

Céline Roynier

MARIE-CLAIRE PONTHOREAU,
DROIT(S) CONSTITUTIONNEL(S) COMPARÉ(S),
ECONOMICA, COLL. « CORPUS DROIT PUBLIC », PARIS, 2010, 401 P.

Le titre de l'ouvrage de Mme Ponthoreau, professeur de droit public à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV et membre du CERCCLE (Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État) rend bien compte, à lui seul, de la fausse simplicité du problème auquel l'auteur a décidé de se confronter. « Droits constitutionnels comparés », en effet, renvoie au moins à deux problématiques : quelle est la signification de l'insertion du terme de « constitutionnels » entre ceux de « droits » et de « comparés » ? Et surtout, quelle est la signification de ce « jeu », entre le pluriel et le singulier ? La question du nombre et du genre mobilise toujours beaucoup les comparatistes puisqu'ils sont sans cesse confrontés à des problèmes de traduction et de transposition d'un sens, ou plutôt d'un ensemble de significations, d'une langue à une autre. Ici, la question du nombre n'est pas uniquement relative à un problème d'acculturation des concepts. Elle engage le fond du propos de l'auteur et l'ambition de son ouvrage : penser une épistémologie du comparatisme en droit constitutionnel¹ à partir du pluralisme juridique. L'adoption de cette démarche en droit constitutionnel permettrait alors de donner une autre place à la doctrine constitutionnelle.

Avec ces objectifs en perspective, l'auteur propose de dépasser l'opposition traditionnelle mais aussi structurante du droit public, entre le positivisme et le jusnaturalisme. Ce dépassement semble être le moyen permettant de penser si ce n'est un droit constitutionnel européen commun, du moins ce que l'auteur appelle de ses vœux, c'est-à-dire un développement plus poussé d'une doctrine constitutionnelle transnationale européenne.

1. Ponthoreau, M.-C., *Droit(s) Constitutionnel(s) comparé(s)*, *op.cit.*, p. 50 (désormais abrégé DCC) : « Pourtant, une réflexion sur les enjeux épistémologiques de la comparaison en droit public devient aujourd'hui particulièrement nécessaire tandis que les constitutionnalistes doivent affronter les défis lancés par l'europanisation et par la globalisation juridique. »

Le chemin qui mène à cet achèvement passe par une « refondamentalisation » du droit constitutionnel (1) et par la restitution d'une expérience intellectuelle (2).

I. Une « refondamentalisation » du droit constitutionnel

« *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* » propose de reformuler des questions concernant l'objet du droit constitutionnel : « la matière constitutionnelle ». L'auteur part, en effet, d'une définition communément admise de cette matière : « [...] on peut proposer une définition minimale : la matière constitutionnelle comporte à la fois des règles écrites ou non relatives à l'organisation des pouvoirs publics, leur fonctionnement, leurs rapports mutuels et, dans certains systèmes juridiques, la détermination et la garantie des droits fondamentaux »². C'est donc dans la manière de poser la question de la définition, et non dans la définition elle-même, que cet ouvrage constitue un très grand apport théorique. Quand Marie-Claire Ponthoreau, par exemple, se pose la question « Qu'est ce que le droit constitutionnel ? », l'auteur entend en réalité se poser la question de l'existence ou non de « questions d'ordre constitutionnel par nature ». Le droit constitutionnel devient alors discours ou ensemble de discours. L'objet d'étude de l'auteur n'est donc pas un ensemble de normes (ou pas seulement) mais l'étude des doctrines nationales elles-mêmes et de la manière dont elles se sont structurées autour d'un certain nombre de notions, comme la souveraineté par exemple. C'est par l'étude de ces discours que l'auteur entend arriver à une « théorie critique du droit constitutionnel ». Cette dernière finirait par former une théorie générale de la comparaison appuyée sur une philosophie des sciences³. Revêtue de cette autorité scientifique, cette théorie générale de la comparaison a pour vocation de remplacer la philosophie du droit, rejetée du côté de l'idéal, dans le couple d'opposition formé par le jusnaturalisme et le positivisme ou « constitutionnalisme monisme ».

Cette théorie critique repose principalement sur une redéfinition radicale de la comparaison en droit : comparer ne consiste plus seulement à déterminer des ressemblances et des différences mais à donner un « sens à une activité de

2. DCC, p. 12 : La matière « constitutionnelle » nous semble faire faire écho à la matière civile et à la matière pénale de l'article 6§1 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

3. L'auteur utilise en effet *La formation de l'esprit scientifique* de G. Bachelard comme référence épistémologique (DCC, p. 203). Cette référence est à mettre en parallèle avec l'importance de la méthode de Jellinek pour le propos de l'auteur : « En ce sens, l'apport méthodologique de Jellinek est essentiel et constitue, en quelque sorte, le chaînon manquant entre l'épistémologie, la théorie du droit, le droit constitutionnel et le comparatisme. » (DCC, p. 208) ; « Bien que positiviste, Jellinek n'hésite pas à définir le droit comme une science de l'esprit. » (DCC, p. 209).

mesure » dans un contexte global. C'est pourquoi l'objectif de cette démarche est de bâtir une argumentation plutôt qu'une interprétation. C'est ainsi qu'une des questions de fond donnant sens, précisément, aux développements de cet ouvrage, nous paraît être la suivante : Comment faut-il penser le lien entre singularité et pluralité afin de parvenir à une identité ? La question est d'autant plus difficile que le droit constitutionnel et la théorie du droit sont marqués par une logique profonde de recherche d'unité (souveraineté, identité) liée à leur contexte d'apparition. Grâce à cette redéfinition radicale de la comparaison, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* dépasse les hypothèses habituelles puisque le droit comparé n'est pas réduit à l'unique objectif de dessiner et d'élaborer des modèles et des classifications⁴.

L'outil principal d'élaboration de cette théorie générale de la comparaison est le comparatisme pluraliste. Les présupposés du pluralisme, courant de pensée juridique déjà ancien⁵ dont l'idée de fond est de découpler le droit et l'État, idée que l'auteur entend ne pas pousser trop loin, fournissent la trame d'une démarche épistémologique pour le droit constitutionnel comparé. Les développements des premières leçons mettent bien en avant la spécificité inhérente au comparatisme en droit public et la nécessité de penser ce découplage droit/État, qui peut être illustrée par l'impossibilité de transposer, en droit constitutionnel, les classifications en familles des cultures juridiques élaborées par les privatistes (V. leçon 2). Il s'agit d'une critique des « Grands systèmes » (système de *common law* et de droit continental) dont tout démontre qu'ils ne font justement pas « système » en droit public.

Ce pluralisme se décline alors sur plusieurs niveaux. Le premier niveau est celui de l'attitude du chercheur puisque le pluralisme implique le perspectivisme, qui permet de repenser le droit et de se « libérer du carcan intellectuel de l'État de manière à être plus vigilant à l'égard des obstacles épistémologiques »⁶. Par « perspectivisme », l'auteur entend la variation des points de vue, variation elle-même comprise comme une dialectique au sein des oppositions sous-tendant le comparatisme (aujourd'hui principalement : convergence des droits/

4. Ici, cet objectif est dépassé ne serait-ce que parce que les modèles et classifications figurent dans le chapitre sur les outils du comparatisme et non dans le chapitre sur les fins du comparatisme (« Pourquoi comparer ? »).

5. V. par exemple : Terré, D., « Le pluralisme et le droit » in *Archives de philosophie du droit*, 2005, n°49, p. 69-83. Le pluralisme est très ancien historiquement puisque certains auteurs voient des traces de sa logique dans les structures politiques médiévales. L'approche pluraliste du droit peut être résumée de la manière suivante : « A l'encontre de la vision unitaire du droit, le pluralisme part du principe qu'il existe au sein d'une société une pluralité d'organisations sociales où se manifestent des phénomènes de droit. » (Moutouh, H., « pluralisme juridique » in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland, S. Rials, PUF « Quadriège », 2003, p. 1158-1162).

6. DCC, p. 202.

analyse différentielle). Le second niveau correspond à celui de l'approche de la matière qui doit être interdisciplinaire : il convient de varier les approches des problématiques juridiques. Cette version du pluralisme constitutionnel a pour axe central la question de l'ancrage culturel du droit constitutionnel puisque ce pluralisme consiste à envisager le droit à travers le prisme de différentes disciplines, essentiellement l'histoire et la sociologie, mais aussi l'anthropologie – principalement pour la question centrale des droits et libertés – dont le comparatisme se rapproche alors beaucoup parce qu'il se concentrerait principalement sur une étude des cadres intellectuels de la doctrine juridique.

Le comparatisme pluraliste permet de dégager de grandes catégories synthétiques d'étude du droit constitutionnel (« catégories fondamentales ») et de les croiser avec les paradigmes culturels dont permet de rendre compte l'interdisciplinarité. C'est en conséquence l'esprit critique inhérent au pluralisme que Mme Ponthoreau paraît vouloir insuffler au comparatisme en droit constitutionnel. La démarche correspondant à cet esprit revient à dégager ce qui, en droit constitutionnel, a été structurant pour la pensée du droit constitutionnel. Cette étude, non exclusivement historique, permet de révéler ce que l'auteur appelle les éléments « invisibles » qui déterminent en partie, le droit. Ce glissement de focalisation, de la question de la définition à celle de la pensée de la définition, permet effectivement et logiquement de pousser le comparatisme en droit constitutionnel au-delà de l'étude classique des « systèmes de gouvernement ».

Le fruit de cette lecture complexe aboutit à une étude de trois notions de synthèse : l'État, la constitution et les droits et libertés. L'auteur formule une problématique propre à chaque catégorie à partir de la manière dont elle s'est structurée et se structure : la constitution est analysée à partir de ses différentes fonctions (Fonction d'adhésion, symbolique, normative et intégrative) et la question de l'identité et de l'identification, qui est le prisme à travers lequel l'auteur aborde l'État, est déjà perceptible dans cette partie. La souveraineté dans la leçon consacrée à l'État est envisagée de manière historique puisqu'il s'agit d'une synthèse, au sein de la doctrine européenne, des modes selon lesquels la notion a structuré le droit constitutionnel. La leçon consacrée aux droits et libertés a pour objectif de mettre en avant un rapport spécifique entre les différentes institutions au sein des États eux-mêmes, principalement un rapport de dialogue entre le juge et le législateur variant selon les cultures constitutionnelles, ainsi que de souligner l'ancrage national des droits et libertés.

En prenant comme paradigme le droit de l'Union Européenne en droit constitutionnel, Mme Ponthoreau parvient effectivement à restituer un véritable sens à l'activité de mesure du comparatiste : Le comparatisme pluraliste permet de penser les identités constitutionnelles. L'auteur a l'ambition de dépasser la tentative de construire un droit commun constitutionnel en renversant l'objectif du comparatisme : plutôt que de partir d'un objectif prédéterminé

(chercher le commun ou mettre l'accent sur des différences) et de la certitude que des identités nationales préexistent et sont saisissables objectivement, l'auteur propose de partir de l'acceptation d'une certaine subjectivité et d'une certaine relativité, et donc de l'acceptation d'une incertitude (subjectivation des questions constitutionnelles) pour parvenir à penser une identité constitutionnelle et une pensée constitutionnelle en devenir. Cette démarche scientifique est doublée d'une démarche intérieure et personnelle pour le comparatiste : Plus l'auteur, en effet, remonte dans les présupposés et l'analyse de sa propre démarche et plus elle parvient à livrer des propos fondamentaux.

II. La formalisation d'une expérience intellectuelle

Il n'est pas du tout évident de classer cet ouvrage dans une catégorie de littérature juridique. C'est bien une vérité que *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* cherche à faire jaillir, mais peut-être pas au premier chef, une vérité en droit constitutionnel. Il est tout à fait perceptible, et c'est très plaisant, que Mme Ponthoreau livre au lecteur son expérience approfondie de comparatiste et d'enseignante en droit à l'université. La justesse de la restitution de la démarche du comparatiste en droit constitutionnel est frappante comme par exemple quand l'auteur explique qu'il ne faut pas trop opposer droit comparé et droit étranger mais plutôt les articuler, dans la mesure où pour comparer, il convient au préalable de reconstruire le droit étranger. Les questions, les doutes et les hésitations du comparatiste nous semblent être parfaitement restitués par l'auteur ainsi que cet « esprit d'enquête » inhérent à la recherche comparatiste, qui se distingue alors de la recherche en droit comparé dans la mesure où le comparatisme est déjà, en soi et en droit public, une position épistémologique.

Ainsi, cet ouvrage est aussi le récit d'une expérience de chercheuse en droit constitutionnel étranger. Et il y a finalement assez peu d'ouvrages en droit public français, dans lesquels cette dimension subjective est acceptée et surtout, clairement exprimée. Cette démarche a pour avantage de redonner une direction au droit constitutionnel, en partie au moins, puisqu'en « réancrant » le discours constitutionnel dans une pensée, il est automatiquement « contextualisé ».

La restitution de cette expérience est en conséquence extrêmement instructive non seulement du point de vue de la très grande richesse des références⁷ mais aussi par un souci tangible et constant d'originalité et d'ouverture chez l'auteur dans les exemples puisque les illustrations traitent de beaucoup d'ex-

7. Nous déplorons quelque peu l'absence de bibliographie à la fin de l'ouvrage mais précisons qu'il figure, à la fin de chaque chapitre, une liste de « liens internet utiles » de sources françaises et étrangères.

périences constitutionnelles différentes : Canada, Afrique du Sud, Hongrie, Tchéquie, Israël, Italie, Espagne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Finlande pour ne citer que celles là. Outre l'apport de ces recherches sur des États assez rarement étudiés par les manuels de droit constitutionnel, l'ouvrage de Mme Ponthoreau a le mérite de formuler le fruit d'une réflexion à partir de son expérience. Cette réflexion nous paraît révéler une vague de fond présente depuis quelques années dans une partie de la doctrine constitutionnelle.

L'auteur livre également son expérience d'enseignante à l'université française. C'est précisément sur ce point que le projet de Mme Ponthoreau prend une autre dimension car tout le propos du livre est explicitement sous-tendu par un souhait de voir l'éducation juridique en France quelque peu repensée. Lorsque le lecteur est face au travail de Mme Ponthoreau, il est mis en position de mesurer, surtout à l'occasion des développements de l'auteur sur le bijuridisme canadien et le cursus juridique au Québec, les atouts et les retards de l'enseignement du droit, plus précisément du droit constitutionnel, à l'université française. Les principaux retards qui ressortent de ces développements sont le cloisonnement des matières et le manque de prise de risque dans le cadre européen, de l'université, en matière d'enseignement.

Au-delà de l'expérience vécue de chercheuse en droit étranger, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* est aussi un exemple de pensée typiquement comparatiste. Si la démarche comparatiste devait être caractérisée en droit public, il serait possible de dire qu'il s'agit d'une démarche qui oscille perpétuellement entre une démarche intuitive et la prise en compte d'une certaine discipline. L'enjeu, nous semble-t-il, pour le comparatiste, est finalement de justifier son intuition en la disciplinant. C'est pourquoi il est, précisément, comme l'écrit l'auteur, « discours argumentatif raisonnable ».

Cet aspect de la pensée comparatiste se retrouve dans l'ouvrage de Marie-Claire Ponthoreau. La leçon centrale sur le pluralisme juridique, précisément, en est un exemple. S'il faut regretter quelque chose dans cet exposé, c'est peut-être, particulièrement dans cette leçon, le poids trop grand donné à la discipline de l'intuition, ce qui fait que cette pensée paraît être soumise à un très grand nombre de contraintes. Là se trouve peut-être un des pièges du pluralisme, quand bien même il ne demeurerait qu'épistémologique : le pluralisme juridique est déjà une pensée qui s'est bâtie contre une conception moniste du droit⁸.

Ensuite, l'idée même de pluralisme va quelque part, assez logiquement, avec l'idée de contrainte parce qu'il impose une multiplication des points de vue dont il faut tenir compte et qu'il ne faut pas heurter⁹. Enfin, le pluralisme peut

8. H. Moutouh, « pluralisme juridique » in *op.cit.*

9. Pour un exemple du lien entre l'idée de pluralisme et celle de contraintes : Troper, M., Champeil-

amener à négliger des questions fondamentales, comme celle de l'importance historique de l'État par exemple¹⁰.

La question fondamentale qui nous paraît ici être un peu sacrifiée est celle de la liberté car les droits et les libertés sont essentiellement considérés sous leur angle de « revendications identitaires ». La liberté serait peut-être une catégorie fondamentale qui pourrait aider à l'élaboration de celle des droits et libertés, en plus d'être une question sur laquelle il revient aux constitutionnalistes de s'interroger. Dans cette optique, un arrière-fond de philosophie politique et de philosophie du droit demeure utile.

Ce problème explique peut-être la raison d'être de l'ouverture de la fin de la dernière leçon sur le statut de la loi en France : « Dans une société [La France par rapport au Canada] où le pluralisme des intérêts n'est pas aussi prégnant, la loi peut encore garder des vertus si le parlement est bien le lieu où l'on prend le temps de délibérer et donc de produire du consentement. »¹¹ Le passage du paradigme de la liberté comme autonomie du peuple à celui de la liberté comme prise en compte de l'intérêt de l'individu ne semble pas vouloir s'opérer partout, uniformément. Il y a là une discussion fondamentale de structure et de structuration de la pensée juridique qui va au-delà du thème de la protection concrète des libertés dans un État et de leur ancrage national¹². Et c'est peut-être sur une forme de vigilance que la fin de cet ouvrage invite fondamentalement à méditer.

Voici, parmi bien d'autres, un exemple de questionnement très stimulant que permet la lecture de ce livre qui répond en partie au devoir du droit comparé que L.-J. Constantinesco a formulé il y a presque quarante ans : « [...] le problème fondamental du droit comparé n'est pas seulement de repenser dans le réel les techniques de la méthode comparative, presque toujours objet morcelé de spéculation abstraite. Son premier devoir est donc de sortir la méthode comparative de la politique d'inspiration occasionnelle et empirique pour faire d'elle une méthode rationnelle et scientifique. Cependant après cela il s'agira d'élaborer la Science de droits comparés à l'aide de la méthode comparative.

Desplats V., *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, L.G.D.J., 2005, introduction, p. 3 : « Dans les systèmes juridiques, comme dans le monde social, l'existence de contraintes est avant tout, mais pas exclusivement, liée à l'existence d'une pluralité d'acteurs avec lesquels il est nécessaire de composer. »

10. H. Moutouh, « pluralisme juridique » in *op. cit.* Cette référence est également citée par Mme Ponthoreau.

11. *DCC*, p. 379.

12. *DCC*, p. 230 : « Outre que les questions identitaires ne se laissent pas facilement saisir par le droit des libertés, elles posent en particulier au constitutionnaliste des problèmes de philosophie politique qu'il ne peut négliger : une identité affirmée dans l'histoire a-t-elle plus de légitimité qu'une identité qui émerge dans le social ? »

Ce faire, c'est également faire sortir cette science du cadre d'inspirations personnelles pour la fonder sur des bases rationnelles. [...] En effet, le problème essentiel est de décroiser le monde juridique contemporain pour le mettre à l'heure de l'unité dynamique à laquelle le monde politique et économique vit déjà. »¹³ *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* est indéniablement une avancée vers ce décroissement.

Céline Roynier

Doctorante à l'université Paris II-Panthéon-Assas, ATER en droit public à l'université de Cergy-Pontoise.

13. Constantinesco, L.-J., *Traité de droit comparé*, t. 1, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 37, 38.