

## PRÉFACE

Pour vanter les mérites d'une thèse, on dit souvent, un peu banalement mais en réalité étonnamment, qu'elle est une « vraie thèse » (alors que toutes les thèses soutenues devraient pouvoir être qualifiées de « vraies thèses » ... !); ou encore, si ses mérites sont vraiment considérables, on fait valoir qu'elle est « remarquable », ou, encore mieux, « excellente ». Quoique déjà très louangeurs, ces derniers adjectifs seraient cependant trop plats s'ils devaient seuls qualifier la thèse de Régis Ponsard, que l'auteur de ces lignes a l'honneur et le bonheur de préfacer après en avoir suivi la genèse, les vicissitudes et la croissance – avec admiration : à ses yeux, cette thèse est en effet exceptionnelle.

I. - Elle l'est en cela, essentiellement, qu'il n'en est soutenu, de cet ordre, de cette inspiration, de cette hauteur ou profondeur de vues, que de très rares fois par décennie.

Elle l'est, d'abord, évidemment, par le fait qu'elle réunit au plus haut point toutes les qualités que l'on apprécie dans une thèse : – qualités formelles en général, rédactionnelles, structurelles ; – et bien entendu, par dessus tout, qualités substantielles qui tiennent à la très riche diversité de ses sources et des disciplines mobilisées, qui pour des exigences de fond ne sont pas seulement juridiques, mais également philosophiques, historiques, sociologiques, politistes, linguistiques..., à la finesse de ses analyses, à la pénétration de ses réflexions, à la novation et la fécondité de ses apports...

Mais ce ne sont pas seulement ces qualités, même éminentes et nombreuses, qui rendent cette thèse exceptionnelle : c'est le fait qu'elle a entrepris et réussi une démarche extrêmement ambitieuse, éminemment précieuse mais curieusement très rare : – rendre la pensée juridique présente à elle-même, en toutes occurrences juridiques : présente à elle-même, c'est-à-dire identifiable, tangible, saisissable et nécessaire à l'identification de ses objets, dont toute l'existence même est conditionnée par cette pensée. Mieux encore : rendre la pensée juridique diaphane à elle-même, c'est-à-dire claire, translucide, aérienne, transparente, réflexive, lumineuse et illuminante, si l'on peut dire..., afin que cette pensée puisse se comprendre elle-même et se déterminer consciemment, au lieu de se contenter, au moindre de ses niveaux, de restituer ses seuls objets habituels, sûre de leur objectivité mais pourtant déjà lasse d'eux-mêmes et commençant à douter de leur propre pertinence puis à fléchir dans ses convictions ; – au lieu de se satisfaire, au meilleur de ses apports, de constituer ses objets, mais sans en prendre conscience vraiment, pensant encore naïvement qu'elle ne fait que les observer sans y mettre la main, comme est portée à le croire une pseudo-science du droit, tout imbuée de sa scientificité mais délibérément aveugle à ce qui constitue la spécificité de son objet, le droit, *lequel n'est pas réductible aux autres objets possibles de la science* : c'est bien l'évidence pour les objets des sciences physiques ou naturelles, mais cela l'est aussi pour ceux des sciences humaines ou sociales, pour la raison simple que les objets de cette science du droit – il vaudrait mieux parler de pensée juridique – ne préexistent pas, historiquement et collectivement, à son entreprise, alors que la science politique, par exemple, n'a pas créé le pouvoir, ni la sociologie la société, ni la science économique la richesse... Car la pensée juridique, elle, crée tous ses objets, qui sont tous des artefacts, en même temps qu'elle élabore ou devrait consciemment élaborer les instruments intellectuels grâce auxquels ses objets peuvent être saisis et construits – la difficulté la plus considérable étant de réussir à identifier de façon critique les mécanismes intellectuels de cette saisie et de cette construction, au lieu d'en chercher le bien-fondé dans ses objets qui n'en sont que le produit et le reflet, tout en masquant complètement le rôle de ces mécanismes intellectuels, eux-mêmes confortés dans leur validité apparente par la seule contemplation de ses produits, alors que ces mécanismes peuvent en dissimuler bien d'autres à notre conscience.

II. - La thèse de Régis Ponsard est donc une pensée de droit sur la pensée du droit en général. À la vérité, il faut ne pas hésiter à inverser le propos : Régis Ponsard nous invite à prendre part à la pensée du droit sur les pensées relatives au droit : la pensée du droit par rapport à laquelle les autres pensées de droit paraissent ponctuelles, inachevées ou biaisées : la vraie pensée du droit, qui se penche sur elle-même, celle qui s'élabore en observant la façon dont elle construit plus ou moins bien ses objets, mais qui sait aussi les mettre à distance, pour interroger et remettre en cause, le cas échéant, la pertinence des processus et des références grâce auxquels ces objets adviennent à la réalité ou peut-être seulement à notre connaissance réflexive ou à notre volonté – car, sans doute possible, le droit ou sa science même sont également intentionnels. Mais comme il est difficile de l'admettre lorsqu'un certain scientisme juridique entend singer en droit ce que seules les autres sciences peuvent faire !

Énoncé dans le langage qui lui est propre, le titre de la thèse est donc : « Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels ». Ce titre aurait pu comporter un autre sous-titre ainsi libellé : « Essai d'épistémologie juridique appliquée à la science du droit en général et en particulier à la science du droit et du contentieux constitutionnel ». Car il s'agit au moins autant d'épistémologie que de droit constitutionnel. Cependant, le titre retenu par l'auteur est meilleur, car il s'agit vraiment de droit constitutionnel, mais un droit constitutionnel dont la science, et donc les objets possibles, intègrent en eux-mêmes les règles de leur propre connaissance, de leur propre élaboration ou apparition et aussi de leur propre critique : qu'on y prenne donc garde pour ne pas être décontenancé : ce n'est pas du droit constitutionnel ordinaire, lequel se contenterait de produire ou reproduire ce que les instruments de son analyse lui dicte de faire, sans que ceux-ci affleurent à la conscience de ses analystes, alors même qu'ils s'en servent innocemment pour conforter le bien-fondé de leurs productions, tandis que ces dernières renforcent la prégnance inconsciente de ses instruments, comme leur portée opératoire, qui œuvre de façon circulaire ou autoréférentielle, mais de manière quelque peu clandestine, voire ectoplasmique.

III. - Le propos et la démarche de l'auteur, tels qu'ils sont exprimés eux aussi par ses propres mots et sa propre méthode, consistent à partir du concept de « catégories juridiques », interrogé dans la plupart des disciplines scientifiques. Mais, au lieu d'en faire le simple guide ou la simple grille grâce auxquels on devrait pouvoir se repérer parmi tous les objets du droit, en vérifiant s'ils correspondent à telle ou telle de ces catégories, ce sont ces dernières qui se voient examinées comme objets mêmes de réflexion et d'analyse juridique. L'auteur propose des pages tout à fait déterminantes notamment sur sa notion de « réflexivité », cette aptitude et cette pratique consistant à s'interroger sur les raisons pour lesquelles on pense ainsi ou autrement, ou pour lesquelles telle norme existe, selon telle configuration et non selon telle autre, qui supposerait un système de référence différent.

Mais, pour bien comprendre la démarche de l'auteur, il ne faut pas s'arrêter à la seule notion de « catégories juridiques » : il faut savoir insérer ces catégories dans un concept plus large et plus complet, celui de « cadre catégoriel d'analyse juridique », même si le vocabulaire choisi, qui n'est pas habituel chez les constitutionnalistes, peut faire obstacle à une compréhension immédiate du propos. Car les catégories se réfèrent elles-mêmes, pour se constituer et opérer, à toute une série de données, qui peuvent être des concepts, des notions, des normes, des standards, des principes, des idées ou des convictions, par rapport auxquelles on pense et qui sont indispensables à toute pensée, même si elle ne s'en rend pas toujours compte, loin de là, et même si ces données peuvent être imparfaites, biaisées, erronées, fantasmagiques ou simplement implicites et présupposées...

Alors la démarche globale de l'auteur va consister, à partir de cette donnée, à entreprendre, dans une première partie, « L'élaboration d'un nouveau cadre catégoriel d'analyse juridique des décisions du Conseil constitutionnel », puis, dans une deuxième partie se donnant un objet plus restreint et plus topique, à se lancer dans « L'élaboration d'un nouveau cadre d'analyse des concepts juridiques en droit et en contentieux constitutionnels ».

C'est précisément cette façon de procéder qui confère à cette thèse tout son intérêt et qui témoigne de son ambition comme de son courage, tout en conduisant à ses remarquables résultats : sortir la pensée juridique de ses ornières, qu'elle a le plus souvent creusées elle-même, sans le réaliser, précisément parce qu'elle ne réfléchit pas assez à ce qu'elle fait, à ce qui la détermine, ou à ce qu'elle implique nécessairement, sachant en outre qu'elle se prive structurellement des moyens d'en sortir dès lors qu'elle ne veut pas observer et encore moins remettre en cause les raisons pour lesquelles ces ornières se sont creusées, alors qu'il faudrait déployer d'intenses efforts pour prendre conscience du rôle de ces cadres catégoriaux d'analyse et plus encore pour en élaborer d'autres, qui remettraient en cause l'identité même des doctrines juridiques établies sur leur base, comme celle de leurs auteurs et partisans.

IV.- Ainsi, toute la première partie va naturellement s'attacher à dégager d'abord « Les moyens d'une analyse critique juridique » (Titre I), pour ensuite retenir certaines « Contributions à l'analyse juridique » (Titre II). Les moyens d'une analyse critique juridique passent, sans surprise désormais, par l'étude de « La fonction d'un cadre catégorial pour l'analyse juridique » ; mais, en conséquence - - et peut-être en surprenant cette fois le lecteur qui n'aurait pas été attentif au fond des explications complètes mais complexes fournies dès l'imposante introduction générale de la thèse – cette analyse critique passe par la remise en cause radicale de cette idée bien répandue dans la plupart des doctrines juridiques, au point qu'elle fait l'objet d'une sorte de « dogme », selon lequel l'accès au droit pourrait se faire directement, sans intermédiation tirée d'autres savoirs, d'autres expériences, d'autres pensées, le droit étant selon ce dogme « autarcique » dans le champ des pratiques sociales comme dans celui des savoirs. Quant aux « contributions à l'analyse juridique », l'auteur en choisit deux d'inspiration similaire, dont les développements sont de nature à renverser fondamentalement bien des idées reçues, celle de « l'identité formelle de la Constitution » et celle de « l'identité juridique du Conseil constitutionnel », dont les possibles variations peuvent changer du tout au tout les conclusions des analyses critiques, mais aussi la consistance des normes positives ou leur existence même, et donc les décisions du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité.

La seconde partie, qui entend donc « élaborer un nouveau cadre d'analyse des concepts juridiques en droit et contentieux constitutionnels » s'attache d'abord à vouloir faire passer de l'hétéronomie à l'autonomie les instruments d'analyse des concepts juridiques (Titre I). Cette entreprise le conduit à apprécier la valeur respective de certains instruments d'analyse des concepts juridiques, comme celle des « standards juridiques », qui sont pour lui inopérants à cet effet, tandis que les « concepts ou notions vagues » au sens où on les comprend dans la littérature juridique anglo-américaine et dans nombre de sciences sociales, constituent au contraire de précieux instruments d'analyse des concepts juridiques. Ce sont là des pages d'une grande luminosité qui constituent les apports parmi les plus marquants de la thèse, avec ceux qui en sont comme la porte d'entrée, consacrés aux thèmes de l'autarcie et à celui de l'illusoire accès direct au droit. Puis, parmi les applications très riches de ce nouveau cadre d'analyse des concepts juridiques en droit et contentieux constitutionnels, Régis Ponsard consacre le dernier titre de sa seconde partie à montrer « l'indétermination partielle de l'adaptabilité des concepts juridiques aux réponses juridiques » apportées à cette indétermination. Et ici encore, l'auteur, parfaitement imprégné de toute la jurisprudence constitutionnelle et du droit constitutionnel positif, montre sa remarquable culture, qui n'est pas seulement juridique et qui n'est pas gratuite, car c'est elle qui lui permet de construire cette notion de cadre catégorial d'analyse juridique ; il témoigne de sa grande agilité intellectuelle, de son sens aigu de la discussion juridique, théorique et pratique, de sa passion de la vérité sur des questions qui sont au cœur des grandes interrogations contemporaines en droit et contentieux constitutionnels, comme l'interprétation des normes qu'il n'oppose pas mais voit nécessairement incluse dans l'acte même consistant à les appliquer.

Mais sa passion de la vérité, n'est ni naïve ni prétentieuse : il en a une trop haute idée pour prétendre l'avoir saisie à lui tout seul et irrévocablement : comme tout véritable scientifique, qui partage cette passion de la vérité, il sait qu'il ne fait que poursuivre cette dernière, et que toute

découverte révèle le plus souvent de nouveaux horizons, comme l'inachèvement de toute proposition, voire sa précarité, situation qui présente néanmoins cette vertu d'interdire de se satisfaire de ce que l'on a trouvé et de clôturer là son savoir ou sa recherche

Pour illustrer la pertinence concrète et pratique de sa thèse, l'auteur retient certaines illustrations plus topiques que d'autres : il choisit de montrer, d'abord, combien la Question prioritaire de constitutionnalité constitue une institution procédurale de nature à changer la substance même du contrôle de constitutionnalité, et la consistance même des normes constitutionnelles, tout en remédiant à la difficulté que les concepts juridiques peuvent avoir de s'adapter. Puis, il prend parti avec force dans un débat de grande pertinence pratique, eu égard à sa portée concrète, relatif à l'autorité de la chose interprétée, dont il se demande s'il s'agit d'un remède à l'indétermination partielle des concepts et énoncés constitutionnels.

V. - On ne peut ici entrer davantage dans la substance de la thèse, qui est si incomparablement riche et féconde ; mais on peut la confronter à d'autres façons de concevoir la science du droit et en particulier du droit et du contentieux constitutionnels.

On pourrait ainsi, comme le font d'aucuns, penser le droit comme une activité de production de normes générales et de décisions juridictionnelles, se ramenant essentiellement à un phénomène de pouvoir et réduisant à de simples opinions les commentaires que cette production peut susciter, comme toutes les appréciations que l'on peut porter sur ces normes et leurs applications – quand le discours ne se borne pas, ce qui est le plus fréquent, à analyser les décisions sans se préoccuper de savoir si elles sont juridiquement fondées au regard de ces normes générales et impersonnelles. Il n'y aurait de droit que celui du discours des jurisléateurs, tout autre discours sur le droit ne serait donc que vaine subjectivité.

On se situe alors au degré zéro de la pensée juridique, celui auquel elle renonce délibérément à elle-même, la dichotomie entre discours en droit et discours sur le droit ayant bien préparé cette éviction de la pensée juridique comme source du droit. Car, dans ces conditions, dont le fort complément alimentaire s'inspire au réalisme juridique, seul le pouvoir aurait ainsi prise sur le droit, lequel n'aurait aucune capacité d'existence autonome, aucune habilitation à gouverner les actes du pouvoir : le droit se verrait alors renvoyé au statut intellectuel et pratique d'un instrument mis au service du pouvoir. Et tout discours sur le droit ne serait que pure jactance, un bavardage inutile et prétentieux aux yeux du pouvoir et de ses serviteurs, quels qu'ils soient. Il n'est malheureusement pas exclu qu'une part importante des sachants en droit se contentent aujourd'hui de cette position négatrice de l'autonomie du droit, liquidatrice en même temps de toute science du droit dès lorsqu'elle serait réduite à une restitution servile de ce que le juge a jugé sans vouloir former aucune réflexion critique sur la décision, non plus que sur les normes mêmes qui seraient invoquées au fondement, au fond inutile, de ces décisions juridictionnelles.

La thèse de Régis Ponsard se situe aux antipodes de cette posture politico-dogmatico juridique.

Si au contraire on approche le droit comme un objet de pensée, ainsi qu'il le fait, il devient alors impératif de soumettre la souveraineté des jurisléateurs – qui n'est alors au mieux, au moins lorsqu'il s'agit du juge, qu'une souveraineté d'appréciation ou de détermination, mais non une souveraineté d'élaboration de la règle – à l'analyse et à la critique rationnelles, lesquelles se fondent elles-mêmes sur la nécessaire pensée de l'objectivité du droit, même s'il demeure imparfait ou vague pour n'être jamais entièrement déterminé.

De même, si l'on fait crédit au constituant puis au juge d'avoir voulu poser quelque vérité juridique, même provisoire ou approximative, il devient nécessaire de tenter avec le juge lui-même de la cerner et de la dévoiler, puis d'analyser et d'évaluer, au regard de cette vérité, les énoncés

normatifs ou juridictionnels, en s'inquiétant de savoir s'ils y sont ou non conformes à ce qui devrait les fonder. Tout pareillement, si l'on prend au sérieux les commentaires que suscitent par ailleurs ces dispositions constitutionnelles ou ces décisions juridictionnelles, c'est-à-dire si l'on veut bien les imputer à une vraie science du droit, pour ce qu'elle est, c'est-à-dire aussi bien ses études que le produit de ses études, qui jouissent de la normativité de ses objets, alors on ne peut plus les abandonner au champ libre des convictions subjectives pour laisser celles-ci dire arbitrairement ce qu'elles veulent : il faut elles aussi les saisir pour les soumettre à leur tour à cette démarche analytique et critique, qui déconstruit et qui juge, pour contribuer à sa manière à cette élaboration du droit.

VI. - Par ailleurs, il faut bien, en effet, toujours faire revenir cette pensée analytique et critique à la « réalité juridique », pour s'assurer qu'elle en tient bien compte fidèlement. Mais la question est alors de savoir si cette « réalité juridique » jouit bien de quelque indépendance par rapport à ceux qui tentent de la consigner, et réciproquement, en cela qu'ils peuvent parfaitement se contenter d'y procéder selon les catégories que ce droit porte et donc prescrit et qu'ils reproduisent sans autre examen, et sans qu'ils s'en rendent toujours compte. Cette attention et cette fidélité au réel sont bien des vertus scientifiques pour chaque juriste pris individuellement, à condition toutefois qu'ils veuillent bien se convaincre, si le droit comme corpus normatif est pour eux un discours rationnel, qu'il doit alors, selon une nécessité ontologique, rester susceptible d'un examen rationnel externe qui n'a pas nécessairement à chercher sa raison dans celle dont son objet se prévaut, peut-être à tort – et c'est bien cela qu'il faut examiner.

Mais, d'une façon collective et transhistorique, on ne saurait dire que le droit est un objet de la pensée parce que et dans la mesure où il est déjà réel, ni soutenir que cette pensée doit, sans autre considération, se caler à tous égards sur cette réalité : en effet, de ce point de vue collectif et transhistorique, ce n'est pas la réalité préalable de l'objet qui permet de le penser et qui seule confère son éventuelle validité à cette pensée : *le droit ne devient réel que parce que et dans la mesure où il est pensé : la réalité même du droit est d'être de la pensée, avant d'être un ensemble de normes.*

Dans ces conditions, on ne saurait trop prétendre que toute pensée analytique et critique relative au droit serait vaine, au motif qu'elle serait insusceptible d'agir à l'encontre de la souveraineté des autorités ni de valoir à l'égard de la subjectivité des auteurs. Tout au contraire, à ne plus penser le droit, on compromet son existence ou sa survie, non pas seulement comme discours sur le droit, mais comme corpus normatif, qui n'existe comme tel que dans la mesure où peut s'affirmer sa rationalité, au moins relative.

Sans doute encore, l'analyse et le jugement critiques peuvent ne pas inspirer directement l'édiction de quelque règle ou décision positives, et ni prendre parti de façon péremptoire sur le point de savoir qui a tort ou qui a raison. Mais au moins la pensée qui les inspire contribue à faire exister le droit, comme ensemble normatif et comme discours sur ces normes. Et c'est le plus grand mérite de Régis Ponsard de s'inscrire en maître comme co-auteur de ce discours.

Certes tout n'est pas simple dans cette thèse qui n'a pas l'heur d'être directement accessible à tous ceux qui « font du droit » ; mais on fera crédit à l'auteur que la complexité n'est pas due à sa pensée ou à son expression, qui sont toujours limpides, mais à l'objet même qu'elles se donnent, lequel, en dépit de toute passion pour la vérité que partagent quelques-uns, les plus valeureux, dont fait partie Régis Ponsard, n'a pas livré tous ses mystères ni levé toute ses opacités. Paul Valéry serait la meilleure caution de l'auteur, lorsqu'il prévient qu'« Il n'y a que ceux qui ne cherchent rien qui ne rencontrent jamais l'obscurité » (*Lettre d'un Ami* relevant des écrits Teste).

Étienne Picard  
Professeur émérite à l'École de droit de la Sorbonne