

*Le Conseil constitutionnel,
gardien du droit positif
ou défenseur de la transcendance
des droits de l'homme*

GEORGES VEDEL*

1 / Dans les pays où il existe, le contrôle de la constitutionnalité des lois met en cause souvent, sinon le plus souvent, la conformité ou la non-conformité d'un texte de valeur législative aux normes de valeur constitutionnelle définissant et garantissant les droits individuels ou sociaux et les libertés publiques.

Il en est ainsi notamment en France. Sans doute, de façon plus ou moins épisodique et particulièrement dans les moments de tension politique, les dossiers soumis au Conseil constitutionnel posent-ils des questions de mécanique constitutionnelle (répartition des compétences entre le gouvernement et le Parlement, procédure législative, etc.). Mais l'essentiel de la problématique relevant du Conseil constitutionnel, surtout depuis la réforme de 1974, est fait de la protection par le juge constitutionnel des droits et des libertés.

Cette institution — car c'en est une — protégeant les individus et les groupes contre le législateur qui exerce la souveraineté nationale, se fonde, juridiquement et sociologiquement, sur un double discours, ayant dans une large mesure des destinataires différents. Son contenu est contradictoire, mais d'une contradiction nécessaire et hautement significative.

2 / Le terme de « double discours » ne doit pas être entendu dans un sens subjectif. Il ne s'agit pas d'une manœuvre dialectique, tendant, selon les destinataires potentiels, à la séduction par la duplicité. Il n'est pas question d'inflexions de la vérité destinées, dans l'esprit du juge ou des défenseurs de la juridiction constitutionnelle, à désarmer ou à

* Communication présentée à un colloque sur : *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel* les 17-19 septembre 1987, organisé par le Centre de Théorie du Droit (Univ. de Paris X).

convaincre des publics différents. Il s'agit de propositions objectives qui seraient saisissables même en l'absence de partisans les soutenant explicitement et qui n'ont d'auditoires différents que parce que, par nature, elles ne font pas appel à la même sensibilité.

3 / La première face de ce double discours est essentiellement juridique. Elle est tournée vers le législateur lui-même, plus largement vers la classe politique en tant que telle ou vers ses composantes, notamment les partis.

Comment expliquer que des juges non élus, désignés par des détenteurs d'une partie du pouvoir politique (chef de l'Etat, présidents de l'une et l'autre assemblée parlementaire), puissent s'opposer à ce qui est, dans la personne de ses représentants, la nation souveraine ?

La réponse est dans un discours d'apaisement et de légitimation qui tient en trois points.

4 / Le premier point est très simple : le Parlement législateur est un « pouvoir constitué ». Il n'exprime la volonté générale que s'il se conforme aux conditions posées par la Constitution. Il en est ainsi quant aux règles de forme et de procédure concernant l'exercice du pouvoir législatif. Il en va de même quant aux règles de fond, c'est-à-dire quant au respect des principes et des règles que la Constitution impose comme limites au contenu des textes législatifs.

Le juge constitutionnel qui censure une loi au motif qu'elle méconnaît le respect dû à un droit ou à une liberté constitutionnellement défini et garanti se borne donc à constater que, dans l'édition de cette loi, le Parlement n'a pu valablement se prévaloir de sa mission d'exprimer, au nom de la nation, la volonté générale.

5 / Le deuxième point du propos coule de source. Le contrôle de constitutionnalité ne porte aucune atteinte à la souveraineté nationale. En effet, la juridiction constitutionnelle est elle-même un « pouvoir constitué ». Le juge constitutionnel ne saurait donc résister à une révision de la Constitution qui, selon le vœu implicite du législateur, lèverait l'obstacle que le texte constitutionnel opposait à la loi. Autrement dit, le pouvoir constituant, expression suprême de la valeur souveraineté nationale, peut *a posteriori* anéantir la censure prononcée par le Conseil constitutionnel. La souveraineté nationale, la volonté générale sont intactes. Il appartient seulement aux pouvoirs publics et, le cas échéant, s'il y a lieu à référendum, aux citoyens de les mettre en œuvre selon la procédure adéquate, c'est-à-dire par la révision de la Constitution.

Sans doute, la révision de la Constitution comporte-t-elle une procédure plus solennelle, des majorités plus affirmées que celles qui président au vote des lois ordinaires et, en certains cas, exige une approbation populaire. Mais ceci résulte du pacte constitutionnel qui, dans certains domaines, notamment celui des droits et des libertés, a voulu un assen-

timent plus dense, proche du consensus. C'est la base même du constitutionnalisme que cette distinction entre le pouvoir constituant — originaire ou dérivé — identifié à la substance même de la souveraineté nationale et les pouvoirs constitués qui n'exercent la souveraineté nationale que dans les matières qui ont été attribuées à chacun et selon les procédures qui leur sont fixées.

En réalité le juge constitutionnel, loin de porter atteinte à la souveraineté nationale, loin de censurer la volonté générale, assure le respect de l'une et de l'autre en assurant celui de la Constitution qui est leur expression suprême et totale.

6 / Dès lors — et c'est le troisième point de la démonstration — la déclaration de non-conformité à la Constitution prononcée par le Conseil constitutionnel porte substantiellement non sur le fond mais sur la procédure. A aucun moment le juge constitutionnel ne s'arroge le pouvoir d'interdire aux représentants de la nation ou aux citoyens de définir souverainement les droits et les libertés en procédant à tous les changements qui leur paraîtraient nécessaires — selon une appréciation totalement discrétionnaire. Il se borne à indiquer que, eu égard au contenu de cette définition ou de ce changement — la procédure utilisable est non la procédure législative mais celle de la révision de la Constitution. Pas plus que le Conseil d'Etat ne censure en soi quant au fond le contenu d'un règlement lorsqu'il juge que les dispositions qu'il comporte relèvent du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel ne condamne en soi quant au fond les termes d'une loi ordinaire quand il juge que leur teneur ne pourrait trouver place que dans une loi de révision constitutionnelle.

Peut-être, en bon langage juridique, objecterait-on que l'incompétence ne s'identifie pas au vice de forme ou de procédure. C'est vrai en termes rigoureux de technique. Pourtant, il faut bien voir que l'analyse peut se faire par rapport à deux niveaux. Si l'on s'en tient au niveau de l'organe qui a pris une décision qu'il n'était pas habilité à prendre, l'incompétence se distingue du vice de procédure, encore que le droit administratif ne soit pas pauvre en chevauchements entre les deux notions (par exemple, le défaut de contreseing ministériel est regardé comme un vice de procédure et le défaut de consultation du Conseil d'Etat, lorsque cette consultation est obligatoire, est regardé comme une incompétence). Mais si l'on considère un système normatif hiérarchiquement organisé, lorsque l'incompétence qui entache la décision de l'auteur d'une norme résulte de ce que, eu égard à son contenu, la décision n'aurait pu être valablement prise que par un organe d'un degré supérieur, l'incompétence renvoie au vice de procédure : la norme aurait pu être édictée mais selon une procédure différente.

Le juge constitutionnel, si l'on peut se permettre cette image, n'est donc pas un censeur mais un « aiguilleur ». Il n'interdit pas la marche du train : il se borne, en vertu des règles qu'il est chargé d'appliquer, à le diriger sur la « bonne voie ».

7 / Ce discours ne saurait être récusé. Il est celui que la doctrine la plus exigeante — que l'on pense à Hans Kelsen ou à Charles Eisenmann — a tenu pour analyser et construire le contrôle de la constitutionnalité des lois. Il est sous-jacent à tout système de contrôle de constitutionnalité. Certains textes constitutionnels l'explicitent même. Les articles 91 à 93 de la Constitution de 1946 traitaient du contrôle de constitutionnalité sous le titre *De la révision de la Constitution* et suggéraient plus ou moins que le conflit entre la loi et la Constitution devait être résolu par la révision de celle-ci. A propos du contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux, l'article 54 de la Constitution de 1958 évoque une éventualité analogue. Et l'on sait que le système autrichien, pour s'en tenir à ce seul exemple étranger, comporte une pratique (particulièrement fréquente quand la majorité parlementaire est large), selon laquelle la loi rejetée par la Cour constitutionnelle prend tout de même effet grâce à une révision de la Constitution.

Ce discours n'opère pas seulement sur le plan juridique. Il a un impact politique évident. Il désarme, il pacifie et il exorcise. Il désarme ou tend à désarmer les représentants de la nation en faisant ressortir que ce n'est pas leur volonté qui est condamnée mais le mode selon lequel elle s'exprime. Il pacifie ou tend à pacifier en dissipant l'image d'un juge constitutionnel au sommet de la pyramide des pouvoirs et en le revêtant de l'habit d'un technicien des formalités. Il exorcise ou tend à exorciser le gouvernement des juges et l'arrogance d'un droit naturel subjectif opposable au peuple souverain.

Dans cette approche, il demeure à justifier le mode d'investiture des juges constitutionnels, les garanties d'impartialité ou de science juridique qu'ils offrent, les procédures par lesquelles ils sont saisis. Il reste encore à vérifier que leur lecture des normes constitutionnelles est épurée au maximum de tout subjectivisme. Mais, pour l'essentiel, la légitimation de la justice constitutionnelle, sinon du juge lui-même, est accomplie : elle n'est qu'instrument, pouvoir constitué, servante de la souveraineté nationale. Elle garde le trône du souverain : elle n'y a point sa place.

8 / L'autre face du double discours est toute différente. Il s'agit de l'image que la protection constitutionnelle des droits et des libertés engendre chez les citoyens et dans l'opinion publique, c'est-à-dire auprès des « usagers » de la justice constitutionnelle.

Cette catégorie de destinataires est certes plus nombreuse, mais aussi bien différente de la première essentiellement composée de la classe politique. Elle en diffère vraisemblablement par la plus grande faveur qu'elle fait à l'institution et surtout par les raisons qui inspirent cette faveur.

Avec l'élection du Président de la République au suffrage universel, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est l'institution de la Ve République la plus prisée des citoyens. Si l'on en croit divers sondages elle recevrait l'approbation de quatre Français sur cinq. Ajoutons que,

sauf en ce qui concerne les communistes, le taux d'approbation ne varie guère selon l'appartenance à la droite, au centre ou à la gauche.

Bien que non explicitées par les sondages, les bases de ce consensus ne sont pas douteuses. Elles n'ont pas grand-chose à voir avec la construction juridique qui est le thème du premier discours. L'idée que le juge constitutionnel ne prononcerait pas, dans ses décisions de censure, une véritable condamnation au fond et se bornerait à critiquer l'inadéquation d'une procédure est à peu près étrangère à l'opinion publique. Croit-on que le public accepterait l'idée que, lorsque le juge constitutionnel s'oppose comme en 1974 à une loi qui limite la liberté d'association, en 1977 à propos de la fouille des véhicules à une loi qui heurte la liberté individuelle, en 1982 à propos des nationalisations à une loi accordant aux expropriés des indemnités non équitables, il invite en réalité les représentants de la nation à opérer des révisions constitutionnelles restreignant la liberté d'association, la liberté individuelle ou le droit des expropriés à une juste et équitable indemnité ? Tout au contraire, le public — et l'on trouverait de ce sentiment un très large écho dans les médias — comprend que le Conseil constitutionnel consacre l'intangibilité des principes dont le législateur se voit reprocher la méconnaissance. Cette intangibilité, aux yeux des citoyens, n'est pas relative ; elle est absolue et limiterait aussi bien le pouvoir constituant que les pouvoirs constitués.

9 / Ainsi, dans ce second discours, le fondement ou la raison d'être du contrôle de la constitutionnalité des lois se trouverait dans la transcendance des droits de l'homme par rapport à tout pouvoir politique ou social, ce qui reviendrait à ressusciter triomphalement le « jus-naturalisme », dont précisément le premier discours, âprement positiviste, prétendait avoir purgé ce contrôle. Comment peuvent se juxtaposer ces deux discours en apparence radicalement opposés ? On se le demandera un peu plus loin. Pour le moment, recherchons comment est vécue cette croyance à des droits et à des libertés au-dessus de tout pouvoir politique ou social.

10 / Les Français ne croient pas à vrai dire que, dans un empyrée mystérieux, repose une révélation close, gravée une fois pour toutes sur un marbre inaltérable. Au contraire, ils ont le sentiment que le contenu de l'ensemble des droits et des libertés a été peuplé de nouveautés par l'histoire. Le vocabulaire met ceci en évidence. Les « conquêtes politiques ou sociales » évoquent l'image de terres naguère vierges, aujourd'hui défrichées, d'une frontière sans cesse repoussée plus loin. Mais cette idée se combine avec celle de l'irréversibilité des acquis. Autrement dit, le trésor des droits de l'homme s'accroît au long des siècles et des décennies mais aucune des gemmes qui le composent n'en est retirée pour faire place à une autre. Le juge constitutionnel est gardien de ce trésor. Il doit accueillir de nouvelles richesses mais ne rien perdre des anciennes.

11 / Cette représentation n'est pas inventée. Elle correspond à la structure même de l'ensemble des règles positives de valeur constitutionnelle relatives aux droits et aux libertés.

Quand la première Constituante soumit au référendum en avril 1946 le texte qu'elle avait élaboré, ce fut avec une Déclaration des Droits qui se substituait à celle de 1789. Encore que les auteurs eussent manifesté leur révérence pour l'œuvre des grands ancêtres et affirmé qu'ils entendaient lui demeurer fidèle puisque, selon une image fameuse, « le fleuve est fidèle à sa source en allant vers la mer », cette substitution fut largement ressentie comme un abandon, sinon comme un reniement. Dans le courant idéologique dominant du moment, on aurait pu croire que la nouvelle formulation du droit de propriété, descendu de son piédestal d'absolu, ne heurterait que des conservateurs apparemment minoritaires. Bien au contraire, le fait même d'une nouvelle Déclaration et les changements qu'elle apportait à sa grande devancière furent non pas la seule mais l'une des plus importantes raisons du verdict négatif des urnes.

La seconde Constituante comprit qu'elle ne pourrait rallier une majorité de Français au texte qui devait devenir la Constitution du 27 octobre 1946 qu'en commençant par réaffirmer « solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789... ». Ce n'est que par cette acceptation totale de l'héritage qu'il devenait possible de lui ajouter quelque chose. Ce furent « les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (les « conquêtes ») et « en outre » les « principes politiques, économiques et sociaux » proclamés « comme particulièrement nécessaires à notre temps ». Dans ces premières phrases du Préambule, le mot clé est sans doute cet *En outre* qui évoque l'accroissement, l'accomplissement, mais ne veut pas permettre que rien de ce qui fut dit en 1789 soit perdu.

A l'aube de la V^e République il était aisé de concevoir que l'on ne pût toucher à la Déclaration de 1789. Mais le Préambule de 1946, mis en exergue du régime condamné, ne paraissait pas marqué d'un signe sacré. Si, sagement, les rédacteurs de notre Constitution l'ont à leur tour assumé au point de lui conférer une pleine valeur de droit positif qui, auparavant, ne lui était pas unanimement reconnue, ce fut parce que toute autre solution aurait semblé être un appauvrissement, une infidélité. Et c'est en toute tranquillité qu'à son tour la V^e République énonça « en outre » (sans employer ce terme) « la libre détermination des peuples », les droits et devoirs des partis politiques, la garantie judiciaire de la liberté individuelle.

Quatre strates : 1789, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes « particulièrement nécessaires à notre temps », les additions de 1958.

12 / On sait que le système de contrôle de constitutionnalité qui est celui de la France présente deux singularités par rapport à ce que l'on pourrait regarder comme le droit comparé commun.

La première, qui est hors de notre propos, est que le corps de règles relatives aux droits et libertés a été non seulement conçu sans référence à la possibilité d'un contrôle de la législation, mais encore dans la perspective de son exclusion. Telle était bien la pensée des Constituants de 1789 ; telle était la volonté affirmée de ceux de 1946. Et, que l'on se rapporte aux déclarations de l'un des rédacteurs du texte de 1958, si le contrôle de constitutionnalité mis en place par ce texte sert à la défense des droits et des libertés, c'est par un accident non prémédité.

Mais c'est la seconde singularité qui nous intéresse. Dans la plupart des pays étrangers qui, notamment en Europe, connaissent un contrôle de constitutionnalité, la définition des droits fondamentaux, conçue d'ailleurs pour permettre un tel contrôle, est d'une seule venue et porte une date unique. Le juge constitutionnel français, déjà chargé de se servir, pour son contrôle, de textes qui n'ont pas été conçus à cette fin, dispose, lui, de règles et de principes dont l'énoncé ou l'émergence se déploie sur près de deux siècles et qui sont regardés comme se complétant les uns les autres sans se contredire.

13 / La décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, qui censure la loi de nationalisation et prépare les voies à une loi que la décision du 11 février 1982 jugera irréprochable, commence par un rappel de cette situation en ce qui concerne le droit de propriété. C'est une donnée à laquelle le juge doit se soumettre sans tenir compte de ses préférences.

Considérer que les dispositions les plus récentes — celles du Préambule de 1946 — qui sont évidemment moins révérencieuses envers le droit de propriété — l'emportent sur celles de 1789 nourries de l'« inviolable » et du « sacré », c'est oublier le hémol « En outre » du Préambule.

Faire prévaloir à tout prix le texte le plus ancien — comme le burgrave ordonnant « Jeune homme, taisez-vous » — c'est méconnaître l'expression « principes... particulièrement nécessaires à notre temps ».

Le parti ainsi laissé au juge — naturellement critiqué par les tenants de l'une ou l'autre thèse — est de réaliser un compromis entre les deux textes, celui de 1789 et celui de 1946 et, ce faisant, il est fidèle, me semble-t-il, au vœu des citoyens tel qu'il ressort de l'histoire des référendums entre 1946 et 1958.

14 / Ainsi le second discours, dont la protection juridictionnelle des droits de l'homme est le sujet, s'enracine-t-il dans la croyance en un droit naturel en développement. Contrairement aux doctrines « fixistes » du droit naturel, les droits et les libertés ne sont pas donnés d'un seul jet, en une seule fois. La révélation (c'est bien le terme qui convient) en est progressive et procède par émergences successives. Mais cette progressivité ne retire rien à la transcendance du droit naturel : elle n'a pas pour effet de le relativiser ou de le rendre réversible. Une fois émergés, le droit, la liberté sont acquis et rejoignent le trésor fait d'accroissements sans

retraits. *En tant qu'il se fait*, le droit naturel est *immanent* à la société où il émerge, mais *en tant qu'il est fait*, il lui est *transcendant*.

Telle est, nous semble-t-il, la croyance générale. Elle explique le peu de succès qu'ont rencontré les tentatives ou la tentation de « remettre à jour » la Déclaration des Droits. Elle explique surtout combien est étranger à l'esprit des Français l'idée que le juge constitutionnel ne serait pas le gardien inflexible d'un trésor inaltérable mais un factionnaire prêt à le livrer à qui prononce le mot de passe : révision constitutionnelle.

Or, c'est ce second discours qui légitime pour les citoyens la justice constitutionnelle. Si, un jour, devait se livrer en France une grande bataille juridico-politique dont la justice constitutionnelle serait l'enjeu, c'est ce discours qui serait mobilisateur pour les défenseurs de celle-ci. Cela n'irait certes pas sans danger car, par définition, l'appel au droit naturel renvoie à la conscience du juge et ouvre le débat sur le gouvernement des juges.

15 / Ce n'est pas le lieu d'examiner dans quelle mesure ce dédoublement du discours se retrouve dans les pays étrangers où existe un système de contrôle de la constitutionnalité des lois. Il paraît vraisemblable que, dans le cas autrichien déjà évoqué, la première version soit dominante et que l'habitude des révisions constitutionnelles « à la demande » du législateur ait désacralisé la transcendance des droits constitutionnellement garantis. Il se peut aussi que, dans des pays comme les Etats-Unis ou la République fédérale allemande dont le juge constitutionnel a, à certains moments, considéré qu'il était gardien non seulement de textes ou de principes qui s'en déduisent mais d'un corps de valeurs morales et culturelles qui seraient les fondements de l'ordre social, les deux discours se confondent (non sans équivoque).

Notre propos n'est pas là. Il se limite au cas français. C'est à son sujet que l'on va se demander quels rapports on peut établir entre les deux discours, plus ambitieusement, si on peut construire un pont entre deux logiques apparemment si contradictoires.

16 / On peut interpréter la coexistence des deux discours de façon simple et négative en n'y voyant que les deux volets d'une opération de propagande. Ce serait imputer au juge constitutionnel ou à ses tenants une volonté de séduction assez comparable à celle des Parlements de la fin de l'Ancien Régime, qui défendaient leur pouvoir et leurs privilèges en invoquant les droits des citoyens.

Sur un mode moins désobligeant, on pourrait penser que chacun des deux discours livre à chacun des publics qui en est le destinataire la vérité qu'il est capable de recevoir. A chacun sa vérité. De même que, dans bien des domaines (la science, la religion, l'art), les représentations populaires et les représentations savantes ne coïncident pas, de même il existerait deux images des droits de l'homme. L'une serait celle accessible à la masse des individus, marquée des attributs de la transcendance,

de l'universalité et de l'éternité — ou plutôt de la pérennité. L'autre serait savante, contestant toute transcendance qui subordonnerait la société à ce qui n'est qu'un produit social et, partant, déniait aux droits et libertés tout caractère absolu dans le temps et dans l'espace.

Ainsi, sur des registres différents, pourrait-il être simplement donné acte des deux discours. De l'un à l'autre il n'y aurait d'autre passerelle qu'une explication de fait fondée sur la différence entre leurs destinataires respectifs.

17 / Mais peut-on faire autre chose ? La contradiction est, selon toute apparence, totale. D'une part, la logique du droit positif tout entier remis au souverain (la nation ou la société) doit lui permettre, par telle ou telle procédure appropriée (techniquement la révision constitutionnelle), d'écrire à son gré, fût-ce en le raturant, le chapitre des droits de l'homme. De l'autre, la logique du droit naturel, absolu, transcendant, qui doit interdire à toute autorité, fût-elle celle d'une unanimité moins une voix (et encore !), de toucher à ce qui a déjà été écrit.

Et cependant les textes mêmes des Déclarations des droits — c'est-à-dire le droit positif — comportent une ouverture qu'il faut explorer.

En effet, le texte de 1789, pour nous en tenir au cas français, présente les droits et les libertés non comme un corps de droit positif, constitué et construit par une autorité sociale, qu'il s'agisse des représentants de la nation ou de la nation elle-même, mais comme l'objet d'une déclaration, d'une proclamation, d'une reconnaissance, ce qui veut dire que ces droits et libertés n'existeraient pas moins dans l'univers normatif même s'ils n'avaient pas été déclarés, proclamés, reconnus — tout comme les rayons de la circonférence seraient égaux même si nul n'avait jamais dessiné un cercle. Ainsi s'opère une « réception » du droit naturel par le droit positif. L'on noterait de même que le Préambule de 1946 « proclame » des principes « particulièrement nécessaires » à notre temps, formule qui fait de l'actualité une occasion de proclamation mais non une génitrice des principes proclamés.

18 / Cette « réception » par le droit positif d'un droit naturel à révélations successives mais irréversibles ne lève évidemment pas toutes les difficultés logiques. Il est clair en particulier que, comme tout recours à l'idée d'autolimitation, elle laisse dans l'ombre la question de savoir en vertu de quelle norme (nécessairement supérieure) la norme d'autolimitation ne peut être abrogée.

Elle a au moins le mérite d'appeler notre attention sur la constatation banale que les contradictions logiques non seulement ne sont pas nécessairement source de fragilité historique, mais agissent parfois comme un ciment des croyances et de la culture politique et sociale. Le millénaire capétien nous a remis en mémoire tout le trésor de propositions non équivalentes, tant bien que mal ajustées, mais formant un amalgame multiséculaire, qui ont fondé la légitimité monarchique : le droit divin,

le consentement des Français, l'expérience historique réussie — à quoi de temps en temps les légistes ajoutaient leur grain de sel en citant la loi salique ou l'Évangile selon saint Matthieu.

Sur un mode plus plaisant, Mme Cardinal, selon Ludovic Halévy, expliquait que son mari, dans sa retraite villageoise de bourgeois respecté, unissait dans son discours Voltaire et Rousseau, qui « pendant leur vie (je cite de mémoire) étaient comme chien et chat, mais maintenant qu'ils sont morts sont comme les deux doigts de la main ». En remplaçant Voltaire par Montesquieu on aurait une épigraphe fantaisiste mais non aberrante en exergue à une étude sur les contradictions de l'idéologie des Constituants.

19 / Dans le cas des droits de l'homme il faut pourtant aller plus loin. La difficulté de construire à leur sujet un discours unique cohérent ne se rattache pas seulement à ce que l'histoire ne procède pas par syllogismes, mais à une nécessité quasi ontologique : c'est qu'il est impossible de les penser et donc de les proclamer et de les défendre — fût-ce par une rigoureuse procédure juridictionnelle — sans leur accorder une âme de transcendance.

Peut-être trouvera-t-on étrange le rappel d'une vieille controverse théologique. Mais il n'est pas inutile. Pour démontrer l'existence de Dieu, saint Anselme usait d'un argument bien propre à étonner. Dieu, expliquait-il en substance, est par définition infiniment parfait. S'il n'existait pas il lui manquerait un attribut essentiel de la perfection ; donc — « par construction » — Dieu existe. A première vue, au moins pour nous, la « démonstration » n'est qu'un tour de passe-passe et d'autres théologiens ont été les premiers à le dire. Pourtant, elle signifie quelque chose. Elle veut dire qu'il est impossible de « penser Dieu » (non pas se le représenter ou le concevoir — ce qui n'est pas possible) sans le penser existant. Le monothéisme se déclare quand Dieu reçoit le nom de Iahvé (celui qui est). Et l'athée n'est pas celui qui, selon la formule populaire, nie l'existence de Dieu (comme on nierait celle d'un animal fantastique), mais celui qui *ne peut pas* « penser Dieu », parce que s'il arrivait à « penser Dieu », ce serait reconnaître qu'il existe. Autrement dit, je peux penser un hippocampe sans croire qu'il existe ; je ne puis penser Dieu que comme existant (l'« Être suprême »).

Pourquoi ce rappel d'une vieille dispute ? Parce que, tout comme penser Dieu implique son existence, de même « penser les droits de l'homme » implique qu'ils existent et, naturellement, d'une existence qui ne doit rien à celui, à ceux qui les pensent. Je peux ne pas les penser, c'est-à-dire ne pas y croire, mais je ne puis les penser sans y croire. C'est toute la démarche, évoquée plus haut, des auteurs de la Déclaration qui, au moment même où ils consacrent un concept littéralement révolutionnaire, s'interdisent d'être autre chose que des proclamateurs. C'est toute la démarche de la masse des destinataires, c'est-à-dire de l'opinion publique dans ses diverses manifestations, qui n'admet pas que le proclamateur ait le droit de revenir sur sa proclamation.

C'est en ce sens que le rappel analogique de l'argument de saint Anselme est moins forcé qu'il ne paraît. Ontologiquement, la pensée des droits de l'homme, même quand elle se coule dans des textes de droit positif, implique leur existence réelle non contingente et une transcendance dont les attributs sont l'universalité et la pérennité.

20 / Que cette transcendance des droits de l'homme renvoie à une transcendance de l'homme, c'est évident. Marcel Waline aimait à citer — sans y adhérer — la boutade d'un juriste ultra-positiviste : « Si les chiens pouvaient parler, ils proclameraient bien haut les droits du chien ». Mais pourquoi précisément les hommes ne sont pas des chiens ouvre un grand débat philosophique. Si elle n'est pas résolue et dépassée par la référence religieuse, l'interrogation en fin de réflexion ramène à se demander pourquoi l'homme n'est pas maître de se forger lui-même comme il l'entend et de donner à son histoire à venir n'importe quelle finalité. Nous ne nous essaierons pas à une réponse. D'autres — de Socrate à Sartre ou Camus — ont exploré cette voie dont l'issue est toujours mystérieuse. Ce n'est certainement pas un juriste qui, en tant que tel du moins, lèvera le voile.

21 / Nous voici loin, dira-t-on, du contrôle de constitutionnalité et du double discours dont il est porteur. C'est pourtant ce point de départ qui, invinciblement, croyons-nous, a engagé notre propos.

Celui-ci doit-il conduire à faire du juge constitutionnel, au moins quand il traite des libertés et des droits fondamentaux, le gardien inconditionnel — contre vents et marées du droit positif, même constitutionnel — d'un droit naturel entendu sinon comme éternel du moins comme irréversible ? Ce serait un manquement au pacte qui l'a investi et donc une usurpation. Ce serait surtout un grand danger car, de proche en proche, sa subjectivité l'entraînerait à entendre les valeurs auxquelles il croit personnellement comme opposables à toute autre formulation. Il faut que, dans son ordre, c'est-à-dire dans sa mission de juge, il se garde d'un trop orgueilleux combat qui ne deviendrait légitime que si, justement, pour le mener, il abandonnait son siège et sortait de son ordre.

Tel est le devoir du juge. Mais, pour le remplir, il lui est précieux de savoir que le discours de logique juridique qui l'investit est sous-tendu par l'autre discours, celui de la transcendance, dont il n'est ni le maître ni le gardien mais le bénéficiaire. Au fond, il est au carrefour de la logique et de la foi. La logique du droit positif qui, enserrant son pouvoir, le préserve de l'usurpation. La foi qui lui fait croire, d'une espérance invincible, que l'homme ne se détruira pas lui-même et donc ne l'obligera pas à choisir entre la révolte et le reniement.