Armel Le Divellec

Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón, Peter M. Huber (Hg.) : Handbuch Ius Publicum Europaeum (2 tomes), C.F. Müller, 2007-2008.

C'est un beau cadeau à la communauté scientifique mondiale qu'offrent les initiateurs et les auteurs des deux riches volumes de ce « manuel », en langue allemande, paré du beau titre général de *Ius Publicum Europaeum* comme rappel de ce que le latin est l'un des liens intellectuels du « vieux continent », ainsi qu'en sont convaincus les promoteurs de cette revue (et, espérons-le, d'autres). L'ouvrage aborde trois thèmes distincts, chacun étant traité dans des monographies pour douze pays d'Europe (Allemagne, France, Grèce, Royaume-Uni, Italie, Pays-Bas, Autriche, Pologne, Suède, Suisse, Espagne, Hongrie), réalisées par des auteurs issus du pays lui-même [1]. Chaque série se clôt par une contribution de synthèse transversale mettant en lumière les points communs et différences entre les pays étudiés [2]. On peut se réjouir tout particulièrement que soient abordés des pays sur lesquels la littérature en langue française est, en droit constitutionnel tout au moins, presque inexistante (Pays-Bas, Suède, Hongrie notamment). Notons en passant combien l'on perd, en termes de possibilités de connaissances et de réflexions, en ne s'ouvrant pas à la littérature juridique en langue allemande.

Le premier tome traite des « fondements et traits principaux du droit constitutionnel », le second aborde, en deux séries distinctes, le thème de « l'étaticité ouverte », c'est-à-dire la place que réservent les ordres constitutionnels nationaux au droit international et européen, puis le thème de la science du droit constitutionnel. Cette vaste entreprise comparatiste a vocation à se poursuivre au-delà du droit constitutionnel : d'autres volumes sont annoncés ; les prochains concerneront le droit administratif et sa science. L'ensemble est particulièrement imposant (856 pages pour le premier tome, 970 pages pour le second). Les

[1] Pour la France, respectivement O. Jouanjan, C. Haguenau-Moizard et L. Heuschling, pour l'Allemagne H. Dreier, K.-P. Sommermann et W. Pauly, pour le Royaume-Uni, M. Loughlin, P. Birkinshaw & M. Künnecke et A. Tomkins.

[2] P. C . Villalón pour le droit « positif » (t. 1, § 13), P. M. Huber sur l'étaticité ouverte (t. 2, § 26), A. v. Bogdandy pour la science du droit constitutionnel (t. 2, § 39) auxquels il faut ajouter la contribution de D. Zacharias sur le vocabulaire et les concepts (t. 2, § 40).

éditeurs juridiques allemands n'hésitent pas à publier des ouvrages collectifs de cette dimensions [3]. On pourrait ajouter que les universitaires allemands ont, contrairement à leurs homologues français, des moyens logistiques et financiers dignes de ce nom pour mener à bien des opérations scientifiques aussi amples.

Evidemment nécessaires, des index des noms et des matières viennent faciliter le maniement des ouvrages. Sans préjudice des références, souvent riches, fournies dans les notes de bas de page, chaque entrée est suivie d'une courte bibliographie d'une vingtaine de titres, dont on peut seulement regretter qu'elle ne renvoie qu'à des ouvrages dans la langue du pays : une ou deux références dans l'une des trois principales langues de travail de l'Union européenne (disons : au moins en anglais) eût été tout de même utile.

On sait que le « droit comparé » pose de délicats problèmes de méthodologie [4] : comment dépasser la simple juxtaposition d'études nationales ? Comment éviter les risques de transferts erronés de concepts ou bien d'écraser les spécificités nationales ? Les concepteurs du présent ouvrage ont choisi une méthode qui, appliquée à un grand nombre de pays, n'est pas sans valeur : tout en adoptant le principe des monographies (hors desquelles, lorsque l'on dépasse l'étude de trois pays, la comparaison risque d'être peu lisible), ils ont imposé une sorte de cahier des charges commun une liste de questions, tantôt précises, tantôt larges que chaque auteur devait aborder d'une manière ou d'une autre. Ainsi était assurée une cohérence minimale, sans qu'il s'agisse d'un corsetage étriqué et arbitraire que les particularités de chaque ordre constitutionnel auraient de toute façon rendu non pertinent. Sous réserve de ce qui sera dit plus loin, le projet nous paraît mené de façon plutôt convaincante, spécifiquement pour les premier et troisième thèmes, auxquels on se limitera ici.

Le premier tome est tout entier consacré aux fondements généraux du droit constitutionnel positif des Etats. Sans doute, les esprits chagrin pourraient considérer qu'une présentation en une soixantaine de pages de l'ordre constitutionnel d'un Etat est, par sa généralité même, un

[3] La maison Müller de Heidelberg édite ainsi notamment le monumental « Manuel du droit constitutionnel » (*Handbuch des Staatsrechts*), sous la direction de Josef ISENSEE et Paul KIRCHHOF (9 volumes, depuis 1987), ainsi que le déjà imposant « Manuel des droits fondamentaux en Allemagne et en Europe » (*Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*), sous la direction de Detlef MERTEN et Hans-Jürgen PAPIER (3 volumes parus depuis 2004).

[4] E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n°32, 2000, p. 121-134. P. LEGRAND, *Le droit comparé*, P.U.F., « Que sais-je ? », 3e éd., 2009.

exercice peu fructueux. Telle n'est cependant pas l'impression qui se dégage de la lecture des différentes contributions, souvent denses, de ce premier tome : on apprend en effet beaucoup, même lorsque l'on se pique de connaître un peu tel ou tel ordre constitutionnel étranger et, surtout, chaque auteur ayant librement construit sa contribution, les différents choix retenus font apparaître d'emblée la singularité et l'originalité de chaque système national. Plus fondamentalement : la connaissance précise des institutions et du droit politique des pays étrangers est le préalable à toute analyse comparatiste sérieuse. On a quelque raison de penser que la science française du droit constitutionnel, tout en ayant beaucoup recours à l'argument comparatiste, le fait trop souvent à partir d'informations à la fois trop limitées dans l'espace (on se limite généralement, pour ce qui est de l'Europe, au Royaume-Uni, à l'Allemagne, à l'Italie voire à l'Espagne) mais aussi superficielles. Il n'est pas rare que cela la conduise à de mauvaises interprétations et modélisations (par exemple, sur la justice constitutionnelle à propos de laquelle on a pris un peu rapidement l'exemple autrichien pour « le » modèle européen , mais aussi pour le gouvernement parlementaire ou encore la notion de constitution). La doctrine constitutionnelle française a, nous semble t-il, un besoin urgent à la fois d'étendre véritablement et d'approfondir son regard afin de réexaminer ses concepts, souvent excessivement réducteurs.

Les thèmes proposés aux auteurs pour la présentation des fondements du droit constitutionnel étaient les suivants : 1. le contexte initial de la constitution contemporaine (expérience historique, influences étrangères éventuelles, les grands débats sur la constitution, les moments essentiels de l'œuvre constituante, l'influence des constitutionnalistes) ; 2. l'évolution constitutionnelle (grandes phases de développement formel ou informel, conflits majeurs, acteurs de ce processus, question du caractère rigide ou flexible du texte constitutionnel) ; 3. structure fondamentale et notions structurantes (rapport de la constitution avec le droit ordinaire, conception de la constitution comme ordre fondamental ou cadre général, degré de la juridicisation de la politique ; conception de la démocratie, place réservée aux concepts de souveraineté et d'Etat de droit, place des droits fondamentaux, garantie de ces droits ; organisation des pouvoirs ; articulation des notions fondamentales d'Etat : peuple, nation, république, constitution et citoyens) ; 4. structures génératrices d'identité constitutionnelle.

Evidemment, ces problématisations et, dans une bonne part des contributions, la façon d'y répondre, ne sont pas complètement neutres (comment pourraient-elles d'ailleurs l'être ?) ; on les sent plus ou moins construites à partir d'un regard et d'un schéma de pensée allemands, marqués notamment par l'expérience d'une démocratie à reconstruire entièrement après une expérience totalitaire. Mais, précisément, notre

voisin d'outre-Rhin n'était pas seul dans ce cas, comme on sait. D'abord alimenté au lait du libéralisme britannique et de la démocratie républicaine à la française, le constitutionnalisme de l'espace européen a pris une épaisseur nouvelle du fait justement des apports de l'expérience post-totalitaire après 1945 et spécialement incarnée par les démocraties d'Italie et d'Allemagne de l'Ouest, dont les choix structurants ont inspiré ensuite de nombreux pays (de la Grèce, l'Espagne à la Hongrie et la Pologne). De plus, il y a tout lieu de croire qu'il existe des dénominateurs communs spécifiques à l'ensemble européen : à la fois parce que nombre de problèmes se posent de façon comparable, et aussi parce que la construction des communautés et de l'Union européennes a débouché sur un standard commun dont le modèle allemand (droits fondamentaux et justice constitutionnelle) fournissait la formulation synthétique [5].

Sur le fond, on peut noter que l'exposition des fondements du droit constitutionnel opérée dans ce premier tome conduit à placer la notion de constitution au centre des préoccupations. On peut penser qu'il y a cinquante ans, on eût plutôt privilégié la présentation de l'organisation des pouvoirs. Si on admet cela, on peut considérer que cette évolution est en soi déjà significative. Mais on aboutit à une difficulté : tous les Etats étudiés dans ce *Handbuch* n'ont pas la même approche de la constitution. C'est ainsi que la place réservée à l'histoire, dans l'exposition des fondements du droit constitutionnel national, est très variable selon les pays (et les auteurs). M. Cruz Villalón, dans sa contribution transversale, propose d'y voir deux grandes tendances : l'une « évolutionniste » (la constitution est essentiellement le produit d'un processus historique sans solution majeure de continuité – c'est le cas du Royaume-Uni, mais aussi, en dépit d'une constitution formelle, des Pays-Bas, de la Suède et de la Suisse) et l'autre « créationniste » (la constitution contemporaine résulte d'un moment et d'un acte initial relativement identifiable – généralement après une histoire constitutionnelle marquée par de nettes ruptures).

Le cahier des charges mettait les auteurs sur la voie, ceux-ci l'ont souvent empruntée pour montrer que « la constitution » d'un pays ne se résume pas à un texte (ou un ensemble de textes majeurs). Précisément, les Etats qui connaissent une forte continuité constitutionnelle depuis le début du XIXe siècle tendent à relativiser plus encore que les autres l'idée d'un seul moment fondateur et le texte constitutionnel lui-même. En mentionnant la distinction, trop souvent oubliée par l'opinion courante, entre révision et mutation de la constitution, plusieurs auteurs signalent ainsi la relativité de l'écrit constitutionnel.

---

[5] P. LAUVAUX, « Existe t-il un modèle constitutionnel européen ? », *Droits*, n°14, 1991, p. 49-60.

L'ancien président du Tribunal constitutionnel espagnol insiste comme de juste sur la question de la « normativité » des constitutions, phénomène qui s'est généralisé depuis un demi-siècle et relie toutes les constitutions abordées dans ce volume, la singulière Constitution du Royaume-Uni remplissant ici une « fonction de contraste », montrant - fort heureusement ! - que « les choses peuvent être différentes » (p. 750) [6]. « En Europe, la constitution est du droit mais elle est simultanément un peu plus que du droit » (p. 748). Dans certains Etats, dont la culture est « centrée sur la constitution », comme l'Allemagne avec son « patriotisme constitutionnel », mais également l'Espagne ainsi que, à sa manière, la Suisse (où l'on emploie parfois, un peu curieusement, le terme de « nation constitutionnelle » [*Verfassungsnation*]). A l'opposé, les Pays-Bas et la Suède regardent leur constitution de façon plus sobre, moins émotionnelle. Ce qui permet à M. Villalón de distinguer deux types de « fonctions » reconnues de la constitution : soit d'être un simple « cadre politique » (le terme n'est peut-être pas parfaitement adéquat), et celle qui fait de la constitution le *fondement* de la communauté politique – tel est particulièrement le cas des Etats qui ont connu l'expérience du totalitarisme. On est là dans une distinction typiquement née dans la doctrine allemande entre *Rahmenordnung* et *Grundordnung*, positions défendues respectivement, après 1945, par les disciples de Carl Schmitt et ceux de Rudolf Smend. Mais au-delà de cette distinction, tous les ordres constitutionnels libéraux modernes sont marqués par ce *mystère* qui en fait à la fois quelque chose de statique (l'ordre est relativement stabilisé) et quelque chose de dynamique (il est en perpétuelle évolution). Prendre la mesure de cette sorte de dialectique constitue un défi théorique auquel la science du droit constitutionnel n'a peut-être pas suffisamment prêté attention.

Sur la science du droit constitutionnel, justement, qui fait l'objet de la seconde partie du tome 2, le cahier des charges prévoyait d'évoquer la genèse de la science du droit constitutionnel (contexte, périodisation, liens avec la science du droit administratif) ; l'état actuel de la science (autonomie de la discipline et ses liens avec les autres disciplines juridiques, son institutionnalisation, liens avec le monde des praticiens du droit, ses publications principales), son organisation et les traits dominants de son enseignement ; enfin, l'européanisation de la science du droit constitutionnel. A notre connaissance, cette partie n'a guère d'équivalent dans la littérature européenne et l'on apprend beaucoup à la lecture de chaque contribution.

[6] Encore que... On peut noter que le très important programme de réformes constitutionnelles mené depuis 1997 par la majorité travailliste a emprunté la voie formalisée de la loi écrite, au mépris, du reste, de la tradition britannique elle-même, qui préférait habituellement les mutations informelles.

On parla longtemps très officiellement de « droit politique », notamment en Pologne (avec le traité de « droit politique général » de Kasparek en 1877) ainsi qu'en Espagne (où le cours de *Derecho Político* était à la fois peu juridique et conçu de façon faiblement scientifique ; ce n'est que très tardivement, en l'occurrence à partir de l'adoption de la nouvelle Constitution démocratique libérale, en 1978, que cette matière est remplacée par le *Derecho Constitucional* et que son contenu devient plus strictement juridique (Garcia-Pechan, § 37, n°1ss, p. 748)). A l'inverse, en France, si le terme « droit politique » fut longtemps dominant dans la littérature jusqu'à la fin du XIXe siècle [7], on sait aussi que la chaire de Pellegrino Rossi à la Faculté de droit de Paris, instituée en 1834, était déjà intitulée « Droit constitutionnel » (sans doute pour souligner la légitimité académique d'une matière regardée encore avec méfiance, précisément en raison de son caractère intrinsèquement « politique »), de même que l'enseignement refondé en 1871 (à Paris) puis à partir de 1878 dans toutes les universités. L'Italie adopta elle aussi très tôt cette dénomination (avec les *Lezioni di diritto costituzionale* à Turin à partir de 1856-57), l'Allemagne se singularisant en parlant d'emblée du « droit de l'Etat » (*Staatsrecht*) plutôt que de droit constitutionnel (*Verfassungsrecht*), plus rare, et que les initiateurs du livre ici évoqué ont employé pour se conformer à la tendance dominante.

La fondation du droit constitutionnel comme discipline académique est ramenée à une origine très variable selon les pays. Un trait commun ou plutôt dominant - même si le rythme fut très différencié - est son épanouissement en tant que « science ». A cet égard, nombre de pays (Hongrie, Suède, Pays-Bas, Grèce, Suisse, Autriche) ont été aiguillés par la méthode dite « juridique » découlant du positivisme tel que l'avait formulé le courant inauguré par Gerber et Laband en Allemagne [8]. En s'efforçant d'isoler le droit public des dimensions politiques, historiques et philosophiques, il cherchait à le structurer au moyen de concepts autonomes (Bogdandy, § 39, n°20). S'ils apparaissent comme sensiblement différents, la Grande-Bretagne et la France ont fini eux aussi par trouver leur voie vers une autre forme de « scientificisation » du droit constitutionnel (notamment avec Dicey, côté anglais, à partir d'Esmein côté

[7] Par ex. Joseph-Elzéar ORTOLAN, *Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*, Paris, Fanjat, 1831 ; L.-A. MACAREL, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833 ; V. COMBES DE LESTRADE, *Droit politique contemporain*, Guillaumin, 1900, sans oublier le célèbre *Traité de droit politique, électoral et parlementaire* d'Eugène PIERRE, dont la première édition date de 1893.

[8] Ce « changement de paradigme » de la science allemande du droit public est désormais mieux connu en France grâce aux riches travaux d'Olivier JOUANJAN, notamment : *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F., "Léviathan", 2005, 2e partie.

français). Bogdandy (n°29, p. 818) relève à juste titre que la pérennité, pour l'essentiel, de la « méthode juridique » a entraîné celle de la théorie des sources du droit, si bien que la science moderne du droit constitutionnel (mais cela serait également vrai pour le droit privé) ne s'est pas donné les moyens de formuler de façon adéquate le rôle créateur des juridictions (en particulier les juridictions constitutionnelles). Qui ne voit qu'il s'agit aujourd'hui de l'un des défis majeurs de la science du droit ?

L'auteur de la contribution de synthèse relève (n°56, p. 827) que « si presque personne aujourd'hui ne qualifie le droit constitutionnel de droit politique, il est néanmoins hors de discussion que le droit constitutionnel a en première ligne pour objet l'activité des institutions politiques et par là celle des gouvernés ». C'est dire, poursuit-il, qu'il est inévitable que le droit, du moins dans les démocraties libérales, se retrouve lui-même au cœur des controverses politiques : comme instrument d'exercice du pouvoir pour les forces gouvernantes, comme instrument de résistance pour l'opposition (si l'on en doutait, l'actualité constitutionnelle française en donne nombre d'illustrations). Ceci comporte des implications pour la science du droit constitutionnel, au sein de laquelle il est souvent possible de corréler des prises de position « scientifiques » avec les options politiques (cela semble particulièrement net en ce qui concerne la place du droit communautaire par rapport au droit national, ainsi qu'il ressort de plusieurs contributions du tome 1). Pour autant, cela ne remet pas en question l'autonomie principielle de la discipline par rapport aux forces politiques.

Bogdandy (p. 838) s'interroge, en conclusion, sur la question de savoir si un droit public européen commun, un *ius publicum europaeum*, pourra se développer à l'avenir. Sans doute, ce concept doit être libéré du corset dans lequel Carl Schmitt l'avait placé, celui d'un ordre juridique international[9]. Au contraire, un auteur comme Joachim Hagemeier avait publié, entre 1677 et 1681, un ouvrage intitulé *Iuris Publici Europaei* qui, en neuf fascicules, abordait le droit public de toutes les grandes parties de l'Europe (Russie d'ailleurs incluse). A l'évidence, écrit notre auteur, il existe un espace juridique commun (celui de l'Union européenne, et celui, plus large, dans lequel s'applique la Convention européenne des droits de l'homme). Mais la situation est toute autre en ce qui concerne la science de ce droit. La lecture des deux volumes paraît faire pencher vers le constat d'une hétérogénéité telle qu'une science constitutionnelle commune est inexistante. Peut-être existe t-elle de façon embryonnaire en tant « réseau » de discussion et de réception commun. Bogdandy veut

[9] *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950, trad. fr. P.U.F., « Leviathan », 2001.

d'ailleurs terminer par une note optimiste, soulignant que c'est notamment par la formation des juristes dans le sens d'une meilleure connaissance des ordres juridiques des voisins européens que progressera la capacité à réfléchir et dialoguer de cette science du *ius publicum europaeum* encore embryonnaire. Les deux volumes présentés ici constituent en tout cas une belle contribution à l'enrichissement de ce réseau scientifique.

Armel Le Divellec

Armel Le Divellec est Professeur de droit public à l'Université du Maine (Le Mans). Il est l'auteur notamment de : La responsabilité pénale du Président de la République *(dir. avec C. Guettier), Paris, L'Harmattan, 2003 ;* Le gouvernement parlementaire en Allemagne, *Paris, L.G.D.J., 2004* ; Dictionnaire du droit constitutionnel *(en collaboration avec M. de Villiers), Paris, Sirey, 2007.*