

POSTFACE

Voici un ouvrage magistral et singulier. Longuement et âprement pensé, il donne un nouveau visage au droit constitutionnel. Porté par une remarquable réflexion théorique, il s'attaque aux grands chantiers du débat français : l'usage des concepts, la continuité constitutionnelle, le rôle des motifs dans les décisions juridictionnelles.

Ce livre a mis bien longtemps à être pensé, écrit, soutenu, publié. Le long périple valait la peine. Les autorités présidant aux destinées de la recherche entendent rendre de tels parcours impossibles et soumettre le travail doctoral aux délais supposés canoniques des laboratoires dits de *sciences dures*. Elles ont tort. Régis Ponsard a été rapide, très rapide et fort brillant dans sa scolarité antérieure à la thèse, il a été lent, réfléchi, tenace, souvent solitaire, fréquemment exposé à des situations difficiles dans l'élaboration du livre que l'on vient de lire. Il a eu raison. L'ouvrage est brillant.

L'auteur de cette recherche ne s'est pas contenté des connaissances et de la documentation auxquelles son parcours antérieur l'amenaient en toute facilité ; il a exploré des continents de disciplines adjacentes, maîtrisé des instruments en apparence lointains de la mission qui lui était assignée, intégré des données considérées comme hétérodoxes dans sa réflexion. Il l'a fait au bénéfice de la discipline juridique. Régis Ponsard s'est exposé aux questionnements de la philosophie, analytique comme classique, de la sociologie, de l'histoire des idées, de la science politique et de bien d'autres domaines. Mais le résultat n'est pas l'habituelle confusion des méthodes et des savoirs qui caractérise tant de thèses doctorales qualifiées administrativement de juridiques, c'est au contraire un resserrement disciplinaire *osé* dans la perspective d'un positivisme analytique qui émerge au fur et à mesure de la mise en place des problématiques, des méthodes, des propositions, des discussions, des conclusions. Au terme de sa quête opiniâtre et d'une longue rédaction, l'auteur a soutenu, au sens propre du terme, sa thèse le 8 décembre 2011 devant un jury composé des professeurs J-C. Colliard, G. Drago, Millard, Picard, Rueda, et de l'auteur de ces lignes. Les échanges firent apparaître en exercice les problèmes que l'étude expose, les prises de positions furent largement déterminées par des *a priori* théoriques inconciliables. On rencontre souvent, c'est la bonne loi du genre, des débats animés par des conceptions divergentes dans les soutenances, il est rare qu'elles soient si radicales et qu'elles prévalent sur tout autre considération, notamment de qualité. Que s'était-il passé ?

La défense du positivisme

Régis Ponsard défend le positivisme juridique. Cette conception est souvent considérée comme ennuyeuse, stérile et descriptive¹, négligeant la « vraie vie » et la « substance » du droit,

¹ La proposition selon laquelle le juriste devrait décrire et non *prescrire* son objet – le droit – est aussi fondatrice pour le positivisme normativiste (cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke Vienne 1960, 2^{ème} édition, p. 69 et *passim*). Elle est mise fondamentalement en cause par les théories suivant les enseignements de Ronald Dworkin pour lequel le juriste doit faire apparaître le droit sous son meilleur jour (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, *passim*). Il est devenu rare de voir, surtout dans la théorie en langue anglaise, la défense de la stricte neutralité descriptive de la science juridique comme dans Andrei Marmor, « Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral », in : *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 4 (2006), pp. 683–704.

Dans le langage juridique français courant « descriptif » veut dire « dépourvu d'intérêt », ne répétant que ce que l'on sait déjà, alors qu'un travail intéressant dépasser cette dimension, sans que l'on sache très bien où et

sinon le contexte politique et moral dont le droit tirerait son authentique intérêt. On peut discuter ces critiques en termes théoriques et les réfuter et c'est ce que fait rigoureusement notre auteur; mais il montre surtout, à travers les problèmes qu'il soulève et les argumentations qu'il déploie que le positivisme rend l'analyse juridique passionnante, que « positivisme » désigne une théorie exigeante et raffinée, qu'elle offre des solutions intéressantes et inattendues et que les arguments contraires s'enferment dans des contradictions inextricables. C'est ce projet d'une contribution constructive à un positivisme normativiste analytique qui commande la construction de l'ouvrage portant sur les *catégories juridiques*. Ce projet présente un volet conceptuel, un volet ontologique et un volet interprétatif.

L'écran des catégories

Les *catégories juridiques* au sens où l'entend notre auteur, sont les instruments conceptuels référant en principe à des structures normatives si et seulement si elles sont correctement formées (en termes de construction d'une référence). Il se pourrait donc bien que la référence ne soit pas correctement construite, mais qu'une ou plusieurs catégories fonctionnent couramment comme si elles répondaient aux exigences respectives. Régis Ponsard aborde ainsi l'épineuse question de l'objectivité de la doctrine et de sa capacité à analyser effectivement le droit en vigueur. Il montre que la doctrine présente – souvent - comme en vigueur un droit qui ne l'est pas ou ce qui ne l'est pas exactement comme elle voudrait qu'il le fût. C'est ce défi fondamental d'une *science* du droit positif que l'auteur poursuit en analysant plusieurs exemples concrets et longuement débattus : la continuité constitutionnelle de la Cinquième République et la question des révisions implicites, le statut des motifs des décisions du Conseil constitutionnel, le concept de « standard », l'usage du vague.

On pourrait alors résumer ainsi le travail de M. Ponsard : La doctrine ne peut pas présenter directement son objet, le droit et ici, plus particulièrement, le droit constitutionnel, à moins de ne faire que des paraphrases et par conséquent de ne justement pas être une doctrine au sens d'une science du droit. Elle opère cette présentation à l'aide de concepts et de théories utilisant ces concepts. Les concepts qualifiant des théories doctrinales ou jurisprudentielles sont par conséquent des concepts de second ordre ou si l'on veut des méta-concepts. Ils seront à leur tour utilisés dans des justifications ou des commentaires de ces justifications et ainsi de suite. Ce sont ces objets que l'on distingue rarement en leur droit propre que M. Ponsard a voulu identifier, qualifier, analyser et qu'il appelle des « catégories ».

C'est la raison pour laquelle M. Ponsard s'est longuement tourné vers Aristote, un auteur que l'on trouve rarement cité à témoin dans un tel contexte. La raison est la suivante.

comment s'y prendre en vue de la dépasser et alors que dépasser la description fait nécessairement entre dans le règne des propositions vides ou dans celui de la prescription. Il est très difficile de faire admettre que la tâche du juriste n'est justement pas normative, mais qu'elle consiste dans l'*analyse* systématique de normes posées.

L'affirmation de la stérilité comme du caractère purement descriptif (au sens de « dépourvu d'intérêt ») du positivisme juridique est aussi fréquente et implicite que sa discussion concrète et approfondie est rare. Elle est généralement introduite dans des discussions plus que dans des travaux formellement élaborés et font précisément pour cette raison apparaître des tendances et croyances profondes, des évidences qu'il n'est pas besoin de justifier. Pour ne donner qu'un exemple d'une telle occasion, voici une intervention du Professeur Denys de Béchillon à propos du réalisme juridique : « Peut-on ne pas être réaliste ? Je crois que oui, après avoir pensé le contraire pendant plus de dix ans. Bien sûr il est parfaitement possible d'opposer le réalisme et l'idéalisme que représente le positivisme juridique « standard », c'est-à-dire *grosso modo*, le « droit des manuels » - pour autant qu'on considère chacun d'eux comme un *credo* sur la « réalité » du droit et de sa science. Mais cela me semble assez stérile. Moins stérile, en revanche, pourrait être l'attitude consistant à considérer ce couple comme désignant deux *postures d'observation* de l'objet juridique. » in : Séverine Brondel, Norbert Foulquier, Luc Heuschling (sld.) *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne Paris 2001, p. 360.

C'est Aristote qui consacre la première partie de son *Organon* aux concepts structurants de l'analyse philosophique : la substance, la qualité etc. Le problème qu'a toujours suscité cet écrit, c'est qu'il n'explique pas sa propre systématisme. On se souvient que Kant reprochait justement à Aristote d'avoir glané ses catégories de manière « rhapsodique »². M. Ponsard rencontre et s'attaque ainsi à une double difficulté : quels sont et comment identifier les concepts doctrinaux que l'on pourrait qualifier de « catégories », comment peut-on les articuler de manière systématique ?

En premier lieu, Régis Ponsard a identifié, parmi les concepts dont la doctrine se sert en vue de résumer des très larges ensembles de données - sans fixer de frontières précises - ceux qui lui permettent de structurer des pans entiers du droit en vigueur et il s'est interrogé sur leur fonction. Notre auteur s'y est essayé en s'attaquant à quelques concepts plus directement stratégiques comme celui de « standard » et bien plus tard à des méta-méta-concepts tel le « vague » qui structure en quelque sorte l'absence de structure lorsqu'il s'agit d'examiner les limites d'un ensemble.

La hiérarchie oubliée : le calcul des défauts

Les concepts ainsi identifiés présentent – et c'est le deuxième élément de la construction de notre auteur - une dimension *ontologique* en tant qu'ils visent des domaines ou des structures du droit en vigueur. A cet endroit, Régis Ponsard fait intervenir, et c'est fort rare dans la recherche juridique française, la théorie du *calcul des défauts*. Introduite par Adolf Merkel, l'un des premiers et sans doute l'un des plus doués des disciples de Kelsen, elle vise à préciser et à rendre opératoire ce qu'on appelle souvent de façon rapide et superficielle la « hiérarchie des normes ».³ Il s'agit en effet de comprendre pourquoi un ordre juridique peut contenir des normes qui sont à la fois valides et non-conformes à celles qui en commandent la production. Bien des auteurs ont beaucoup de mal à l'admettre, même lorsque le droit positif les y oblige. En effet, la Constitution ne fait pas magiquement disparaître les lois inconstitutionnelles puisqu'elle a justement organisé leur procédure de fabrication et leur mise en vigueur. Leur élimination, modification ou suspension suppose l'introduction de procédures spécifiques : la justice constitutionnelle. Mais par ailleurs, la justice constitutionnelle n'est que celle que chaque système qui la prévoit éventuellement configure explicitement. Le calcul des défauts n'est autre que l'ensemble de conditions permettant et/ou exigeant la correction de normes valides et non conformes. Son évolution et sa différenciation progressive dans les ordres juridiques permet par là-même de mieux comprendre le problème de la frontière entre une norme encore valide en dépit d'importants défauts et un acte entièrement dépourvu de valeur juridique *dans le système jusqu'alors en vigueur*. C'est cette théorie qui permettra de formuler le concept de « révolution juridique ».

Le sens des textes qui donnant un statut aux textes

En troisième lieu, la démarche de Régis Ponsard est *interprétative*. Il s'agit en effet de

² Immanuel Kant, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können* § 39, Akademie Ausgabe, vol IV, p. 323 ; *Kritik der Reinen Vernunft*, Akademie Ausgabe, vol IV, p. 66.

³ Cf sur ce point Otto Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in : Michel Troper, Dominique Chagnollaude (sld.) *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Dalloz 2012, pp. 483-528, et, quant aux malentendus que cette théorie rencontre dans la doctrine française: « Carré de Malberg et la < hiérarchie des normes > », version remaniée de 45.), in: *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 31 (1997), p. 481-509.

cerner la signification des énoncés qui déterminent ces structures et, partant, organisent effectivement le calcul des défauts dans l'ordre juridique donné. Les débats sur l'interprétation juridique constituent naturellement à eux-seuls un immense champ de recherches et cela peut facilement bloquer toute exercice concret. Régis Ponsard n'esquive nullement la difficulté. Il opte pour une démarche qu'il justifie largement, mais il montre également, pour chaque cas discuté, pourquoi la méthode adoptée livre les résultats les plus plausibles. Distinguant rigoureusement entre l'*interprétation analytique* (l'analyse sémantico-pragmatique des énoncés dans leur contexte originaire) et les *règles d'interprétation* qui sont en fait des habilitations à la production normative alternative⁴, notre auteur reconstruit point par point, argument par argument et objection par objection les raisons pour lesquelles il convient de lire les textes formulant les normes constitutionnelles françaises telles qu'elles devaient comprises au moment de leur adoption.

Reconstruire le droit constitutionnel

La norme prévaut sur le cas

Régis Ponsard cherche à penser l'ensemble des questions qu'il aborde rigoureusement à partir de la *norme* et non à partir du cas. C'est une conception dont on pourrait penser qu'elle serait plutôt naturelle lorsqu'il s'agit d'analyser le droit, mais curieusement, elle est au contraire exceptionnelle et Monsieur Ponsard consacre d'intéressantes analyses au développement de l'attitude opposée et dominante. En faisant du jurisprudentalisme administratif le paradigme de la doctrine publiciste en général et par conséquent celle du Droit constitutionnel en particulier, il arrive fréquemment que ce dernier ne soit pas pensée à partir de la Constitution, mais à partir de ses applications particulières (autrement dit, la Constitution n'est pas pensée à partir de la Constitution) souvent même à partir des *motivations* considérées comme des ensembles de normes constitutionnelles plus concrètes et maniables que les énoncés abstraits d'une lointaine Constitution simplement formelle.

Discontinuité

Grâce au dispositif établi et en s'appuyant sur le plus large appareil documentaire disponible et amplement discuté, Régis Ponsard reprend à son compte et défend la thèse de la discontinuité constitutionnelle des données résumées sous le titre commode, mais juridiquement imprécis de « Cinquième République ». Comme l'avait proposé l'auteur de ces lignes à plusieurs reprises⁵ et en approfondissant la question au regard de tous les arguments et

⁴ Cf. sur ce point, Otto Pfersmann, « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », in : Revue Française de Droit Constitutionnel no. 52, 2002, p. 789-836 ; « Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la constitution », in: Ferdinand Melun Soucrumamien (sld.) *L'interprétation constitutionnelle* (Collection Thèmes et commentaires), Paris Dalloz 2005, pp 33-60.

⁵ Otto Pfersmann, La Constitution comme norme in : *Droit constitutionnel* (En collaboration, sld. Louis Favoreu †) (Précis Dalloz, première édition Paris 1998 ; 2017 : 19^{ème} édition) ; « Verfassungsrevision in Frankreich », in : Michael Thaler, Harald Stozlechner (éds.), *Verfassungsrevision. Überlegungen zu aktuellen Reformbestrebungen*, Jan Sramek Verlag Vienne 2008, pp. 27-51 ; « La specificità francese del controllo di costituzionalità secondo i dati della Costituzione di 1971 (già 1958) », in: Marina Calamo-Specchia (sld.), *La Costituzione francese*, Giappichelli Torino 2009, pp. 247-266 ; « The only constitution and it's many enemies », in: Andras Sajó, Renata Uitz (éds.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing Utrecht 2010, pp. 45-68 ; « Unconstitutional constitutional amendments : a normativist perspective », in : *Journal of Public Law/Zeitschrift für öffentliches Recht* Volume 67 (2012), pp. 81-113, Doi: 10.1007/s00708-012-0130-x ; « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in : Michel Troper, Dominique Chagnollaud (sld.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Dalloz 2012, pp. 483-528 ; « Révolutions

contre-arguments, démontre que ce qui suit juridiquement la décision 44 DC du 16 juillet 1971 ne peut être compris que comme le déploiement d'un nouvel ordre juridique. Que cette discontinuité soit passée inaperçue et que la thèse de la continuité demeure vigoureusement défendue par une large partie, sinon la grande majorité de la doctrine, n'y change rien. Et comme le montre encore Régis Ponsard, la croyance en la continuité est parfaitement compatible avec le caractère techniquement révolutionnaire de la décision du Conseil.

Il convient de noter que ce concept, développé d'abord par Kelsen est souvent mal compris, comme l'ont d'ailleurs montré certains échanges au cours de la soutenance. Régis Ponsard introduit et applique à ce propos une distinction importante. L'illégitimité d'un ordre juridique révolutionnaire au regard des exigences normatives d'un ordre précédent est une chose, la question de l'inconstitutionnalité d'un acte au regard du nouveau système constitutionnel en est une autre. Les élections du Président de la République au suffrage universel direct ou l'utilisation des données auquel réfère le Préambule comme étant du droit constitutionnel formel et non simplement une déclaration programmatique sont bien constitutionnellement correctes si on admet qu'il existe une autre Constitution depuis 1962, puis 1971 et ne le seraient pas si l'ordre originaire de 1958 était encore en vigueur.

L'application de la distinction fondamentale entre norme et argument

C'est encore à travers sa théorie des catégories et du caractère indirect de la connaissance juridique que Régis Ponsard s'attaque à une des problèmes structurants de la doctrine publiciste française. Le droit public positif français dit-on, est un droit « jurisprudentiel ». On entend par là que les grands *principes* du droit administratif ont été développés par des décisions de justice – et non par des textes législatifs ou constitutionnels. La doctrine constitutionnaliste a transposé cette conception au plan constitutionnel qui est également considéré comme jurisprudentiel. Or pour plusieurs raisons, cette expression est hautement problématique comme l'est la conception qui l'anime. Elle suppose en premier lieu implicitement que c'est la *cas* qui détermine la norme et non la norme le cas et épouse ainsi, implicitement, les thèses du réalisme juridique qu'elle affirme combattre par ailleurs. Elle suppose en deuxième lieu que les juridictions puissent produire des normes générales et abstraites par le biais des motivations qu'elles sont obligées de fournir afin de justifier leurs décisions⁶.

Saisir la stratégie du vague

Régis Ponsard s'interroge à maintes reprises sur la fonction exacte des catégories dans le discours doctrinal et montre que leur utilité peut consister bien souvent non dans l'analyse précise des données juridiques, mais au contraire en ce qu'elle permettent de caractériser les données juridiques pertinentes comme intrinsèquement insaisissables, ouvrant ainsi le terrain à des applications allant dans les sens les plus différents. Il lui revient d'avoir ici mis en lumière, sans doute pour la première fois, la réception des théories de Bergson par les juristes de son époque, alimentant la construction de catégories comme le « mouvant » ou justement les

constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles », à paraître in : Olivier Cayla, Jean-Louis Halpérin (sld.) *Néorétro constitutionnalisme*, Paris Mare & Martin 2017 ; « Révolutions constitutionnelles imperceptibles et rétrospectives », in : *Filosofia dei Diritti Umani - Philosophy of Human Rights*, 45 (2016) pp. 13-26.

⁶ L'auteur de ces lignes avait appelé cette conception « paratopique » parce qu'elle repose sur l'idée qu'il puisse y avoir des normes sans forme normative préalablement établie et parce qu'il est conceptuellement impossible qu'une explication soit simultanément et en tant que telle une norme ; cf. Otto Pfersmann, « Le problème des normes paratopiques », in : "Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées", Edition Bruylant 2012, pp. 557-565 ; « Contre la confusion logonomique » in : Jean-Philippe Derosier (dir.), *Mélanges Jean-Claude Colliard*, Paris Dalloz 2014, pp. 29-39.

« standards » où c'est justement l'absence de clarté et de précision qui sont présentés comme des vertus.

Le pluridimensionalisme unidisciplinaire

Le travail de Monsieur Ponsard présente également un autre aspect très particulier en tant que sa concentration – justifiée – sur la linguistique, la philosophie analytique du langage et la logique propose une conception très différente de ce qui est habituellement considéré comme interdisciplinaire dans la doctrine. Celle-ci utilise souvent la science politique, l'histoire, la sociologie comme des données qu'elle pense possible d'intégrer sans la moindre précaution. Suivant la méthodologie normativiste, M. Ponsard, exclut strictement tout recours aux disciplines empiriques du social. Son analyse est *pluridimensionnelle* à l'intérieur du droit et non à partir d'un point de vue disciplinairement externe. Lorsque notre auteur fait appel à la sociologie, notamment à celle de Pierre Bourdieu, c'est qu'il s'intéresse moins à la façon dont Bourdieu analysait « le champ du droit »⁷, mais à la manière dont les juristes entendent se soustraire aux théories dont relèvent leurs connaissances. Et c'est en ce sens qu'il critique les conceptions autarciques de la doctrine qui cherchent à s'immuniser contre toute critique épistémologique interne et se livrent ainsi au sociologisme qu'ils essayent pourtant de contrecarrer. Alors que l'on peut souvent constater que certaines démarches normativistes se concentrent uniquement sur la technicité de la dogmatique, le candidat cherche à montrer par force exemples que la dogmatique ne saisit ses objets que par le biais des propositions qui les expriment et que ces propositions sont à leur tour le résultat des disciplines ayant le langage pour objet. En d'autres termes, Régis Ponsard met effectivement les sciences du langage au service de l'analyse juridique, tout en montrant que cette interdisciplinarité n'est en vérité que la forme développée de la discipline juridique.

Depuis sa thèse qui paraît enfin aujourd'hui, Régis Ponsard a beaucoup publié⁸ : trois

⁷ Sur les problèmes que soulève cette conception, cf. Otto Pfersmann, « The Status of Legal Scholarship in French theoretical Legal Scholarship » à paraître in : Michael Potacs, Christoph Bezemek (éds.), *Vienna Lectures in Legal Theory*, Hart Oxford 2017.

⁸ On notera en particulier trois ouvrages collectifs en voie de publication ou d'achèvement : 1) Hochmann (T.), Magnon (X.), Ponsard (R.) (s.d.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen*, Paris, à paraître en 2017 chez Mare & Martin; 2) Ponsard (R.), Gilbert (S.), (s.l.d.), *Des rapports entre les regards politiques et scientifiques sur le droit administratif*, prévu pour 2018 ; 3) Brunet (F.), Ponsard (R.), Souvignet (X.) (s. d.), *La raison du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Étienne Picard*, Paris, Mare & Martin, 800 pages environ, (parution prévue pour 2018). Parmi les articles parus on remarquera : « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, volume n°XXXII, Economica 2016), pp. 29 à 55 ; « Les moyens d'une analyse scientifiquement et juridiquement critique : l'exemple de l'étude des décisions du Conseil constitutionnel », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, volume n°XXXII, au sein du dossier « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique » (septembre, 2016), pp. 65 à 82 ; « Esquisse pour l'élaboration d'un nouveau concept d'exception en droit », Fatin-Rouge Stéfanini (M.), Vidal-Naquet (A.) (s.l.d.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruylant, 2014, (Préface de Xavier Phillippe), pp. 87-132 ; « Questions de principe sur « l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel » : normativité juridique et pragmatisme », article paru in Mathieu (B.), Verpeaux (M.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Cinquième printemps du droit constitutionnel, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, pp. 25-51 ; « Objectivités et

ouvrages collectifs sont en voie d'achèvement, huit articles de fond sont sous presses, six sont parus. On y retrouvera le même souffle, la même rigueur, la même capacité de rendre l'étude du droit positif vive et intéressante, la même de varier ses sujets et de rester cohérent. Cet ouvrage introduit un auteur. On le retrouvera.

Otto Pfersmann

École des Hautes Etudes en Sciences Sociales,
Centre d'Etudes des Normes Juridiques, IMM.