

RECENSION

Par Camille AYNES, Droit (Paris II) / Philosophie (Paris X)

***Droit constitutionnel critique*, Olivier Camy, Paris, L'Harmattan, 2007, 122 pages**

« Notre idéologie juridique de l'hominisation semble réfutée par les progrès d'une animalisation drastique de l'espèce humaine »¹: les génocides, le terrorisme, la radicalisation de l'intégrisme religieux qui caractérisent notre ère peuvent être en partie interprétés comme autant de manifestations d'un échec du droit constitutionnel occidental démocratique dont la mission principale, affirmée dans le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, consistait précisément à libérer les hommes « de la terreur et de la misère ». Cet échec, dont nous sommes par ailleurs incapables de comprendre le pourquoi, témoigne de la nécessité de repenser aujourd'hui le droit constitutionnel et les théories susceptibles d'en rendre compte.

Telle est la tâche que se propose Olivier Camy dans son ouvrage *Droit constitutionnel critique*. Sans prétendre à l'utopie d'une reconstruction du droit constitutionnel conformément à l'idée démocratique, ce texte, que l'auteur nous présente comme un « anti-manuel » de droit constitutionnel refusant l'approche positiviste ou technicienne des manuels actuels, tente d'élaborer une démarche alternative, critique. Qu'on ne s'y méprenne pas, le terme « critique » ne signifie pas ou ne se réduit pas ici à la réfutation des théories constitutionnelles modernes dont l'auteur montre les limites. Il n'est pas non plus synonyme de suppression des structures de ces doctrines, au sens où l'élaboration d'une méthode nouvelle impliquerait un fondement radicalement nouveau : « La libération du droit constitutionnel de sa structure [...] n'implique certainement pas la suppression de cette structure » et de ses catégories ; « il s'agit plutôt de proposer une autre compréhension du statut et de la fonction de ces catégories »².

¹ Camy O., 2007, *Droit constitutionnel critique*, Paris, L'Harmattan, p. 8.

² *Ibid.*, p. 20.

L'approche critique sera alors « dépassement », au sens où l'entend Heidegger dans « Le dépassement de la métaphysique »¹. C'est en effet à partir et à travers le prisme d'une analyse originale des thèses heideggeriennes relatives à l'onto-théologie qu'il applique au droit que l'auteur étudiera les grands courants juridiques (positivisme réaliste, normativiste, jusnaturalisme, décisionnisme etc..) et sera en mesure de fonder sa propre conception. Le droit constitutionnel critique d'O. Camy sera donc dépassement de la structure onto-théologique refoulée de la science du droit constitutionnel, dépassement corrélatif de l'affirmation d'une transcendance négative indépendante de la volonté de l'homme et non objectivable, d'une transcendance « intuitionnée mais non conceptualisée »²: en ce sens, le droit constitutionnel sera critique car non dogmatique. L'exposé de cette thèse à première vue obscure est l'objet de l'introduction et du chapitre préliminaire dans lesquels O. Camy met en lumière la structure onto-théologique du constitutionnalisme qui pose un premier étant à partir duquel l'ensemble des normes juridiques est déduit, compris: « l'idée de Dieu apparaît à travers le postulat de l'existence d'un constituant (le peuple souverain), producteur de la Constitution (norme auto-fondée), fournissant leur juridicité et donc leur existence à toutes les normes qui lui sont inférieures »³. Ce Dieu de l'onto-théologie (où l'on entend par théologie une théo-logie philosophique et non une théïo-logie comme discours sur la foi), qui n'est pas religieux mais fait référence à l'idée de cause première, fait partie de l'essence de la métaphysique que le positivisme juridique prétend abandonner pour établir une science véritablement positive, scientifique du droit. En réalité, et comme le souligne l'auteur, le « méta » n'y disparaît pas complètement mais ressurgit sous une autre forme qu'illustrent par exemple la définition de la Constitution comme « organisation générale du pouvoir » et l'assimilation de la souveraineté à la « puissance d'État » : cette forme est celle de la volonté et de la force, lesquelles ne sont pas ontologiquement neutres mais font au contraire apparaître un nouveau critère, une nouvelle « transcendance » non avouée, le « posé en soi ». Cette volonté de puissance qui est volonté d'objectivation de l'homme se mue lors d'une ultime étape en « volonté de volonté » dépourvue de buts, de finalités. Nous assistons ainsi au déploiement de la technique

¹ Heidegger M., 1980, « Le dépassement de la métaphysique », in *Essais et conférences*, trad. A. Préau, Paris, Tel Gallimard.

² Camy O., *op.cit.*, p. 112.

³ *Ibid.*, p. 10.

auquel contribue aujourd'hui le droit constitutionnel démocratique, au risque d'oublier sa propre justification. Le droit constitutionnel tend en effet à devenir souverain non plus selon l'idée de l'État de droit mais au sens où il devient sa propre fin : l'on comprend dès lors le phénomène actuel d'inflation législative qui participe d'une juridicisation complète de l'agir. Intégré à l'économie, le droit constitutionnel s'adapte par ailleurs de nos jours aux conditions modernes de la production, et partant, au devenir spectaculaire de la société dans laquelle l'image tend à devenir la principale marchandise. C'est dès lors « le projet démocratique d'émancipation de l'homme qui se trouve pris dans le processus de consommation de l'étant; cela au point de devenir lui-même une marchandise »¹.

Fort de cette analyse de l'échec de la science du droit constitutionnel moderne qui neutralise le projet démocratique qu'elle sous-tend, O. Camy entreprend de libérer le droit constitutionnel de sa structure onto-théologique, ou plus exactement des usages dogmatiques qui sont faits de cette structure. Il s'agira dès lors d'envisager les concepts directeurs du droit constitutionnel occidental « non plus comme des notions relevant d'une science juridique mais comme des thèmes théologiques révélateurs d'une transcendance [...]». Selon une terminologie juridique plus classique, on pourrait dire que ces thèmes relèvent d'un droit naturel conçu comme un *droit négatif* dont le contenu n'est pas objectivable et n'a pas été posé par la volonté. Ou encore, qu'ils participent d'un *droit divin* qui n'est pas tiré des Paroles révélées et n'a rien à voir avec les religions officielles »². Pour le dire autrement, l'unique façon de répondre aux questions que pose le droit constitutionnel consiste à prendre acte de l'idée de Dieu, donc d'Infini auquel font structurellement appel les notions constitutionnelles de « Constitution », de « souveraineté », d'« ordre juridique », etc.. ; elle consiste à prendre acte de cette dimension théologique sans chercher toutefois à donner un contenu à cette transcendance. L'idée de Dieu n'est pas un « objet » juridique saisissable par une science du droit empirique -pas plus qu'elle n'est d'ailleurs une simple condition de pensabilité du droit, à l'image de l'idée kelsénienne de norme hypothétique.

¹ *Ibid.*, p. 18.

² *Ibid.*, p. 20

C'est ce qu'O. Camy illustre dans les trois chapitres de son ouvrage qui analyse successivement trois grandes apories que la science du droit constitutionnel n'a cessé d'affronter sans succès. À travers les questions de la fondation ultime de la Constitution, de la nature du souverain et de l'interprétation, l'auteur confirme son hypothèse en démontrant que chacune de ces apories est liée au refoulement du théologique ou à une vision dogmatique de ce dernier.

Pour ce qui regarde la première question de la fondation de la Constitution, on remarquera que la pensée juridique nous mène elle-même à l'idée qu'il existe une Constitution invisible supérieure aux Constitutions positives. En effet, si le droit ne peut exister que s'il existe déjà du droit, la Constitution ne saurait avoir de valeur juridique qu'à condition d'avoir été produite en vertu d'une norme qui lui est supérieure. Ce qui constitue une limite pour les positivistes dès lors incapables de rendre compte de la juridicité des Constitutions positives. À une exception près : l'auteur réserve en effet ici comme dans le reste de l'ouvrage un sort particulier à Kelsen, auquel il reconnaît le mérite d'avoir admis que les Constitutions sont insuffisantes pour fonder les ordres juridiques en vigueur et d'en avoir conclu à la nécessité de poser une *Grundnorm*, norme hypothétique dont la juridicité n'est pas positive. Une norme simplement supposée ne permet toutefois pas de fonder la validité et l'obligatorité des systèmes juridiques. C'est alors de certaines expériences (telle que l'expérience de l'obligation qui est « affleurement à la conscience d'un inconditionné qui nous dicte ce qui doit être ou ne pas être en droit »¹ dans les situations de résistance ou de révolution) et non de la déduction d'un concept ou d'une nature de l'homme qu'émergera celle que l'auteur nomme la « Constitution invisible ». Et de préciser en suivant O. Camy que cette dernière, qui se différencie de la *Grundnorm* kelsénienne, s'oppose également à la thèse d'une supraconstitutionnalité à laquelle le pouvoir constituant ne pourrait porter atteinte, position jusnaturaliste contemporaine inavouée incompatible avec l'idée démocratique. Force est donc d'admettre l'idée de « néant juridique » qui ne correspond pas à un nihilisme méthodologique mais à l'affirmation d'une transcendance que l'homme ne peut définir.

¹ *Ibid.*, p. 40.

C'est avec cette même clé de lecture que le second chapitre abordera la question de la souveraineté qui, pensée comme souveraineté nationale (et non populaire) instituant l'impossibilité d'une identification du souverain, amènera l'auteur à proposer une nouvelle typologie des régimes. C'est toujours et pour finir à travers cette thèse inspirée de sa lecture de Heidegger qu'il applique au droit qu'O. Camy envisagera dans un dernier chapitre l'herméneutique juridique : la prise en compte du rapport du droit à une transcendance non dogmatique permettra à l'auteur de sortir des clivages traditionnels qui oppose les méthodes d'interprétation subjectives (de type sémiotique et génétique) aux méthodes objectives (de type systémique ou fonctionnel) et plus largement les thèses de l'interprétation-connaissance à celles de l'interprétation-volonté.