, heureusement, se font peu à peu entendre, dans la jeune génération des publicistes allemands. Et il est particulièrement intéressant de constater que c'est un juriste se réclamant du positivisme kelsénien, Matthias Jestaedt, qui est le premier à défendre la nécessité de la théorie constitutionnelle pour féconder, stimuler ce qu'on appelle outre-Rhin, la dogmatique juridique (qui est la mise en cohérence rigoureuse des solutions du droit positif *strictissimo sensu*)<sup>23</sup>. On peut donc être un strict positiviste et cultiver la véritable théorie en droit constitutionnel<sup>24</sup>.

### **b / Blessent mon cœur d'une langueur monotone...**

Or, que constate-t-on en France ? Que la science constitutionnelle souffre, dans l'ensemble (il y a bien sûr de brillantes exceptions) d'une grande faiblesse sur le plan théorique et conceptuel. Celle-ci ne date pas d'hier, comme en témoigne le constat sévère d'Hauriou, rappelé plus haut. Mais elle est moins excusable aujourd'hui, où nous avons tous les moyens d'enrichir nos réflexions, où les échanges d'idées avec les sciences étrangères sont grandement facilités.

Qu'a-t-on écrit de sérieux et de nouveau sur la V<sup>e</sup> République depuis 30 ans ?<sup>25</sup>

Il y aurait une histoire de la science française du droit constitutionnel à faire -- elle commence à se faire, il est vrai, par petites touches -- pour expliquer ce mystère. Quoi qu'il en soit, le constat que faisait Olivier Beaud<sup>26</sup> il y a presque une quinzaine d'années déjà, en parlant du « tournant pragmatique » de la science constitutionnelle française à partir des années 1920/30 (avec Joseph Barthélémy notamment), reste juste, y compris -- ce n'est paradoxal qu'en apparence -- après l'essor du contentieux constitutionnel. On a -- je simplifie un peu -- poursuivi sur la même lancée : en optant pour le paradigme contentieux, en se focalisant résolument sur l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, la science française du droit constitutionnel n'est pas devenue plus conceptuelle pour autant. Au contraire. Elle tend même probablement à l'être encore moins. C'est, à mon avis, le reproche majeur qu'on puisse lui faire.

Les illustrations ne manquent pas.

Je suis frappé qu'en France, on mélange beaucoup les niveaux de discours, notamment : descriptif/prescriptif, (pseudo-)dogmatique/théorique,...

---

<sup>22</sup> V. la splendide analyse de M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers et C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Francfort s.M., Suhrkamp, 2011, notam. p 124 et suiv., p 241, et p 378 et suiv..

<sup>23</sup> M. Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn, Schöningh, 2009. Et son article en français : « La double constitution. Une stratégie positiviste », *Jus Politicum*, n°6, 2011 (en ligne) et vol. IV, Dalloz, 2012, p 275-291.

<sup>24</sup> On pourrait ajouter qu'aux Etats-Unis d'Amérique, l'importance de la justice constitutionnelle n'empêche pas la doctrine d'être extrêmement créative, inventive -- même si c'est de manière très différente des Allemands.

<sup>25</sup> Exceptions : P. Avril, *Les conventions de la constitution* (1997) et J.-M. Denquin, *la monarchie aléatoire* (2001). Hormis ces ouvrages, je ne vois que celui de deux politistes, Marc Sadoun et J.-M. Donégani, *La Ve République. Naissance et mort*, Calmann-Lévy, 1998.

<sup>26</sup> « Joseph-Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n°32, 2001, p 89-108.



La doctrine française néglige habituellement cette exigence théorique qui veut qu'il faut parfois interroger les concepts eux-mêmes qu'emploie le juge (ce que ne prétend pas faire la dogmatique), parce qu'ils ne sont pas « objectifs », pas des substances réelles mais sont des artifices (le cas du principe de « séparation des pouvoirs », dont le Conseil constitutionnel fait un usage bien critiquable). C'est une erreur que celle de prêter au juge une rationalité, une cohérence de tous les instants, et une systématisme conceptuelles qu'il n'a pas toujours : même en Allemagne avec la très sérieuse Cour de Karlsruhe (dont une majorité des 16 juges est d'ailleurs, depuis quelques dernières années, constituée de professeurs de droit -- elle devient un *Professorengericht*) -- nombre d'auteurs allemands en conviennent eux-mêmes.

La science constitutionnelle française n'a pas résolu des questions classiques graves. Elle a -- en grande partie -- stagné depuis les années 1950/60, sur la plupart des notions cardinales du droit constitutionnel. Ainsi, par exemple, de la distinction et l'articulation des pouvoirs (que l'on s'obstine, contre toute évidence, à appeler « séparation des pouvoirs »). Ou bien encore des systèmes de gouvernement, à commencer par le plus répandu, le système parlementaire de gouvernement.

A ceux qui trouveraient que je mets l'accent sur des questions dépassées, je répondrais que nombre d'entre elles continuent de se poser ici et maintenant, et qu'elles continueront à se poser partout là où existe un gouvernement d'hommes sur d'autres hommes, notamment là où le gouvernement des hommes est en train de se déplacer, par exemple dans les institutions européennes. Ces questions ne sont donc pas « datées » ; il faut poursuivre la réflexion même si le cadre du corps politique change.

L'actualité nous en fournit sans cesse des illustrations. S'avise-t-on, par exemple, de la faiblesse endémique des Français au Parlement européen ? Cela n'est pas sans lien, selon moi, avec le manque de réflexion sur ce qu'est une assemblée parlementaire moderne (*a contrario*, les Allemands l'ont bien compris, et savent mieux utiliser les potentialités de l'Assemblée de Strasbourg...). Et les idées confuses voire fausses de la classe politique française sur le Parlement européen pourraient bien avoir un certain lien avec la façon archaïque dont la science française du droit constitutionnel pense (ou plutôt ne pense pas -- disons : pense mal) les assemblées parlementaires modernes.

Enfin et peut-être surtout, il n'est pas jusqu'à la notion-mère, le noyau dur, l'atome ultime de notre discipline, la constitution, qui n'ait été laissée, en tant que concept ou notion, en friche théorique : combien de vues banales, archaïques, simplistes (quand elle ne sont pas même tout simplement fausses) encombrant encore notre littérature ? A l'opposé, combien de « théories de la constitution » ont été écrites en France ces dernières décennies ? Je n'en vois aucune.

Il existe certes plusieurs approches de ce qu'est le droit constitutionnel, et il n'est aucunement question ici de prétendre qu'une seule approche pourrait être vue comme la seule authentique ou la seule acceptable<sup>27</sup>. Néanmoins, la doctrine très largement dominante — dans la France contemporaine — repose sur une sorte de positivisme mou et des prémisses bien fragiles pour ne pas dire intenables (et certainement pas respectueuses des réquisits du Kelsenisme, que l'on a pourtant mobilisé pour légitimer le Conseil constitutionnel !)<sup>28</sup>. Pour aller à l'essentiel : la doctrine constitutionnelle française exalte « la constitution », mais n'a pas de concept solide et convaincant de la constitution.

---

<sup>27</sup> On peut ainsi reconnaître à l'approche normativiste *strictissimo sensu*, le mérite d'une grande cohérence interne et d'une grande rigueur épistémologique. De même pour la variante réaliste du positivisme. Resterait à admettre tous les présupposés de l'un ou l'autre de ces courants, ce que je ne saurais faire, à titre personnel (mais je ne suis pas le seul), principalement parce que ces approches me paraissent se fermer la compréhension profonde de nombreuses questions et ne me semblent pas avoir fait la démonstration de leur utilité pour l'intelligence des phénomènes constitutionnels concrets.

<sup>28</sup> V. notam. la belle démonstration d'Olivier Cayla, « Le Conseil constitutionnel et la constitution d'une science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, L.G.D.J., 1999, p 106-141.

La réflexion fondamentale, sur les questions les plus importantes, est restée en jachère, et l'on se contente trop souvent de lieux communs alors même que le développement de la justice constitutionnelle aurait pu et dû stimuler la réflexion.

C'est une grave illusion -- même si l'on se veut un strict positiviste -- que de croire que c'est le juge constitutionnel qui nous fournira toutes les réponses, qui bâtira une théorie à la place de la doctrine.

#### **d / La nature complexe du droit constitutionnel demeure**

Reconnaître l'importance de la jurisprudence constitutionnelle dans le droit positif français -- et qui pourrait sérieusement ne pas la reconnaître ? -- est une chose. Faire de celle-ci l'alpha et l'oméga de la pensée constitutionnelle en est une autre. Je ne vois pas comment l'on pourrait prétendre victorieusement appréhender le droit constitutionnel à partir du seul contentieux : ce ne serait même plus écraser la matière<sup>29</sup>, mais bien se refuser à la comprendre pleinement.

Outre que les vastes questions touchant à la protection des droits et libertés individuelles n'épuisent pas toute le droit constitutionnel (il faut quand même le rappeler !), outre que le juge constitutionnel n'est pas compétent sur toutes les parties de la constitution, ce même juge constitutionnel ne peut, même là où il est apte à intervenir, pas appréhender toute la richesse de l'ordre constitutionnel<sup>30</sup>.

Quoiqu'on en veuille, et malgré son apparente « normalisation » (au sens où il y a désormais un juge qui énonce au moins en partie ce droit), le droit constitutionnel n'est pas pour autant devenu un droit tout à fait comme les autres (pour reprendre une expression de Jean-Marie Denquin<sup>31</sup>), et il conservera toujours (tant qu'il existe) quelque chose de spécifique, QPC ou pas.

Une précision s'impose ici : la distanciation que j'appelle de mes vœux à l'égard du contentieux ne signifie pas un retour à la science politique (pas davantage celle d'aujourd'hui - - en piteux état, si je puis me permettre -- que celle d'hier). Cela n'a rien à voir.

Je crois à la nécessité de réfléchir en juriste à tous les problèmes d'un ordre constitutionnel (et notamment ce que l'on appelle souvent, mais de manière peu heureuse, la partie « institutionnelle » ; en fait, le système de gouvernement *lato sensu*). Mais aussi et surtout (c'est même le préalable) à la matière constitutionnelle elle-même : pour moi, les normes de droit positif (ce qu'en reprenant le terme de Dicey -- mais en en modifiant un peu le périmètre -- je préfère appeler le « droit de la constitution ») ne résument pas tout l'ordre constitutionnel.

D'ailleurs, la QPC, en multipliant les interprétations juridictionnelles des énoncés de la Constitution écrite (ou plus exactement de ce qu'il est convenu d'appeler le Bloc de constitutionnalité), va certes augmenter la précision du droit positif (puisque l'interprète considéré comme « authentique »<sup>32</sup> aura parlé), mais non seulement cela concerne surtout les

---

<sup>29</sup> Je relèverais que, certes, nombre de juristes-constitutionnalistes français font -- par force forcée -- fréquemment une place aux considérations extérieures au contentieux dans leurs travaux, mais il s'agit plus d'une juxtaposition, de l'utilisation de bribes de considérations politologiques (Stéphane Rials disait naguère : de la « soft politologie »), une « béquille » donc, mais non point d'arguments s'intégrant dans un raisonnement spécifiquement juridique et compréhensif de la nature profonde du droit politique.

<sup>30</sup> On en a eu un bel exemple en Allemagne, avec le contrôle juridictionnel de la dissolution du Bundestag (en 1983 et 2005). On en voit encore les limites et même l'effet contre-productif, comme, par exemple, à propos du contrôle parlementaire (v. P. Avril, « L'introuvable contrôle parlementaire », *Les Petites Affiches*, 14-15 juillet 2009 et *Jus Politicum*, vol. II, 2010, p 133-139) ou bien encore de l'utilisation contestable du principe de séparation des pouvoirs (O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, vol. V, 2013, p 181-221).

<sup>31</sup> « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, n°32, 2001, p 33-46 (35).

<sup>32</sup> Authentique du moins tant que se tait le pouvoir constituant, qui est au fond le seul vrai interprète authentique de ce qu'il est censé avoir posé.

droits et libertés et donc *pas toutes* les parties du droit positif, et au surplus, ces précisions ne seront que ponctuelles.

Or, au final, cette collection de normes continuera d'avoir besoin d'un système d'explication global, de la mise en cohérence générale -- laquelle requiert une certaine distanciation à l'égard du droit positif. Elle devra être rapportée à quelque chose qui dépasse les différentes normes (ponctuelles) du droit de la constitution. D'une certaine manière, il faut considérer, je crois, que « la constitution » est plus/davantage que la « loi constitutionnelle » formelle. Et c'est bien à la doctrine de faire ce travail, au-delà de la jurisprudence constitutionnelle (et parfois contre elle).

On peut terminer en mentionnant encore un point. La science constitutionnelle française risque de se fermer à des problématiques nouvelles, comme l'a bien relevé récemment Guillaume Tusseau<sup>33</sup>. L'approche contentieuse, dont la QPC semble d'une certaine manière consacrer la victoire, s'appuie sur une vision en voie d'être dépassée de la normativité. Les intenses débats sur le droit « en réseau », le droit mou, ... sont à peu près complètement négligés par le biais contentieux. Enfin, sur un registre *de lege ferenda*, notions qu'une approche résolument (sinon exclusivement) contentieuse de la matière risque de fermer toute réflexion sur l'avenir de la démocratie libérale du futur<sup>34</sup>.

\* \* \*

L'idée de « déclin » -- suggérée dans le titre qui m'avait été proposé -- n'est donc pas tout à fait adéquate, et pas davantage exclusivement « liée » à ou causée par la QPC. Le problème est, selon moi, plus vaste. Il dépasse la QPC, même si je crains que celle-ci n'accentue -- peut-être même gravement -- une tendance hélas plus lourde.

Je rêve d'une science du droit constitutionnel plus conceptuelle (pour ne pas dire : plus théoricienne -- le mot *théorie* fait manifestement un peu peur en France), plus inventive, plus rigoureuse. Que l'on ne se méprenne pourtant pas : je ne plaide pas pour que les juristes-constitutionnalistes s'enferment dans une tour d'ivoire, se coupent de la « pratique » -- et notamment pas du contentieux constitutionnel, ce serait absurde --, ou bien encore qu'ils se privent d'échanges avec les disciplines voisines, ou encore qu'ils renoncent à parler aux non-juristes. Mais ils ont certainement à repenser profondément leur propre tâche<sup>35</sup>. Mon optimisme est limité à cet égard, mais je serais heureux d'être démenti. Le terme de « renouveau » évoqué par les organisateurs suscite l'espoir. Mais ce serait un renouveau davantage en marge de la QPC que grâce à elle.

---

<sup>33</sup> « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p 5-17.

<sup>34</sup> O. Lepsius, « La science du droit public et la démocratie. Quelles sont les tâches de la science du droit dans un ordre juridique démocratiquement élaboré ? », *Jus Politicum*, n°2, Dalloz, 2010, p 141 sq (aussi en ligne [www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com), n°4). Ce souci est également partagé par G. Tusseau dans l'article précité.

<sup>35</sup> G. Tusseau parle même « d'aggiornamento nécessaire » (*loc. cit.*).