

RÉFLEXIONS SUR L'EXTENSION DU DOMAINE DU DROIT CONSTITUTIONNEL : VERS UN NOUVEAU DROIT CONSTITUTIONNEL ?

Sebhallah EL RHAZI

Pour analyser les mutations qui ont affecté le droit constitutionnel, depuis sa naissance, il faut remonter loin dans l'histoire. C'est en 1834 que Guizot¹ a créé la chaire du droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris.

Cet enseignement, qui a été confié à un éminent juriste d'origine italienne Pellegrino Rossi visait à renforcer essentiellement le nouveau régime fondé sur la charte de 1830 souvent contesté.

Mais l'apparition de droit constitutionnel et de son enseignement n'a pas manqué de réveiller la crainte et la méfiance car son objet tournait autour de l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics de l'Etat et à leurs rapports réciproques.

D'ailleurs, c'est pour cette raison que la chaire du droit constitutionnel a été supprimée le 8 Décembre 1852 par le second empire.

Toutefois si la chaire de droit constitutionnel a été mise en parenthèse, l'enseignement de la matière n'a pas pour autant complètement disparu de la pratique. Il va connaître un nouveau souffle et un intérêt plus accru sous l'empire de la III République. Au cours de cette période classique et libérale de nombreux hommes politiques² ont écrit des ouvrages concernant le droit constitutionnel réduit le plus souvent en droit parlementaire, en éclairant le fonctionnement des institutions politiques notamment le parlement et en échafaudant les notions fondamentales de la théorie générale du droit constitutionnel telles que la souveraineté nationale, la séparation des pouvoirs, le régime représentatif, l'état fédéral etc.

Mais il va de soi de constater que c'est au cours du XXème siècle que le droit constitutionnel a subi l'évolution la plus prodigieuse, affectant aussi bien sa nature, son champ d'application que sa situation par rapport aux autres branches le droit.

Aussi allons- nous essayer d'analyser les différentes péripéties du droit constitutionnel en portant dans une première partie notre réflexion sur les différents mouvements qui l'ont profondément marqué, et en examinant, dans une seconde partie, l'émergence du nouveau droit constitutionnel et ses retombées aussi bien quant à son objet, que sa nature et son statut.

I- De l'âge métaphysique à l'âge positif

Le droit constitutionnel, depuis son apparition au cours du XIX siècle a connu plusieurs mouvements. Il est passé essentiellement par trois âges successifs³.

A - L'âge des« obsédés textuels »⁴

Le droit constitutionnel qui est né dans la méfiance a été pendant longtemps un droit constitutionnel exégétique qui se limite à décrire de manière formelle les dispositions constitutionnelles en analysant les règles purement juridiques du jeu politique notamment les rapports fonctionnels entre le pouvoir

¹ Homme d'Etat, homme fort du nouveau régime et s'intéressant à « la chose constitutionnelle », il a fait créer cette chaire de droit constitutionnel par une ordonnance du 22 Août 1834.

² Notamment Eugène Pierre qui publie en 1893 son célèbre *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*.

³Nous empruntons cette expression au grand historien, politologue et sociologue maghrébin Ibn Khaldoune dans ses *Prolégomènes*.

⁴ Nous empruntons cette formule à D. Turpin in *Droit constitutionnel*, P.U.F, 1994, p.1.

exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire totalement isolés des phénomènes socio-économiques et des comportements réels des acteurs politiques. En outre, cette approche a été confinée largement à l'étude des seuls gouvernants en passant sous silence toute référence aux autres institutions sociétales.

Très vite, on s'est rendu compte des conséquences néfastes du culte du texte⁵ et de ce monisme juridique qui érige le droit constitutionnel en mythe ou la constitution n'est plus qu'un « temple allégorique habité par des ombres »⁶ et qui ne consiste en fin de compte à ne voir dans le fonctionnement des institutions politiques que la technicité juridique en entraînant souvent des lectures idéalistes, artificielles et déformatrices des pouvoirs publics et une mystification de la réalité politique. Certes, nul ne doute que la méconnaissance des règles juridiques qui régissent le fonctionnement des pouvoirs constitués est dangereuse, et peut déboucher sur une lecture extravagante, mais on ne peut pas non plus comprendre de tels pouvoirs publics qu'à travers le seul et l'unique prisme juridique réducteur, car la vraie vie politique se déroule loin et en marge des règles constitutionnelles, d'où la nécessité de recourir à la science politique. Cette science du gouvernement à laquelle le monde anglo-saxon réserve une place d'honneur apporte sans doute un complément d'observations et de renseignements nécessaire à la compréhension des institutions politiques et leur formation historique et sociale ainsi qu'à leur fonctionnement réel.

B- L'âge des «politistes»

Si le droit constitutionnel classique du premier âge a connu une longue période de léthargie et de déclin, il va se métamorphoser profondément, notamment à la fin de la seconde guerre mondiale, grâce à l'apport précieux de la science politique. Initiée par Maurice Duverger, on parle à cet égard de « la révolution Duverger », cette nouvelle démarche, tout en faisant passer « l'étude de l'Etat et des constitutions de l'âge métaphysique à l'âge positif »⁷, est devenue indispensable pour la compréhension du fonctionnement des institutions politiques qui ne peuvent être désormais appréhendées uniquement du point de vue de droit. L'apport d'autres éclairages notamment l'histoire, les idées politiques, la philosophie, la sociologie en passant par la science politique va impulser une nouvelle dynamique à « la chose constitutionnelle ». Au droit constitutionnel réputé comme étant élitiste, conservateur et un moyen de faire dissimuler la domination de certains groupes sur d'autres et de la faire accepter, va succéder progressivement un droit constitutionnel contestataire, démystificateur et au service des masses.

Cette nouvelle approche qui gagne le terrain des constitutionnalistes en les poussant dans une certaine mesure à perdre leur propre identité au profit des politologues⁸ offre, en effet, plusieurs mérites notamment celui de **démocratiser** l'objet de l'étude de droit constitutionnel en ce sens qu'elle s'intéresse aussi bien aux gouvernants qu'aux gouvernés, aussi bien aux pouvoirs constitués qu'aux pouvoirs non constitués. Elle a le mérite également d'analyser minutieusement les acteurs et les forces politiques aussi bien constitutionnelles et extraconstitutionnelles notamment les partis politiques, les groupes de pression, et les techniques de représentation politique plus particulièrement les modes de scrutin et le découpage électoral ainsi que les processus de prise de décision politique sans oublier le rapport de force ambiant dans une société donnée etc. Ainsi la vie constitutionnelle se trouve mêlée

⁵ M. Miaille dans son *Introduction critique au droit* souligne que « Le culte du texte comme celui de la volonté du législateur donne l'idée que le droit peut être étudié en lui-même, indépendamment de tout contexte social ou économique précis...En réduisant le droit de la 'politique' ou de la 'philosophie', en le réduisant à un discours qui pouvait se suffire à lui-même, les juristes positivistes aboutissent à un résultat... un discours universaliste et rationaliste. », cité par D. Turpin in *Droit constitutionnel, op.cit.*, p.672.

⁶ G.Burdeau in « Une survivance : la notion de constitution », Etudes offertes à A. Mestre, Sirey 1956.

⁷ M. Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Thémis. P.U.F., 18ème éd., 1990.

⁸ A titre d'exemple, le constitutionnaliste G. Burdeau qui va intituler son brillant livre *Traité de science politique*, alors que le contenu relève largement de ce qu'on appelait auparavant « le droit constitutionnel.

intimement à la vie politique à tel point qu'on ne peut pas concevoir l'une sans l'autre. Dans ce contexte, les institutions politiques vont prendre place à côté du droit constitutionnel.

Mais, on s'est rendu compte, après de longues années du renouveau du droit constitutionnel par le biais de la science politique, que cette nouvelle approche, riche soit-elle, n'est pas non plus exempte de tout reproche. En effet, cette démarche de science politique, qui tend à ne s'intéresser qu'à des phénomènes ayant un rapport direct avec les institutions politiques, ne rend compte, en dernière instance, que d'une partie de ce qui constitue le droit constitutionnel contemporain en laissant de côté les systèmes normatifs et les droits et les libertés fondamentaux. De même, elle pourrait induire à la confusion entre ce qui est normateur et relève de la science juridique et ce qui réside dans l'observation des phénomènes politiques, ce qui aboutit, dans les faits, à nier l'existence des aspects juridiques des phénomènes politiques.

C- L'âge des « systémistes »

Devant de telles limites de l'approche de science politique, on passe à l'analyse en termes de **systèmes** et de **régimes pour cerner mieux la question du pouvoir et le fonctionnement réel des institutions politiques**. Ce nouvel éclairage tient compte des conditionnements économiques, sociaux et culturels des systèmes politiques en développant l'analyse de la dynamique politique. Le système politique étant défini comme « ce qui est dans un Etat donné, la résultante du jeu des forces politiques, et principalement des partis, dans un certain cadre institutionnel et juridique, compte tenu des données historiques, idéologique, économique et sociologique propre à cet Etat »⁹, cette nouvelle approche consiste donc à saisir les systèmes politiques dans leur environnement propre, tel que par exemple les systèmes politiques des pays en voie de développement : difficulté d'adaptation à la démocratie, insuffisance du développement politique, l'analphabétisme, la pauvreté, la corruption électorale etc.

Toutefois, cette approche n'échappe pas non plus à la critique. Elle présente le grand inconvénient de prendre des mesures d'analyse trop générales et d'être traversée par des présupposés idéologiques¹⁰, étant donné que le système est « l'ensemble des relations différentes les unes par rapport aux autres ». En outre, elle prend beaucoup de distance vis-à-vis des règles et des mécanismes juridiques et tend à revaloriser certains facteurs qui ont parfois que des retombées factices dans l'analyse de l'ordre constitutionnel ou systémique.

II- Vers un nouveau droit constitutionnel

Cette longue évolution qu'on vient d'analyser en haut ne s'est pas produite dans une lignée de substitution d'une approche par une autre. Elle s'est faite plutôt par superposition de strates constitutionnelles par élargissements successifs de son objet et par la transformation de sa nature.

Le mouvement apparu à la fin de la seconde moitié du XX^{ème} siècle va donner un nouvel élan au droit constitutionnel en revalorisant son statut au sein de la science juridique et de la science politique. Ce mouvement est le résultat d'un faisceau de plusieurs facteurs notamment l'expansion du constitutionnalisme due au phénomène de la décolonisation, le développement de la justice constitutionnelle et la prolifération des conseils et des cours constitutionnels dans le monde, la diffusion de l'idéologie des droits de l'homme au niveau planétaire et l'apparition d'une nouvelle génération des droits et sa constitutionnalisation, la tendance de plus en plus marquée de la primauté des traités internationaux sur le droit, la résurgence de l'Etat de droit et son intégration dans le corpus

⁹ P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Armand Colin, 2003, pp.34-35.

¹⁰ La démarche systémique présentée par le canadien David Easton qui consiste à analyser le système politique en relation avec son environnement en termes d'« inputs » et « outputs » est basée sur un postulat idéologique implicite selon lequel le système fonctionne de manière harmonieuse dans la mesure où il est capable de donner satisfaction toujours aux demandes dont il est l'objet. De même elle est partielle car elle ne rend pas compte de tous les déterminants qui agissent sur le système. Cf. M. Duverger, *Sociologie de la politique*, P.U.F., 1973, pp. 318-327.

constitutionnel, la désacralisation de la loi (le législateur n'est pas faillible, le parlement peut se tromper), la prolifération des textes constitutionnels et leur modernisation, la chute du mur de Berlin et l'écroulement des régimes communistes de l'Europe centrale et orientale¹¹...

Tous ces facteurs saillants vont bouleverser profondément les soubassements et l'armature du droit constitutionnel classique et préluder à l'apparition d'un nouveau droit constitutionnel. Ainsi le droit, un moment mis à l'écart, va revenir spectaculairement en force.

Sans nier les thèses fécondes des « **politistes** » et des « **systemistes** », le droit constitutionnel nouveau est redevenu du droit. Cette profonde mutation ne manquera pas d'avoir des conséquences quant à la nature du droit constitutionnel, à son champ d'application et à sa place et son rang par rapport aux autres branches du droit.

A- La nature du Droit constitutionnel

Dans le nouveau droit constitutionnel, il s'agit bel et bien d'un retour à la source, au texte, au droit mais autrement, non pas tel qu'il a été conçu au premier mouvement du droit constitutionnel comme une simple lecture exégétique, mais cette fois -ci tel qu'il est interprété par un organe extérieur au jeu politique à savoir l'instance de contrôle de constitutionnalité des lois.

Cet organe qui va se greffer au cœur même de l'appareil étatique en tant que régulateur et aiguilleur est doté désormais **d'une légitime technique** supérieure à la légitimité démocratique de la majorité¹². Comme l'a dit clairement en 1908 après le fameux arrêt « Marbury versus Madison » le chef justice américain Hughes : « Nous sommes régis par une constitution mais cette constitution est ce que les juges disent qu'elle est ».

De ce retour en force du texte, qui constitue une véritable revanche historique, découle une autre conséquence non moins importante à savoir que le droit constitutionnel devient de plus en plus jurisprudentiel, d'où l'intérêt accru aux décisions et arrêts des conseils et des cours constitutionnelles, ainsi qu'à l'interprétation et à l'application de ce qu'on appelle communément « Le bloc de constitutionnalité ». Tout en ouvrant de nouveaux horizons, la jurisprudence en matière constitutionnelle va régler du même coup le problème insoluble de la sanction. Ainsi, le droit constitutionnel qui a présenté depuis sa naissance la grande faiblesse d'être considéré comme un ensemble de normes dépourvues de sanction effective va se rattraper avec le développement de la justice constitutionnelle et notamment avec la saisine citoyenne.

B- Le champ d'application du nouveau droit constitutionnel

Les mutations du droit constitutionnel à la fin du XX^e siècle vont bouleverser profondément son objet. Ainsi le champ d'application du nouveau droit constitutionnel s'est incontestablement élargi. En effet, personne ne peut ignorer aujourd'hui l'incontestable « saisine de la politique par le droit »¹³ dans la mesure, ou d'une part, des textes réglementent désormais les phénomènes excédant le droit tels que le financement des partis politiques et des campagnes électorales, les sondages, l'audiovisuel etc...., et d'autre part, le juge constitutionnel intervient directement dans le jeu politique en obligeant les acteurs politiques à formuler leurs interventions et leurs actions en termes juridiques.

Ainsi, les trois objets du droit constitutionnel moderne, comme le constate à juste titre L. Favoreu sont « Les institutions, les normes et les libertés »¹⁴ qui sont étroitement liés et forment un tout. Tout en dépassant la simple description du fonctionnement des institutions étatiques, le nouveau droit constitutionnel englobe aussi bien les sources de droit public que privé, que le droit interne

¹¹ Cf. Louis Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2004, p.22.

¹² D. Turpin, *op. cit.*, p.6.

¹³ L. Favoreu, *op.cit.*, p.314.

¹⁴ Cf. L. Favoreu, « L'apport du Conseil Constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990.

qu'international notamment le problème des relations entre les traités et les lois et la protection des droits de l'homme avec l'insertion du préambule dans la constitution etc. Bref, parallèlement à la juridisation de la vie politique l'objet du droit constitutionnel a connu ces dernières années un élargissement important. Tout en subissant un éclatement qui a donné naissance à un certain nombre de branches liées au droit constitutionnel telles que le droit parlementaire, le droit électoral, le droit du contentieux constitutionnel, les libertés publiques et les droits de l'homme, etc., il y a un mouvement d'unification en cours qui embrasse tout le droit sous la houlette du droit constitutionnel.

C- La place du nouveau droit constitutionnel par rapport aux autres branches du Droit

Force est de constater qu'on assiste de plus en plus à « une constitutionnalisation progressive des diverses branches de droit.¹⁵ Le droit constitutionnel n'est plus uniquement un droit de la constitution, il a tendance non seulement à dominer les autres branches mais il les dépasse largement. Les branches de droit aussi bien public que privé reposent désormais sur des bases constitutionnelles. L'expansionnisme du nouveau droit constitutionnel est accompagné par la montée en puissance d'une jurisprudence intense des cours et des conseils constitutionnels qui touche directement ou indirectement l'ensemble de la sphère juridique. Mais la constitutionnalisation de l'ordre juridique ne signifie pas « impérialisme du droit constitutionnel » mais veut dire que progressivement la constitutionnalité devient une donnée incontournable de l'ordre juridique applicable à l'ensemble de l'ordre juridique et susceptible de l'influencer sur beaucoup de nombre de points¹⁶. Ainsi, « le droit aura une seule constitution, une seule armature ou charpente le soutenant tout entier »¹⁷.

En guise de conclusion, il va de soi de constater que le droit constitutionnel vit son âge d'or avec sa promotion en tant que droit source de tous les autres droits et en tant que rempart protecteur des droits fondamentaux. Il n'est plus considéré désormais comme une petite « superstructure » anodine entre les mains de détenteurs du pouvoir pour faire perdurer leur domination en présentant les pouvoirs de l'Etat de manière juridiquement idyllique dans « les meilleurs mondes possibles ». Toutefois, si l'évolution du droit constitutionnel depuis le XIXème siècle est sans doute riche en apports conceptuels et philosophiques, force est de remarquer que son expansionnisme de plus en plus incontrôlable risque de déboucher inéluctablement sur le « tout constitutionnel » ou « l'hyper constitutionnalisme » qui consiste à remplacer toute règle de droit civil, pénal ou administratif par des normes constitutionnelles et par conséquent sur une forme diffuse du « culte du droit constitutionnel »?

Reflecții asupra extinderii domeniului dreptului constituțional: cătore un nou drept constituțional?

Rezumat

Acest articol încearcă să pună în evidență mutațiile ce au afectat dreptul constituțional, trecând în revistă diversele mișcări care au marcat puternic emergența noului drept constituțional, precum și pașii înapoi, atât în privința obiectului, cât și în privința naturii și statutului său.

În mod cert, renașterea dreptului constituțional își are originile în crearea catedrei de drept constituțional la facultatea de Drept din Paris. Însă apariția dreptului constituțional și începerea predării

¹⁵ L. Favoreu, *Droit constitutionnel, op.cit.*, p.420.

¹⁶ L.Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution », *op. cit*, p.88.

¹⁷ *Ibidem*.

acestei discipline nu puteau să nu suscite teamă și neîncredere, întrucât obiectul ei se concentra asupra funcționării puterilor publice în stat și asupra raporturilor între ele.

Însă evoluția cea mai remarcabilă a dreptului constituțional, care i-a afectat natura, câmpul de aplicabilitate și situația în raport cu alte ramuri ale dreptului public și privat, a avut loc de-a lungul secolului XX.

Astfel, reînnoirea și expansiunea dreptului constituțional au fost însoțite de întărirea unei jurisprudențe intense a jurisdicțiilor constituționale, care inspiră direct sau indirect ansamblul sferei juridice și este susceptibilă a o influența sub numeroase aspecte.

În fine, nu mai este nevoie să adăugăm că din acel moment dreptul constituțional nu a mai reprezentat o „suprastructură” minoră și nesemnificativă prin care deținătorii puterii își consolidează dominația, ci o sursă a tuturor celorlalte drepturi și un zid protector al drepturilor fundamentale.

Reflections on the expansion of the field of Constitutional Law: towards a new Constitutional Law?

Abstract

This article attempts to highlight the changes undergone by Constitutional Law, reviewing the various movements which marked the emergence of the new Constitutional Law, as well as the setbacks, in terms of its subject matter, its nature, and its status.

Certainly, the resurgence of Constitutional Law can be traced back to the creation of the Constitutional Law chair at the Paris Law School. However, the emergence of Constitutional Law and the beginning of its teaching could not avoid causing fear and mistrust, since its subject matter focused on the functioning of the public powers within the state and on the relations between them.

But it was during the 20th century that Constitutional Law underwent its most remarkable evolution, one which affected its nature, its field of applicability and its situation relative to other fields of public and private law.

The renewal and expansion of Constitutional Law were accompanied by the strengthening of an intense jurisprudence of constitutional jurisdictions, which directly or indirectly informs the whole of the legal sphere and is susceptible of influencing the latter, in many respects.

Finally, there is no need to add that from then on Constitutional Law has no longer represented a minor and meaningless „superstructure” by means of which the power holders consolidate their rule, but a source of all other rights and a protective wall for the fundamental rights.