© Ed. ECONOMICA, 1996
Tous droits de reproduction, de traduction, d'adaptation et d'exécution
réservés pour tous les pays.

PREMIÈRE PARTIE

Aspects généraux et théoriques

Georges Vedel
Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris

C'est à juste titre que, pour donner un nom à l'ensemble des hommages dédiés à Roland Drago, l'on a choisi le thème de l'unité du droit. Roland Drago, dans ses enseignements et dans ses écrits a déployé son talent au profit des champs de savoir les plus variés, y a réussi avec un égal bonheur et a marqué chacun d'eux de sa forte personnalité. « Etre quelqu'un » c'est d'abord être soi-même, avec sa conception de la vie, sa philosophie, sa méthode, son style : unité de l'homme, unité du juriste.

Cette unité en forme d'identité de la personne est incontestable parce que vécue. Se retrouve-t-elle pour autant dans l'objet de la recherche c'est-à-dire le droit ? Tout au long des contributions qui composent ce livre on trouvera des réponses savantes et approfondies, non identiques certes – Dieu merci ! – mais tantôt complémentaires tantôt contradictoires.

Il ne s'agit ici ni de les recenser ni de les résumer, à supposer que ce soit possible. Encore moins d'en faire un examen critique, ce qui serait pour le moins saugrenu. Je crains et j'espère à la fois que la seule justification des lignes qui vont suivre se trouve dans le désir de faire revivre à l'envers la conférence d'agrégation qui nous avait réunis Roland Drago et moi voici près d'un demi-siècle.

Mais cette fois, c'est moi qui ai « tiré » le sujet : l'unité du droit. Je le traiterai sans longue introduction et en trois parties. L'âge autorise toutes les audaces.

L'unité du droit peut s'entendre de trois façons : comme celle d'un objet de connaissance scientifique et corrélativement de l'activité qui

s'y rapporte ; comme celle d'un ensemble normatif ; comme celle d'un appareil conceptuel *opératoire*. Pour faire bref, je dirai tout de suite que je ne crois pas à l'unité du droit dans le premier sens, que je la tiens pour évidente dans le second et que, dans le troisième, elle doit être entendue dans un sens relativiste dont il faut faire un usage modéré.

*
* *

Ma réponse négative à la première question procède de l'humiliante copie blanche que j'ai dû remettre toutes les fois qu'un interlocuteur m'a pressé de lui donner une définition du droit. Fournir du droit une description convenable est possible. Mais une définition – et scientifique de surcroît – relève d'autres exigences que celles d'un album de photographies même fidèles.

Or, malgré une lecture attentive des auteurs, des plus classiques aux plus récents, je n'ai jamais trouvé de réponse à la difficulté, à mes yeux, dirimante, que présente la déchirure de la notion même *d'existence* de l'objet quand il s'agit du droit : s'exprime-t-elle en termes d'indicatif ou en termes d'impératif ? Est-elle SEIN ou SOLLEN ? Son existence dépend-elle d'un raisonnement sur sa validité ou d'une constatation sur son effectivité, cette dernière entendue comme un ensemble de faits en amont et en aval (de l'origine historique à l'efficacité de la norme ?) Comment la théorie des révolutions se tire-t-elle de la contradiction entre l'invalidité de la subversion et la constatation d'une régulation effective de l'espace étatique qui, à son tour, va engendrer des critères de validité ? Plus quotidiennement, quel statut assigner à une norme jurisprudentielle ou à une convention de la Constitution qui s'est développée *contra legem* ?

Ce n'est pas que les réponses manquent. Mais sont-elles convaincantes ?

Un premier groupe de solutions est formé des théories qui donnent le pas à l'un des modes d'existence sur l'autre. Ainsi en est-il, dans un sens, de l'analyse sociologique qui va de Duguit à toute une école actuelle de politologues pour qui le droit est le survêtement d'une réalité sociale seule existante et souveraine. En sens inverse, les théories normativistes (lestées ou non d'appel au droit naturel) déploient une logique sans faille qui évolue de l'existence des normes sans référence nécessaire à l'effectivité. Mais dans le premier cas, c'est l'autonomie du droit qui est effacée, erreur qui, par une ironie troublante, contredit l'observation du fait juridique tel que le révèle le comportement des acteurs. Dans le second cas, pour éviter l'énormité d'un corollaire impeccable, à savoir que tout ordre juridique possible, c'est-à-dire logique, est un ordre juridique existant, l'on recourt à une concession qui contredit les prémisses : on réintroduit le SEIN dans le SOLLEN par des conditions d'effectivité. Où alors, l'on se réfugie dans

le postulat de la norme hypothétique fondamentale, qui me semble bien être un sophisme de type majeur, à l'égal de la démonstration de l'existence de Dieu par Saint Anselme ou celle de l'unanimité sociale à travers la volonté générale selon Rousseau.

Un deuxième groupe de réponses résout la difficulté à partir d'une constatation simple : le seul point de convergence du SEIN et du SOLLEN se trouve dans la décision de justice. Quand, à un niveau suffisant, le juge a tranché, la norme reçoit (enfin !) son double brevet d'existence comme proposition validée normativement car tel est justement l'office du juge. Les théories dites de l'interprétation renforcent cette construction en légitimant les libertés que le juge peut prendre avec la logique normative. Au total, le droit c'est ce que veut le juge.

La mariée est-elle trop belle ? Pas précisément. Je la trouve plutôt peu ressemblante. Sa logique, si on la pousse jusqu'au bout, comme il faut le faire dans la critique d'une logique, conduit à évacuer à peu près toute normativité de la construction du droit. La seule norme est « obéir au juge ». Au mieux, l'ensemble normatif auquel, selon la règle du jeu affichée, appartient le juge, joue à l'égard de celui-ci le rôle d'une déontologie. Le juge est l'alpha et l'oméga du phénomène juridique ; bien plus, selon certains, sa liberté est théoriquement totale. Mais, soit parce qu'il se croit, à tort, enchaîné, soit parce que, mieux éclairé, il accepte de rechercher un consensus avec son environnement social, il se plie à une pratique modérée de son pouvoir, avec toutes les simulations dialectique que cette auto-limitation suggère – mais au fond par sagesse professionnelle ; autrement dit : une déontologie.

Cependant l'image qui focalise sur l'activité juridictionnelle le SEIN et le SOLLEN est une image brouillée qui, sous couvert de fusion, propose une confusion. Du point de vue sociologique, sa valeur descriptive comme sa valeur explicative est très faible. Du point de vue proprement juridique, elle renvoie au néant toute logique normative[1].

Reste un tiers parti, mais qui n'est pas une solution, et qui est de prendre le droit tel qu'il est dans sa double nature, d'être attentif à rendre à la factualité et à la normativité, de façon distributive, ce qui revient à chacune d'elles, d'accepter alternativement les deux critères d'existence du phénomène juridique, l'effectivité et la validité. Et c'est ce que fait en réalité le juriste dans ses divers métiers et à ses divers niveaux. Pourquoi ne serait-ce pas une solution ?

Tout dépend de ce qu'on entend par là. C'est certes une réponse de sagesse pratique : *primum vivere*. Mais ce n'est pas une solution au problème posé, c'est-à-dire celui de la construction du droit comme objet de connaissance scientifique. Après tout, expliquera-t-on, ce n'est pas parce qu'un ordre de savoir emprunte ses méthodes à d'autres ordres comme par exemple le fait la médecine avec la chimie, la physique, la psychologie, etc. que son objet ne peut être scientifiquement construit.

Mais c'est une fausse objection. Ce qui est en cause ce n'est pas l'illégitimité, qui serait absurde, d'une science qui ne serait pas parfaitement autonome : c'est tout autre chose, c'est la légitimité d'un ordre de connaissance exprimant l'existence de son objet sur deux modes alternatifs, celui de l'impératif et celui de l'indicatif. Le mode d'existence du phénomène chimique ou psychologique auquel la médecine fait appel et un mode factuel, exactement le même que celui qui vérifie l'existence de la maladie ou du remède. Aucun problème de cohérence ne se pose entre disciplines du SEIN ; il n'existe que des problèmes du bon usage de savoirs diversifiés mais de même nature et donc compatibles. En revanche, le droit ne peut être construit scientifiquement s'il a deux modes d'existence, c'est-à-dire de vérités exprimées l'une en termes de fait, l'autre en termes de norme. Alors surtout qu'aucune clé de passage de l'un à l'autre mode de pensée n'est en vue.

Je conclurai donc sur ce premier point. Je crois que le droit peut être connu ; je crois qu'il existe un savoir juridique. Sinon, pour nous juristes, « vaine serait notre foi, vaine notre espérance ». Mais je ne crois pas qu'il puisse être construit comme objet scientifique, c'est-à-dire intégré à un mode de connaissance impliquant un critère d'existence unique des phénomènes étudiés et une méthologie unifiée qui en est le corollaire. « Je porte deux hommes en moi... ».

*
* *

Sur le second point, à savoir la reconnaissance de l'unité du droit comme ensemble normatif, on peut être plus bref. Car c'est de la cohérence interne de l'ordre juridique étatique ou, le cas échéant, communautaire ou international qu'il s'agit alors. Par avance, l'on a enlevé les épines du problème que l'on vient de traiter. On prend l'ordre juridique comme un pur SOLLEN dans le sens kelsenien primitif, comme un pur déroulement cohérent de propositions normatives sans se poser les problèmes de l'origine ni des finalités, sans se soucier des irruptions de la factualité, tenues par définition comme inexistantes. Ce n'est pas une construction du droit dans sa totalité comme objet de science. Mais c'est au sein de cet objet la démarche qui isole, pour une étude isolée, une de ses composantes. Ce n'est pas du droit qu'il s'agit en réalité, mais des catégories de l'entendement juridique. Presque par construction tout en coule de source : la hiérarchie nécessaire des normes, les règles de solution des prétendus conflits de normes, les modes de combinaison éventuels d'ordre juridiques partiels entre eux ou au sein d'un ordre juridique total, etc. A mon sens la « Reine Rechtslehre » n'a pas donné au droit un statut de science, mais a énoncé le *corpus* fondamental de sa logique normative. Le malheur est justement que cette logique normative, souveraine dans son champ, n'épuise pas l'objet que l'on appelle « droit ».

Dans ces limites, le droit, sous son seul aspect d'ensemble normatif, est justiciable d'unité. Cette affirmation est à peine démontrable car elle est d'abord tautologique. Un ensemble de propositions gouvernées par une logique hiérarchique est nécessairement unifié puisque tout manquement à la cohérence d'une norme (ou du moins d'une apparence de norme) conduit à en nier l'existence et à l'exclure de l'ensemble normatif. Si l'on se limite aux ordres juridiques étatiques, la suprématie de la Constitution ou de toutes prescriptions occupant le même rang hiérarchique s'impose comme clé de voûte de la construction avec une évidence irréfutable puisque cette suprématie n'est, par un jeu de miroir, que l'image reflétée du choix axiomatique.

Dans un troisième sens, le droit peut être regardé comme un appareil conceptuel opératoire. J'entends par là un ensemble de concepts, de modes de raisonnement, de procédés techniques de formulation. Il ne s'agit ni de philosophie, ni d'épistémologie mais plutôt de méthodologie. Or, l'on admet qu'il existe des « branches » du droit ou, si l'on préfère, des « disciplines » ou des « sous-disciplines » identifiées sous des noms classiques : droit privé, droit public, droit civil, droit pénal, droit administratif, etc. Laissons de côté l'aspect universitaire ou pédagogique de ces divisions, trop souvent privilégié, pour nous en tenir à ce que l'on pourrait appeler la qualité opératoire. Faut-il accepter la coexistence de ces appareils diversifiés ou admettre qu'on doit en supposer et, au besoin, en imposer l'unité ?

La question n'est pas nouvelle. Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'on met en cause le bien-fondé de la diversification, tantôt en raison de ses contresens (le droit pénal rattaché au droit privé), de ses incertitudes (où placer le droit du travail ?), et tout simplement de son incohérence (existe-t-il des « autonomies » ? ou tout serait-il autonomie ?) Peut-on concevoir d'ailleurs qu'à l'intérieur d'un ordre juridique nécessairement unitaire, comme on vient de le montrer, puissent exister des « systèmes » de concepts, de méthodes et de techniques différenciés ?

Le problème a été singulièrement actualisé en France par l'institution d'une juridiction constitutionnelle qui assure le respect de la hiérarchie des normes et l'unité de l'ordre juridique. Cette juridiction ne se borne pas évidemment à assurer l'unité du droit politique, plus largement du droit public. Les règles de valeur constitutionnelle dont elle est gardienne trouvent à s'appliquer en matière pénale, civile, commerciale, etc. N'assiste-t-on pas à une « constitutionnalisation » des branches du droit dans leur ensemble et dès lors à l'effacement, au moins à terme, des diverses « branches du droit » au profit d'un « système » conceptuel unique ?

Je ne pense pas que personne ait fermement soutenu l'affirmative mais je crains que la faveur dont bénéficie chez les constitutionnalistes le terme de « constitutionnalisation » n'engendre une analyse inexacte et peut-être des prétentions injustifiées qui ajouteraient à la supré-

matie de la Constitution, évidemment hors de cause, la suprématie du droit constitutionnel, ce qui est une toute autre affaire.

Or, la seule exigence d'un ordre juridique unifié par la Constitution est que le ou les juges compétents excluent de cet ordre les normes venues du droit civil, du droit pénal, etc. contraires à une norme de rang constitutionnel. En revanche, le droit constitutionnel n'est ni la source historique et juridique de l'ensemble du droit ni le démiurge des concepts et des méthodes de celui-ci. La démonstration est surabondante.

Tout d'abord, d'un point de vue abstrait, une hiérarchie de normes n'exige des normes inférieure que la compatibilité avec les normes de rang supérieur. A tous les échelons, et spécialement à l'échelon législatif, existe un large pouvoir discrétionnaire que, d'ailleurs, le Conseil constitutionnel français a tenu, à diverses reprises, à souligner. En géométrie, l'on va de théorème en théorème ou en corollaire. Mais, dans un ordre juridique, on va de compétence en compétence hors de tout rapport bi-univoque.

En second lieu, le droit a existé bien avant que ne soient mis au clair la hiérarchie normative, la suprématie constitutionnelle et le juge constitutionnel. Il existait, pour s'en tenir à un exemple, un droit français avant 1958 ou 1789, avant même Jean Bodin qui, à travers la souveraineté, a peut-être été l'initiateur de la norme fondamentale. Tout comme l'homme habitait des maisons avant qu'elles ne fussent dotées d'ascenseurs et de machines à laver.

Enfin et surtout, les concepts que, dans son activité de contrôle, manipule le juge constitutionnel ont, dans leur immense majorité, été formés sans référence à des concepts constitutionnels. La personnalité juridique, le contrat, la responsabilité civile, le procès ont eu une naissance et une vie propres. Il en a été de même du service public, de la fonction publique, de la responsabilité publique. La recherche des « bases constitutionnelles du droit administratif », entreprise de logique juridique, doit être compensée par la comparaison qui montre que la « continuité du droit constitutionnel » dément un engendrement mécanique de celui-là par celui-ci.

Cette antériorité du droit non constitutionnel sur le droit constitutionnel se retrouve non seulement dans la fabrication des concepts mais aussi dans celle des procédures : le recours pour excès de pouvoir, prototype d'un instrument de contrôle des normes subordonnées par référence à des normes supérieures, a fourni un modèle au contrôle de constitutionnalité, non l'inverse.

Le juge constitutionnel français le sait bien. Il accueille toute la conceptualisation développée dans les diverses branches du droit antérieurement et même postérieurement à l'institution de son propre contrôle. Il en prend les éléments sans les reconstruire et se borne avec raison à en extraire les composantes qui appellent un contrôle de constitutionnalité. Il le fait d'ailleurs avec prudence et répugne par exemple à constitutionnaliser comme principes fondamentaux reconnus

par les lois de la République des normes générales de premier rang, telles que les articles 1382 ou 1134 du code civil – tout simplement parce que l'évolution de la société civile échappe largement aux formulations constitutionnelles et que l'usage qui doit être fait de celles-ci doit être réservé à des conquêtes politiques irréversibles, telles que l'égalité des sexes. Au plan des procédures et des méthodes de contrôle il a retrouvé, non par esprit d'imitation mais par la force des choses, les instruments découverts avant lui par le juge administratif : le référentiel du contrôle, la mesure du pouvoir discrétionnaire, le principe de proportionnalité, etc. Non seulement il ne procède pas à la reconstruction des concepts et des méthodes de contrôle, mais il s'interdit toute interprétation qui ne serait pas nécessaire à l'appréciation de la constitutionnalité.

Et il a raison d'être prudent. D'abord parce que la Constitution confère à ses décisions non une autorité doctrinale mais celle de la chose jugée qui n'interdit la résistance aux autres juges que dans le cadre étroit d'une espèce. Ensuite parce que vouloir instiller une trop forte dose de normativité constitutionnelle dans des domaines techniques mieux maîtrisés par d'autres juges l'exposerait à des bévues. C'en fut sans doute une que de mettre à la constitutionnalité des sanctions frappant les chaînes de télévision la condition de l'avertissement préalable, car la règle ainsi posée *in abstracto* revient en pratique à assurer l'impunité au premier manquement, fût-il de taille. C'en fut une autre, sans doute, en son temps, que de condamner, au nom du principe d'égalité, les règles permettant de moduler la composition des tribunaux au profit du bon fonctionnement de la justice et, en dernière analyse, de l'intérêt de ce justiciable qui n'est pas une pièce de jeu d'échecs mais le joueur le plus important.

Mais de telles maladresses, d'ailleurs nées de bonnes intentions, sont rarissimes. Le juge constitutionnel français, même si on lui reproche une timidité contrastant avec les audaces de tel ou tel de ses homologues européens, ne vient pas réinventer le droit français, son aîné légitime. Il va même jusqu'à admettre une diversité dans le système de sources du droit. Face aux principes généraux du droit tels que les entend pour son compte le juge administratif et qui ne sont que le nom donné, d'ailleurs tardivement, à un système de *common law* propre au droit administratif, il n'a jamais prétendu vérifier l'authenticité de la source du droit ainsi consacrée. Il n'en use pas pour son propre compte malgré les à-peu-près de vocabulaire et les contresens sur les principes généraux reconnus par les lois de la République qui sont en réalité des composantes du droit écrit. Il vérifie si ces principes généraux du droit administratif ne contredisent pas la Constitution (ce qui n'est pour ainsi dire jamais le cas) ; il vérifie si, déjà énoncés par des normes constitutionnelles, ils ont rang constitutionnel et peuvent donc justifier une censure des lois qui les méconnaîtraient. Mais il ne formule aucune critique sur l'existence d'une source autonome du droit administratif.

Au total, plutôt que de parler d'une constitutionnalisation du droit civil ou du droit administratif, ne faudrait-il pas parler d'une « civilisation » ou d'une « administrativisation » du droit constitutionnel ? Dans le corps des concepts et des opérations du juge constitutionnel, il y a plus de droit civil, de droit administratif, de droit pénal qu'il n'y a de Constitution dans ces diverses branches du droit. Le juge constitutionnel est un contrôleur, non un fondateur, un censeur, non une muse.

C'est pourquoi on ne saurait parler de l'unité du droit si l'on prend le droit dans un sens en quelque sorte technologique se rapportant à un appareil conceptuel et opératoire. Les « branches » du droit ont ou peuvent avoir (car il faut vérifier) des appareils non identiques et même sensiblement divergents. L'exigence d'unité ne se rapporte qu'à l'ordre juridique et il y est satisfait dès lors que le juge peut éliminer de celui-ci, quelle que soit son origine, toute norme déviante par rapport à la hiérarchie normative. Tout ce qui irait au-delà de cette nécessité serait sans justification.

LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL DES LOIS, CONTENTIEUX D'ORDRE PUBLIC PAR NATURE

Guillaume Drago

Professeur à l'Université de Rennes I
Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique de Rennes

Porter une appréciation sur les caractères particuliers du contentieux constitutionnel des lois relève peut-être aujourd'hui d'un exercice de style. D'abord parce qu'à première vue, la cause est entendue et que dans le grand « club » des juridictions constitutionnelles [1], le Conseil constitutionnel tient la place d'une institution parvenue à maturité dont l'assise nationale et la réputation internationale ne sont plus à faire. Ensuite parce qu'une jurisprudence maintenant plus que trentenaire, construite autant par paliers [2] que par touches successives [3] a permis la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité dont les contours sont assez bien dessinés et qui fait partie du paysage institutionnel français [4].

---

1. Le Conseil constitutionnel a organisé et accueilli, pour la première fois en France la IXe Conférence des Cours constitutionnelles européennes à Paris du 10 au 13 mai 1993.

2. Qu'on songe aux dates de 1971 (décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *Rec. 29*), 1974, (extension de la saisine aux parlementaires, Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974), 1985 (décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec. 70* : « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »), 1992 (les différentes décisions relatives au traité de Maastricht).

3. V. les jurisprudences relatives aux règlements des assemblées parlementaires, aux lois de finances ou encore de délégalisation, construites au fil des décisions.

4. Même si la contestation de l'institution et de ses décisions continue toujours à faire recette. V. par exemple le débat suivant la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, *J.O.*, 18 août 1993, p. 11722 s.