

LA LÉGITIMITÉ DE LA DOCTRINE CONSTITUTIONNELLE FACE AUX DISCOURS SUR LES MODIFICATIONS CONSTITUTIONNELLES

Sacha SYDORYK
Docteur en Droit Public
Enseignant-chercheur contractuel à l'Université de Tours
Institut de Recherche Juridique Interdisciplinaire François-Rabelais EA 7496

1. La doctrine constitutionnelle semble préférer adopter une approche prescriptive plutôt qu'une approche descriptive. À cet égard, la connaissance de la signification du droit n'est pas autant mise en avant que la manière de changer ou de transformer le droit positif. Si ce trait est vrai de toute, ou presque, la doctrine juridique, il revêt un élément spécifique lorsqu'il s'agit de la doctrine constitutionnelle. En effet, le droit constitutionnel est le plus exposé aux choix politiques.

2. Si le droit constitutionnel est le droit qui exprime le plus de choix politiques, quelle est la légitimité de la doctrine juridique à proposer des modifications de celui-ci et à faire pression pour le changer ? C'est ce que nous voudrions explorer dans cette présentation. La question peut être posée d'un point de vue purement démocratique, mais aussi de tout autre point de vue qui légitime un régime politique, des régimes autoritaires aux monarchies.

3. Cette présentation repose sur plusieurs constats qu'il nous appartiendra de démontrer. Un premier constat est la tendance générale de la doctrine à prescrire plutôt qu'à décrire, à utiliser une légitimité académique réelle afin d'influencer des choix qui ne sont par nature que politiques. Le second constat réside dans le caractère particulièrement chargé sur le plan politique du droit constitutionnel par rapport aux autres branches du droit. La présentation vise alors à montrer que la doctrine n'est pas légitime, sur le plan scientifique, pour proposer une modification constitutionnelle ou en analyser la pertinence. Le rôle du constitutionnaliste relativement au changement du droit constitutionnel n'est pour autant pas inexistant. En effet, son expertise lui permet d'analyser les conséquences possibles des révisions proposées, notamment par l'analyse de la rédaction des énoncés et de leur sens. Son expertise lui permet

également d'analyser des changements informels et irréguliers de la Constitution. Enfin, le constitutionnaliste peut prendre part à la rédaction constitutionnelle tout en mobilisant son expertise, dans une forme de rétro-ingénierie légistique. Il peut en effet proposer une rédaction spécifique visant à atteindre certains objectifs prédéterminés. Si la détermination de ces objectifs ne relève à l'évidence d'aucune science, l'expertise constitutionnelle peut réellement se déployer dans l'identification des énoncés les plus à même d'être mobilisés par la suite pour le but souhaité.

I. LES CONSTITUTIONNALISTES ONT TENDANCE À ÉVALUER LE DROIT PLUTÔT QU'À RECHERCHER UNE CONNAISSANCE SUR LE DROIT

4. Les constitutionnalistes, la doctrine constitutionnelle, s'attachent davantage à donner un point de vue politique sur le droit qu'à expliquer le sens des dispositions constitutionnelles ou des décisions de justice. Pour le dire plus directement, la doctrine juridique constitutionnelle propose le plus souvent une lecture axiologique du droit plutôt qu'une lecture juridique. La doctrine juridique est ici entendue de manière très étroite, comme les juristes dans la mesure où ils agissent en tant que spécialistes et non en tant que conseillers politiques. Il est évident que les juristes, en tant qu'individus, ont des opinions et peuvent s'engager dans une transformation constitutionnelle. Leur connaissance du droit positif peut même leur donner un avantage. Cependant, c'est dans la mesure où ils parlent au nom de la science que le discours sera ici analysé.

5. Que fait habituellement la doctrine juridique constitutionnelle ? C'est évidemment une question délicate. En France, et probablement en Europe, ainsi qu'en Amérique pour autant que je puisse dire, la doctrine constitutionnelle semble se concentrer sur la recherche des objectifs du droit constitutionnel, et essayer d'évaluer soit ces objectifs, soit la manière de les atteindre. Ce faisant, la doctrine constitutionnelle néglige de se concentrer précisément sur ce que disent les énoncés. Par exemple, la doctrine constitutionnelle n'a pas réussi à déterminer le sens de certaines dispositions, les délaissant, et lorsque des conflits ont surgi, elle a été incapable de donner un aperçu de la manière dont la Constitution aurait dû ou pu être appliquée. La question de savoir si les chercheurs doivent se concentrer uniquement sur la connaissance du droit positif ou s'ils doivent donner une opinion sur le droit positif n'est pas

un débat qui importe ici. C'est quelque chose qui devrait être explicitement discuté et non considéré comme allant de soi, mais cela dépasse le cadre de cette présentation. Cependant, même si l'on admet que les constitutionnalistes peuvent donner un avis sur le droit positif, il faut aussi admettre que cet avis doit venir *après* un exposé relativement complet et substantiel de ce qu'*est* le droit positif.

II. LE DROIT CONSTITUTIONNEL EST AU CŒUR DES CHOIX POLITIQUES

6. Le droit constitutionnel est l'un des domaines juridiques où les choix politiques sont les plus importants. Toute norme juridique résulte évidemment d'un choix politique, même celles qui concernent des éléments très techniques. Le type de régime politique représente autant un choix politique que le délai de reconnaissance d'un enfant. Cependant, le droit constitutionnel diffère en ce qu'il définit la forme politique d'un État. C'est le droit constitutionnel, les normes constitutionnelles, qui déterminent comment les lois générales sont faites, comment les pouvoirs exécutif et législatif sont limités et contrôlés par les juges, ou quels sont les droits fondamentaux des citoyens et comment ils sont appliqués. Le droit civil va déterminer les choix politiques dans l'ordre social. Les droits des personnes homosexuels, par exemple, et le mariage entre personnes du même sexe, sont intrinsèquement politiques. Mais on pourrait soutenir que le droit constitutionnel est toujours complètement politique au sens où on l'entend généralement, là où le droit civil ne le sera que partiellement. Le droit constitutionnel déterminera si les citoyens peuvent voter, comment ils peuvent voter, pour qui ils peuvent voter et comment leurs représentants peuvent être contrôlés, soit directement par le biais des freins et contrepoids, soit indirectement par le biais du contrôle judiciaire et du contrôle constitutionnel. En matière de droit constitutionnel, même lorsqu'il s'agit des aspects plus techniques du contrôle de constitutionnalité des lois, ou du système de vote, chaque petit choix aura, ou du moins pourrait avoir, des conséquences politiques très importantes. L'identité et la légitimité de celui qui façonne une Constitution sont donc primordiales.

III. IL N'Y A PAS DE LÉGITIMITÉ SCIENTIFIQUE EN MATIÈRE DE CHANGEMENT CONSTITUTIONNEL (NI EN MATIÈRE DE DROIT)

A. QU'EST-CE QUE LA LÉGITIMITÉ ?

7. La légitimité est, au mieux, un concept philosophique ou politique. Demander « Qu'est-ce que la légitimité ? » ou « Est-ce que telle ou telle personne a une légitimité pour faire quelque chose ? » sont des questions qui ne posent rien de significatif. Suis-je légitime en ce moment lorsque je parle de la légitimité des juristes ? D'une part, j'ai fait ma thèse de doctorat spécifiquement sur la doctrine juridique constitutionnelle et j'ai été spécifiquement retenu pour intervenir. D'autre part, je suis un universitaire français de 32 ans, sans titularisation et sans formation philosophique, ce qui peut laisser des doutes.

8. La légitimité n'est pas une chose ou un attribut défini. Il s'agit plutôt d'une construction. Un roi a autant de légitimité qu'un président élu ou qu'un chef tribal dirigeant par la violence pure. Ces trois leaders n'ont pas le même type de légitimité. Ils ont néanmoins une légitimité. Il ne faut pas se demander quelle est la légitimité de sa position, mais plutôt quel type de légitimité elle a, le cas échéant. De la sorte, le chercheur n'a pas de légitimité spécifique, parce que tout peut être légitime ou légitimé. Puisque « la légitimité repose sur un ressort psychologique et voit sa force dépendre de sentiments subjectifs¹ », « est légitime ce que les acteurs considèrent comme tel² ». C'est bien d'ailleurs cette reconnaissance sociale qui fonde directement ou indirectement la légitimité pour Weber³.

B. LES CONSTITUTIONNALISTES ONT-ILS UNE LÉGITIMITÉ À CONNAÎTRE LE DROIT ?

9. La légitimité des juristes à exposer des connaissances sur le droit positif est assez évidente. Il s'agit, après tout, de notre domaine d'expertise. Nous sommes donc légitimes à expliquer la manière dont le droit s'applique en général, légitimité que l'on peut aisément qualifier de scientifique ou académique. Si cela peut paraître évident, et assez simpliste, il ne faut pas pour autant négliger la difficulté de connaître l'état du droit positif. Les choses ne

1 A. Viala, « La légitimité et ses rapports au droit », *Les Cahiers Portalis*, 2020, vol. 7, n° 1, 2020, p. 27.

2 S. Bellina, « Légitimité », N. Kada (éd.), *Dictionnaire d'administration publique*. Presses universitaires de Grenoble, 2014, p. 297.

3 M. Weber, « Les trois types purs de la domination légitime (Traduction d'Elisabeth Kauffmann) », *Sociologie*, 2014 [1922], vol. 5, n° 3, pp. 291-302.

sont jamais simples en matière de droit en général, ni de droit constitutionnel en particulier, même si l'on admet une approche « réaliste » dans laquelle « all the law is judge made law⁴ ». En effet, il existe au moins certains cas où la loi n'est pas facile à appliquer. Hart et Dworkin ont pu théoriser la différence entre les « cas difficiles » et les « cas faciles »⁵. Une telle vision est trop réductrice car même les cas dits faciles peuvent conduire à des développements inattendus. En effet, comme l'a montré Kelsen⁶, chaque fois que le droit est effectivement appliqué, individualisé, un choix est fait, même si ce choix peut sembler intuitif et est implicite.

10. Du point de vue de la doctrine juridique constitutionnelle, cela signifie que donner une opinion sur ce qu'est le droit constitutionnel à un moment *t* ne revient pas à lire une disposition ou une décision. Dans une situation donnée, il n'y a jamais qu'une seule réponse correcte, même s'il y a toujours quelques réponses incorrectes. La légitimité doctrinale est alors toujours limitée à la connaissance de ce qu'est ou était le droit constitutionnel. Il n'y a rien de tel que la connaissance de la façon dont le droit *devrait* être, ou *doit* être. Cela ne signifie pas non plus que les constitutionnalistes sont légitimes lorsqu'ils affirment que la Constitution n'a qu'un seul sens. En effet, dans de tels cas, les spécialistes donnent le plus souvent leur avis non pas sur ce qu'est la Constitution, mais sur la manière dont ils souhaiteraient qu'elle soit appliquée, sans admettre de sens différents. On trouve plusieurs exemples lors des controverses constitutionnelles, que l'on pense à celle relative à la signature des ordonnances de l'article 38⁷ ou à celle de l'existence d'un principe fondamental reconnu

4 J. Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*. 2^e éd., Gloucester Mass. Peter Smith, 1972 [1921], p. 125.

5 Hart parle initialement de « penumbral cases », H. L. A. Hart, « Positivism and the separation of Law and Morals », *Harvard Law Review*, 1958, vol. 71, n° 4, pp. 593-629, spéc. p. 612, puis dans *The Concept of Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 1994, 315 pages. Dworkin parle directement des « cas difficiles », ou « hard cases », mais en tout état de cause l'expression même « hard cases » apparaît traditionnelle dans la culture juridique anglo-saxonne. R. Dworkin, « Hard cases », *Taking rights seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 81-130.

6 Notamment H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, pp. 318 et s. Cela ressort pour autant de la théorie pure de manière générale.

7 Voir par ordre alphabétique, O. Duhamel, « Ordonnances, signer ou ne pas signer ? », *Le Monde*, 12 avril 1986, M. Duverger, « Le président de la République n'est pas obligé de signer les ordonnances », *Le Monde*, 22 mars 1986, Y. Gaudemet, « Le président de la République est tenu de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986, J. Larché, « Le président de la République est tenu de signer les ordonnances », *Le Monde*, 29 mars 1986, J. Robert, « M. Mitterand peut refuser de signer », *Le Monde*, 18 avril 1986. La controverse ne fut cependant pas entièrement dans la presse et s'invita dans les revues juridiques dans un second temps. V. par ex. P. Auvret, « La faculté d'empêcher du président de la République », *RDP*, 1986, pp. 141-168, G. Bacot, « La signature des ordonnances », *RA*, 1986, pp. 453-454 ou encore B. Mathieu, « Les rôles respectifs du Parlement, du président de la République et du Conseil constitutionnel dans l'édition des ordonnances de l'article 38 », *RFDA*, 1987, p. 700-722. Pour une analyse de la controverse, M. Troper, « La

par les lois de la République interdisant au législateur d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe⁸.

C. LES CONSTITUTIONNALISTES ONT-ILS UNE LÉGITIMITÉ POUR CHANGER LA CONSTITUTION ?

11. Les spécialistes du droit constitutionnel ont une légitimité lorsqu'ils exposent ce qu'est le droit constitutionnel. Cependant, pourquoi cette légitimité devrait-elle se traduire par

signature des ordonnances, fonctions d'une controverse », *Pouvoirs*, 1987, n° 41, pp. 75-91 et A.-M. Le Pourhiet, « Ordonnances : signature et nature », *Revue de l'actualité juridique française* [en ligne], 24 octobre 2000, disponible sur <<http://www.rajf.org/spip.php?article13>>.

- 8 Voir notamment par ordre alphabétique X. Bioy, « La loi et la bioéthique », *RFDA*, 2013, pp. 970-978, Fr.-X. Bréchet, « La constitutionnalité du “mariage pour tous” en question », *JCP G*, 2012, chron. n° 1388, pp. 2326-2331, L. Candide, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 octobre 2012, n° 277-278, p. 7, V Champeil-Desplats, « Les grandes lois de la République », *La revue des droits de l'homme* [en ligne], 2013, n° 3, 1^{er} juin 2013, disponible sur <<http://revdh.revues.org/86>>, consulté le 04/02/2020, Fr. Chénéde, « Le constitutionalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA*, 20 février 2013, n° 37, pp. 6-9, *idem*, « Un autre regard sur la décision du Conseil constitutionnel relative au “mariage pour tous” », *Constitutions*, 2014, pp. 555-562, P. Delvolvé, « Constitution et société », *RFDA*, 2013, pp. 923-926, J.-B. d'Onorio, « La pythie de la République : libres propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 relative à “l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe” », *RRJ*, 2013, pp. 651-660, G. Drago, « La loi et l'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, pp. 936-944, *idem*, « Mariage entre personnes de même sexe : problématiques de constitutionnalité », *LPA*, 11 février 2013, n° 30, pp. 4-12, X. Dupré de Boulois, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], 2012, n° 23, disponible sur <<http://www.revuedlf.com/personnes-famille/le-mariage-homosexuel-la-constitution-et-lagregée-des-facultés-de-droit-billet-dhumeur/>>, P. Jan, « Le mariage pour tous est bien conforme à la Constitution », *slate.fr* [en ligne], 30 novembre 2012, disponible sur <<http://www.slate.fr/tribune/65509/mariage-pour-tous-conforme-constitution>>, H. Jozefowicz, « Requiem pour une altérité défunte ? Quand le Conseil constitutionnel tranche la controverse du “mariage pour tous” », *Politeia*, 2013, n° 24, pp. 35-46, J.-M. Larralde, « Le mariage pour tous est conforme à la Constitution ! (Quelques considérations d'un publiciste sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013) », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, pp. 5-12, A.-M. Le Pourhiet, « Le mariage de Mamère et la “Constitution de mon père” (1) », *Constitutions*, 2013, pp. 166-170, *idem*, « Le mariage de Mamère et la “Constitution de mon père” (2) », *Constitutions*, 2013, pp. 381-394, *idem*, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], 2013, chronique n° 5, disponible sur <<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/un-pfrrl-contre-le-mariage-gay-reponse-a-alexandre-viala-droit-de-reponse/>>, *idem*, A. Mirkovic, *Mariage des personnes de même sexe. La controverse juridique*, Tequi, 2013, 64 pages, P. Murat, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *NCCC*, 2013, n° 39, pp. 19-41, A. Roblot-Troizier, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, pp. 945-951, F. Rome, « Yes, they can ! », *D.*, 2012, p. 1257, D. Rousseau, « Le “mariage pour tous” relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2012, n° 348, pp. 5-7, J. Roux, « Le “mariage pour tous” et la Constitution : la méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], 2013, chronique n° 6, disponible sur <<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/le-mariage-pour-tous-et-la-constitution-la-méthode-et-le-fond-reponse-a-alexandre-viala-article/>>, Chr. Tukov, « Un recours attendu qui ne s'est pas fait attendre », *JCP G*, 2013, chron. n° 523, pp. 914-915, A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? : quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des droits et libertés fondamentaux* [en ligne], 2013, chronique n° 4, disponible sur <<http://www.revuedlf.com/droit-constitutionnel/mariage-gay-article/>>. Pour une analyse de la controverse, L. Sponchiado, « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *RFDC*, 2013, p. 951-974. Voir également, en précurseur à la controverse, F. Rome, « Yes, they can ! », *D.*, 17 mai

une légitimité à proposer des changements constitutionnels ? On pourrait arguer qu'ils connaissent le mieux le droit, ce qui est vrai. Cependant, le fait de savoir comment *est* la Constitution ne donne aucun avantage pour savoir comment elle *devrait* être. Par conséquent, les constitutionnalistes n'ont pas plus de légitimité que quiconque lorsqu'ils proposent un changement constitutionnel. Ils n'ont, du moins, pas de légitimité scientifique particulière dont ils pourraient se revendiquer.

12. En réponse, on pourrait dire qu'il y a plusieurs changements constitutionnels. Les grands changements fondamentaux, qui concernent réellement l'organisation politique de l'État d'une part, et les changements procéduraux, ou les changements proposés pour combler un vide ou modifier une incohérence d'autre part. Ces changements peuvent sembler techniques et n'ont pour effet que d'améliorer la Constitution. Il s'agit cependant toujours d'une position politique. Peu répandue, cette idée mérite démonstration.

13. En effet, l'idée de « vides » dans la Constitution elle-même est politique. Kelsen l'a parfaitement montré⁹. Dire qu'il y a un vide dans la Constitution est en soi une position politique ; dire que la Constitution doit englober spécifiquement et positivement une situation est, de même, une position politique. Même dans le cas où il est absolument impossible de décider d'une situation selon le droit constitutionnel, toute proposition de changement sera politique¹⁰. De même, il n'y a pas d'inconsistance ou d'incohérence purement technique. La simple idée que le droit doit être cohérent est, en soi, une valeur politique. Que les éventuelles incohérences de la Constitution aient été voulues par ses rédacteurs ou ses penseurs ou qu'elles soient accidentelles, leur changement n'en reste pas moins un choix politique.

14. Si l'on admet que chaque changement est nécessairement politique, alors chaque fois que quelqu'un, constitutionnaliste ou non, propose un changement, il s'agit d'une position politique. Le plus qu'un constitutionnaliste puisse faire en restant dans le domaine de la science, de la connaissance, est de montrer une contradiction entre deux normes constitutionnelles, sans proposer directement un changement *prima facie*. Dans les autres situations, à chaque fois qu'un constitutionnaliste propose quelque chose en supposant que

2012, p. 1257 et la réponse publiée par le même auteur et attribué au pseudonyme L. Sertor « Non, ils ne le peuvent pas ! », *D.*, 31 mai 2012, p. 1321, cette dernière intervention étant la première, semble-t-il, à évoquer l'hypothèse d'un PFRLR en matière de mariage. Il s'agissait là de réactions à la décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011 Mme Corinne C. et autre, dite *Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*.

9 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 329 et s.

10 Sur les lacunes constitutionnelles, voir J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, 802 pages.

cela est dicté par la science juridique constitutionnelle, il dissimule une préférence politique derrière une apparence de discours scientifique.

15. À l'évidence, cette question se pose différemment lorsqu'il est question d'un changement jurisprudentiel. Admettons déjà – pour les besoins de la discussion – qu'une modification jurisprudentielle est une modification sinon de la Constitution, au moins du droit constitutionnel. Deux cas de figure sont envisageables : soit la jurisprudence est permise par le cadre de la Constitution¹¹, soit elle ne l'est pas. Si elle n'est pas permise par le cadre des énoncés, alors la critique doctrinale, si elle est fondée sur une interprétation des énoncés, n'est pas politique mais juridique. Le discours doctrinal est de la forme « le juge a décidé X, alors que les énoncés constitutionnels imposaient Y ou, a *minima*, n'autorisaient pas X ». Ce discours est alors exclu de cette étude puisqu'il est un discours de pure science du droit, en tant qu'il se fonde uniquement sur une analyse normative¹². À l'inverse, dès lors qu'on admet que la jurisprudence nouvelle se trouve dans le cadre de ce qui est permis par le texte constitutionnel, alors toute critique est nécessairement politique. Si le juge a rendu une décision conforme, une décision qu'il pouvait rendre, alors toute critique est de l'ordre de l'opportunité, et est en dernière analyse politique. Ces réflexions générales peuvent alors s'y appliquer.

16. La question peut encore se poser différemment pour le constitutionnaliste siégeant dans une commission de révision de la Constitution. Comme le note d'ailleurs X. Magnon, un juriste siégeant dans une commission de réforme ne peut conserver son rôle scientifique qu'en gardant une indépendance, et en exposant tous les possibles constitutionnels¹³. C'est une position que l'on peut considérer comme charitable. En effet, il n'est pas certain que cela suffise à la production d'un discours scientifique. Sauf à passer par un énoncé du type anankastique (voir *infra* VI), le constitutionnaliste siégeant dans une telle commission ne fera

11 Ce qui implique d'admettre l'existence de ce cadre, ainsi que son caractère connaissable.

12 Il faut préciser que si l'irrégularité persiste, elle peut constituer une révolution juridique. Dans un tel cas, le juriste est confronté au « paradoxe gnoseo-poïétique » : s'il admet la révolution juridique, explicitement ou implicitement, par son travail même d'élucidation du droit positif il contribuera à changer le droit positif ou au moins à contribuer à son changement. Voir O. Pfersmann, « The only constitution and its many enemies », in A. Sajó, R. Uitz, (éditeurs), *Constitutional Topography: Values and Constitution*, Utrecht : Eleven International Publishing, 2000, p. 45-68, *idem*, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 2, pp. 483-528, spéc. p. 497 et s. et *idem*, « Révolutions constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles », in Cl. Klein, P. Charlot (dir.), *Émergences de nouveaux modèles de démocratie constitutionnelle : Afrique, Proche-Orient*, 2019, Mare & Martin, pp. 29-51.

13 X. Magnon, « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC*, 2008, n° 5, Hors-série n° 2, pp. 39-47.

pas œuvre scientifique. Ses connaissances lui serviront indéniablement lorsqu'il s'agira de proposer des rédactions particulières, ou d'argumenter une position particulière, notamment au regard de l'histoire, de la pratique ou du droit comparé. Pour autant, son discours ne *sera pas* celui d'un scientifique du droit.

IV. LES CONSTITUTIONNALISTES NE PARVIENNENT PAS À PRÉDIRE CORRECTEMENT COMMENT LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES SONT ET SERONT UTILISÉES

17. Le fait même que les constitutionnalistes connaissent le droit constitutionnel, et l'implication des changements constitutionnels, pourrait en soi être contesté. L'histoire constitutionnelle est pleine de dispositions constitutionnelles censées faire quelque chose et qui ont fini par faire tout autre chose.

18. On trouve de tels exemples dans l'histoire constitutionnelle française. Je me limiterai aux plus évidents ou aux plus récents. Lors de son introduction en 1958, le Conseil constitutionnel français n'était pas une cour constitutionnelle en soi. Son objet était étroit, notamment parce que la Constitution ne comportait pas de droits fondamentaux, sauf par son préambule, dont le statut de droit positif était ambigu. Tant les rédacteurs de la Constitution que les spécialistes n'avaient pas vraiment prévu que le Conseil deviendrait ce qu'il est aujourd'hui. La question du statut du préambule a notamment été légèrement discutée, mais sans véritable suite¹⁴. La doctrine n'a pas su prévoir spécifiquement l'issue de ces dispositions et leur utilisation centrale dans le droit constitutionnel.

19. L'exemple déjà évoqué de la controverse relative à la signature des ordonnances de l'article 38 est également éclairant. Voilà une disposition en vigueur depuis 1958, dont personne ne s'est interrogé sur le sens précis, ou, du moins, l'*ensemble* de ces sens, avant que la question ne se retrouve dans l'actualité.

20. Plus récemment, le Parlement a tenté d'introduire dans la Constitution des normes spécifiques concernant la protection de l'environnement. Quatre rédactions différentes ont

¹⁴ Le Conseil d'État utilisait déjà le préambule de la Constitution de 1946. Concernant celui de la Constitution de 1958, la question a notamment été soulevée en note, sans pour autant que la doctrine ne s'en empare. Voir G. Berliá, « Chronique constitutionnelle française », *RDV*, 1958, p. 931, note 2. V. aussi J. Georgel, « Aspects du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDV*, 1960, p. 93-94. Dans les deux cas, si la question a été soulevée, les conséquences d'une mobilisation du préambule de la Constitution de 1958 ainsi que la constitutionnalité du procédé n'ont pas été étudiées en profondeur.

été proposées, les deux chambres du Parlement ne parvenant pas à se mettre d'accord sur l'une d'entre elles. Ce qui est intéressant ici, c'est que les quatre rédactions étaient extrêmement proches. L'Assemblée nationale souhaitait, à la suite du Gouvernement, que la disposition utilise le verbe « garantir », pour indiquer que la République « garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique ». Le Sénat, quant à lui, proposait « préserve » ou « agit », et souhaitait également limiter spécifiquement le champ de la révision à ce que prévoyait la Charte de 2004¹⁵. L'argument était que la formulation proposée par le Gouvernement et l'Assemblée nationale était trop restrictive pour le Parlement. Le Sénat ne voulait pas se lier à ce point lors de l'adoption de la loi, estimant que son action serait trop limitée par cette disposition. Il s'agissait toutefois d'un simple raisonnement des sénateurs. Aucun constitutionnaliste n'a suggéré avec certitude une différence absolue de sens entre les formulations. La doctrine est restée silencieuse.

21. Il faut reconnaître que concernant les débats relatifs à l'IVG, la doctrine semble avoir produit une analyse plus fournie des dispositions normatives proposées, sans pour autant nécessairement que l'analyse des différences précises entre les différentes rédactions proposées¹⁶. Si ces rédactions sont analysées, elles ne le sont pour autant pas nécessairement entièrement ni sous tous les angles, mais cela semble être la manière usuelle de l'expression doctrinale.

22. On peut donc se demander si les constitutionnalistes sont même les plus qualifiés... pour envisager comment les dispositions seront effectivement utilisées !

15 Dans leur ordre d'adoption des quatre lectures, les dispositions disaient respectivement : « Elle garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique » ; « Elle préserve l'environnement ainsi que la diversité biologique et agit contre le dérèglement climatique, dans les conditions prévues par la Charte de l'environnement de 2004 » ; « Elle garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et agit contre le dérèglement climatique » et enfin « Il agit pour la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et contre le dérèglement climatique, dans les conditions prévues par la Charte de l'environnement de 2004 ».

16 S. Hennette-Vauchez, D. Roman, S. Slama, « Pourquoi et comment constitutionnaliser le droit à l'avortement », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 juillet 2022, <<http://journals.openedition.org/revdh/14979>> ; L. Marguet, « La constitutionnalisation du droit à l'IVG », *Le Blog Juspoliticum* [en ligne], 5 décembre 2022, <<https://blog.juspoliticum.com/2022/12/05/la-constitutionnalisation-du-droit-a-livg-par-laurie-marguet/>> ; N. Bajos, C. Froidevaux-Metterie, S. Hennette-Vauchez, « Le droit à l'IVG dans la Constitution, une “arnaque à la liberté” », *Le Monde*, 15 février 2022, p. 27 ; O. Beaud, « Pour une interprétation raisonnable de la disposition votée par le Sénat sur la constitutionnalisation du droit à l'IVG », *Le Blog Juspoliticum* [en ligne], 18 février 2023, <<https://blog.juspoliticum.com/2023/02/18/pour-une-interpretation-raisonnable-de-la-disposition-votee-par-le-senat-sur-la-constitutionnalisation-du-droit-a-livg-par-olivier-beaud/>>.

V. L'ENJEU POLITIQUE DU LOBBYING POUR CHANGER LA CONSTITUTION

23. Lorsqu'il s'agit de proposer des changements dans le droit constitutionnel, il existe une tendance au libéralisme politique, tendance qui est même encouragée par la plupart, ou du moins certaines, organisations de constitutionnalistes. L'idée est que le rôle des constitutionnalistes est de faire pression pour plus de démocratie, ou plus de droits fondamentaux, dans le droit constitutionnel, même en s'opposant à certains des régimes les moins libéraux. Il s'agit bien sûr d'une confusion entre le droit constitutionnel en tant que discipline juridique et le constitutionnalisme en tant que philosophie. Mais la question va plus loin : comment peut-on légitimer une action dans un sens et pas dans l'autre lorsqu'il s'agit de changements constitutionnels ? Cet argument est plutôt limité à une manière spécifique de proposer le changement, de manière plutôt militante. Il n'en reste pas moins valable, puisque nous avons montré que tout changement constitutionnel est de nature politique.

24. En effet, pourquoi faudrait-il encourager le libéralisme et décourager l'illibéralisme d'un point de vue purement constitutionnel, c'est-à-dire d'un point de vue qui étudie le droit ? Pourquoi faudrait-il désapprouver le « constitutionalisme du bien commun¹⁷ » d'Adrian Vermeule et encourager l'idée d'une constitution vivante ? Une fois que l'on admet que les spécialistes du droit constitutionnel doivent prendre part au changement constitutionnel, on ne peut pas seulement demander aux libéraux de prendre de telles positions. Il existe alors une place pour les monarchistes légitimistes ou orléanistes, les soutiens de l'Empire, d'une dictature éclairée ou d'un totalitarisme fasciste. On peut évidemment préférer certains régimes à certains autres, certaines valeurs à certaines autres – et c'est même humainement souhaitable. On peut également défendre tel ou tel régime politique d'un point de vue militant. En revanche, l'expertise juridique n'apporte aucune légitimité particulière au discours.

25. Dans ce cas de lobbying, le travail du juriste constitutionnel n'est plus scientifique, mais relève d'opinions philosophiques, ni vraies ni fausses mais plus ou moins justifiées ou construites. Si nous décidons de nous engager dans cette voie, la doctrine juridique constitutionnelle changera complètement d'orientation, passant de la connaissance du droit positif à l'encadrement du pouvoir étatique. Seuls les tribunaux seront capables de dire ce

17 A. Vermeule, *Common Good Constitutionalism: Recovering the Classical Legal Tradition*, Medford, 2022.

qu'est la loi, sans aucune connaissance juridique préalable, mais avec une construction politique et philosophique des limites qu'ils devraient suivre. Cette vision peut être assez séduisante pour certains ; il faut cependant se rappeler que les constitutionnalistes ne sont ni des philosophes ni des sociologues. Ils n'enseignent ni la philosophie ni la sociologie, et n'écrivent pas dans des revues de philosophie ou de sociologie, mais dans des revues juridiques. La majorité des débats devraient donc porter sur ce qu'est le droit constitutionnel, et non sur ce qu'il devrait être et sur la manière de rédiger la Constitution.

26. Une tribune récente notait, en réponse à une autre tribune¹⁸, que « le juriste n'a pas à dicter au législateur ou au constituant une conviction parée du sceau du savoir pour lui signifier les valeurs qu'il doit traduire dans le droit positif¹⁹ ». L'on ne peut que rejoindre cette conclusion – ce qui est d'autant plus facile que l'auteur codirige le présent atelier. L'enjeu ne doit pour autant pas être négligé. Il est essentiel en ce qu'il sert de fondement tout entier à l'activité des constitutionnalistes. Si l'on peut admettre des prescriptions, il faut aussi admettre qu'elles ne peuvent se draper dans une « science constitutionnelle », et que le juriste qui les avance change de registre discursif. Il faut également souligner que toute critique du droit positif, tout lobbying constitutionnel, repose nécessairement et *en premier lieu* sur une connaissance du droit constitutionnel positif, de telle sorte que même en admettant qu'il relève du rôle de la doctrine que de prescrire, il faut tout autant admettre qu'avant toute *prescription* doit venir une *description*.

VI. L'UNIQUE VOIE SCIENTIFIQUE DE LA PROPOSITION DOCTRINALE : LES ÉNONCÉS ANANKASTIQUES

27. Et si, malgré tout ce qui a été dit, on voulait encore proposer une modification constitutionnelle ? On peut évidemment le faire, puisque les savants sont des citoyens comme les autres. Mais existe-t-il un moyen d'utiliser la connaissance constitutionnelle afin de proposer un changement constitutionnel, sans prendre parti, et sans avoir un discours politique ? La réponse est, en réalité, positive. Il existe un moyen, mis en avant par von Wright dans ses études logiques du droit. Elle provient de l'utilisation de ce qu'il appelle les

18 J.-Ph. Derosier, « La Constitution a besoin d'une "cure de jouvence" », *Le Monde*, 27 janvier 2023, p. 26.

19 A. Viala, « Un débat constitutionnel implique une arène citoyenne et non un toilettage technique » *Le Monde*, 21 février 2023, p. 24

« énoncés anankastiques »²⁰. Derrière ce terme quelque peu barbare se cache quelque chose d'assez simple. Il s'agit de l'idée que les juristes peuvent utiliser des formulations de la forme « si l'on veut X, alors il faut faire Y », X étant l'objectif politique, et Y étant le changement, la disposition ou la décision constitutionnelle, en bref la norme constitutionnelle.

28. En exprimant les propositions de changement de cette manière, le constitutionnaliste ne fait pas de X sa propre opinion politique. Cette opinion peut être celle de la Constitution actuelle, ou une doctrine politique ou philosophique, peu importe. Il n'approuve pas X en tant que tel, mais déclare simplement que si l'on est d'accord avec X, ou si l'on veut atteindre cet objectif spécifique, alors Y est la voie à suivre.

29. Les énoncés anankastiques ont l'avantage de forcer le savant à exprimer l'objectif politique ou philosophique que sa proposition constitutionnelle cherche à atteindre, laissant chacun libre de suivre ou non cet objectif. La science juridique n'est pas dans le changement lui-même, mais dans la manière de l'atteindre si l'on veut suivre une voie spécifique, et nécessairement politique.

30. Dans cette situation, Y représente la manière juridico-constitutionnelle de réaliser X. Il peut s'agir de la rédaction d'une disposition, d'un mécanisme constitutionnel plus général ou même d'une manière pour un tribunal de formuler son raisonnement. Pour que le conditionnel anankastique soit vrai, ou correct, la proposition doit être un moyen d'atteindre l'objectif recherché. Une telle voie peut également être librement discutée. En effet, puisque la proposition vise à remplir un objectif spécifique et expliqué, qui lui n'est ni vrai ni faux, d'autres savants, même ceux qui ne sont pas d'accord avec X, peuvent discuter de la manière de l'atteindre. Plusieurs aspects peuvent être discutés, soit les différentes manières d'atteindre X en proposant de nouvelles dispositions, soit la manière la plus économe de le faire sur le plan rédactionnel, soit la manière qui suscitera le moins d'incertitude lorsqu'il s'agira d'appliquer les nouvelles dispositions.

20 G. H. von Wright, « The Foundation of Norms and Normative Statements », *Philosophical Papers*, Oxford : Blackwell, 1983, p. 73. Pour son emploi dans les écrits francophones contemporains, voir not. O. Pfersmann, « Critique de la théorie des “contraintes juridiques” », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Chr. Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, Bruylant, 2005, spéc. pp. 127 et 137. Le terme a pu être orthographié « anankastique ». Voir G. Kalinowski, « Les thèmes actuels de la logique déontique : esquisse de l'état actuel des recherches dans la logique des normes », *Studia Logica: An International Journal For Symbolic Logic*, 1965, t. 17, pp. 75-113, spéc. p. 92 et *idem*, « Sur le fondement des normes et des énoncés normatifs, à propos des idées de von Wright et de Castañeda », *Theoria: An International Journal for Theory, History and Foundations of Science* (segunda epoca), 1985, Vol. 1, n° 1, pp. 59-85, spéc. p. 60.

31. Ces discussions ne portent cependant pas sur le droit positif. Elles portent sur la manière de comprendre les dispositions futures, potentielles et possibles, et sur la manière de rédiger les dispositions en fonction d'un objectif déterminé. La connaissance du droit positif reste toutefois un aspect très important car c'est généralement en sachant comment les dispositions positives sont utilisées ou peuvent être utilisées que l'on peut en proposer de nouvelles. Il y a cependant encore une très grande différence dans la nature des deux discours, celui sur la connaissance du droit positif et celui sur la proposition de changement. L'un porte sur la connaissance de ce qui est, l'autre sur la connaissance de ce qui pourrait être et de comment le faire *juridiquement* advenir.

CONCLUSION : THE TIMES, THEY ARE-A-CHANGING

32. « The times, they are a-changing », chantait Bob Dylan en 1964. En ce qui concerne le changement constitutionnel, les temps ne changent pas, si l'on considère que la plupart des constitutions sont toujours en train de muter et de se transformer, de manière formelle ou informelle²¹. Cependant, le discours des spécialistes du droit constitutionnel sur le changement constitutionnel *pourrait* changer. *Pourrait*, seulement. Il appartiendra aux spécialistes eux-mêmes de décider s'ils veulent passer d'un discours politique, philosophique, prescriptif, dans lequel ils n'ont aucune légitimité académique particulière parce qu'il n'en existe pas, à un discours scientifique, constitutionnel, dans lequel ils en ont une.

21 M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Institut Universitaire Varenne, 2013, 627 pages.