



**HAL**  
open science

# Le juge constitutionnel et la pertinence de la théorie du législateur négatif

Mathieu Carpentier, Xavier Magnon, Stéphane Mouton

## ► To cite this version:

Mathieu Carpentier, Xavier Magnon, Stéphane Mouton. Le juge constitutionnel et la pertinence de la théorie du législateur négatif. Le juge dans le constitutionnalisme moderne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2024, 9782370323620. hal-04498330

**HAL Id: hal-04498330**

**<https://hal.science/hal-04498330v1>**

Submitted on 11 Mar 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**Mathieu Carpentier**

**Le juge constitutionnel et la pertinence de la théorie du  
législateur négatif**

Professeur de droit public, Institut Maurice Hauriou (IMH)  
Université Toulouse Capitole

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## **Le juge constitutionnel et la pertinence de la théorie du législateur négatif**

La notion de législateur négatif<sup>1</sup>, si elle est souvent invoquée en France par la doctrine, est rarement explicitée, et encore moins discutée, par cette dernière. Il n'est donc pas inutile de revenir sur ce point de la théorie constitutionnelle kelsénienne, car il est sans doute plus complexe que ne le laisse entendre l'hommage formel – le *lip service* – qu'on se contente le plus souvent de lui rendre. La théorie du législateur négatif sert en effet bien souvent à insister sur l'office limité du juge constitutionnel, qui, selon la formule prêtée à Georges Vedel, ne disposerait que de la gomme et non du crayon et, de la sorte, viendrait réfréner les excès du législateur sans pour autant substituer son appréciation à la sienne. On retrouve là une sorte de *topos* de la pensée constitutionnelle ; le juge constitutionnel ne dispose pas de la Volonté, qui est l'apanage du législateur, mais uniquement du Jugement, il constitue donc la branche la moins dangereuse du gouvernement<sup>2</sup>. La théorie du législateur négatif ne serait qu'une variation sur un thème finalement assez rebattu. Or cette théorie est, à bien des égards, plus complexe (et sans doute plus subversive) que l'usage qui en est fait par les zélotes contemporains de la justice constitutionnelle. On n'a sans doute pas assez réfléchi aux conséquences de cette théorie d'une garantie de la constitution qui n'est en définitive pas juridictionnelle, mais concourt à l'exercice de la fonction législative.

C'est ce à quoi je vais tenter de m'atteler au cours de cette présentation. Puisqu'on m'a demandé de parler de la pertinence de la théorie du législateur négatif, mon plan sera extrêmement simple : I. la théorie du législateur négatif ; II. Sa pertinence.

### **I. La théorie du législateur négatif (chez Kelsen)**

On le sait, c'est dans un article important de 1928 (d'abord paru en allemand dans les actes du colloque de l'association des professeurs allemands de droit public<sup>3</sup>, puis traduit en français par Ch. Eisenmann et publié à la *Revue du droit public*<sup>4</sup>), que Kelsen élabore cette théorie du législateur négatif. L'expression elle-même ne fait qu'une apparition furtive dans

---

<sup>1</sup> Je souhaiterais remercier les participants au colloque QSQ8 pour leurs observations. Mes remerciements vont particulièrement à Xavier Magnon, qui est la preuve vivante qu'un véhément – quoique amical – désaccord est souvent plus fécond qu'une tiède approbation.

<sup>2</sup> A. Hamilton (Publius), « The Federalist, 78 » in *The Federalist Papers*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 380.

<sup>3</sup> H. Kelsen, « Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. 2. Mitbericht von Professor Dr. Hans Kelsen in Wien », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 5, 1929.

<sup>4</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 45, 1928.

l'article. Mais la notion ressort clairement de divers passages de l'article. Elle remplit, dans la pensée constitutionnelle de Kelsen, une double fonction : une fonction défensive, qui peut être caractérisée comme relevant de la politique juridique (A) ; et une fonction théorique, venant cristalliser les interférences entre les notions kelséniennes de régularité et de validité (B).

#### A. La fonction politique de l'argument du législateur négatif

L'argument du législateur négatif est avant tout mobilisé par Kelsen pour répondre à une objection. Cette objection est tirée de la séparation des pouvoirs : permettre à un juge de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi, ce serait porter atteinte à la séparation des pouvoirs judiciaire et législatif. La réponse de Kelsen est simple : « l'organe à qui est confiée l'annulation des lois inconstitutionnelles, même s'il reçoit – par l'indépendance de ses membres – l'organisation d'un tribunal, n'exerce pas véritablement une fonction juridictionnelle »<sup>5</sup>. Si cette dernière se définit comme l'application d'une norme générale à un cas particulier, l'annulation<sup>6</sup> d'une loi inconstitutionnelle peut difficilement tomber sous une telle description. En réalité, l'annulation d'une loi fait concourir celui qui l'annule à la fonction législative. Cette thèse revêt, on le verra, une justification théorique propre ; mais elle correspond à une intuition finalement assez partagée chez les théoriciens du droit constitutionnel. On sait depuis Montesquieu que la faculté d'empêcher fait participer celui qui en bénéficie de la même fonction que la faculté de statuer. C'est par ailleurs une conception assez intuitive du parallélisme des formes : celui qui annule une norme exerce la même compétence juridique que celui qui la crée. L'annulation n'est donc que « la confection avec un signe négatif ».

L'argument de Kelsen se fonde en premier lieu sur la généralité de la norme législative : l'annulation a un même caractère de généralité que la norme annulée, là où la fonction juridictionnelle aboutit à une norme individuelle. Cette caractérisation est toutefois problématique dans la mesure où, d'une part, comme Kelsen l'admet lui-même dans une note

---

<sup>5</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », p. 224.

<sup>6</sup> J'emploie « annulation » en un sens très vague, très général qui dénote uniquement la suppression de la norme du système juridique, correspondant à l'allemand « *Aufhebung* » que Kelsen emploie avec plus ou moins de constance ; il emploie également le terme « *Derogation* » qui est un faux-ami en français, et qu'il emploie dans le même sens d'« abrogation » en anglais et en allemand (v. Hans Kelsen, « *Derogation* » in R. Newman (dir.), *Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962 (rééd. Dans H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973) ; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienne, Manz, 1979, p. 85) Il importe de souligner qu'« annulation » n'est pas employé ici au(x) sens technique(s) que ce terme revêt en contentieux administratif – et, plus ou moins adéquatement, en contentieux constitutionnel – français. En particulier l'emploi ce terme n'implique nullement que cette suppression ait un caractère rétroactif (hypothèse que Kelsen considère d'ailleurs comme exceptionnelle, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 367).

en bas de page<sup>7</sup>, le législateur peut également adopter des normes particulières ou individuelles, et d'autre part parce que ce n'est en réalité pas la question. Peu importe la généralité de la norme, ce qui importe c'est la nature de l'acte qui la pose ou de celui qui la supprime de l'ordre juridique : ces deux actes ont la même nature, et correspondent à une compétence juridique identique. C'est pourquoi en réalité l'argument qui fait mouche n'est pas celui de la généralité, mais celui, avancé quelques lignes plus loin, de la division des pouvoirs : anticipant sur les arguments futurs de Charles Eisenmann<sup>8</sup> et de Michel Troper<sup>9</sup>, Kelsen conteste que la séparation des pouvoirs aboutisse à une spécialisation fonctionnelle absolue d'organes mutuellement indépendants. Le modèle est celui, tout inspiré de Montesquieu, de la *division* et non uniquement de la *séparation* des pouvoirs : « une répartition de la puissance [c'est-à-dire d'une même fonction étatique] entre plusieurs organes, non pas tant pour les isoler réciproquement que pour permettre un contrôle réciproque des uns sur les autres »<sup>10</sup>.

L'argument du législateur négatif a donc des airs de paradoxe : pour justifier que le juge se mêle d'apprécier la validité d'une loi, Kelsen aurait pu tenir un raisonnement analogue à celui de Marshall<sup>11</sup> dans *Marbury v Madison* : c'est par excellence l'office du juge de dire le droit. Au contraire, il met en évidence le fait que le juge constitutionnel exerce la fonction législative : en un sens, juger le législateur, c'est encore légiférer. Non seulement la fonction de juger est, pour Kelsen, toujours politique en ce qu'elle participe toujours à la résolution d'un conflit intérêts divergents<sup>12</sup>, mais de surcroît la justice constitutionnelle fait participer le juge à la même fonction politique que le législateur. Voilà qui semble peu propice à soulager les inquiétudes de ceux qui s'inquiètent d'une telle montée en puissance du juge, du moins dans les traditions politiques qui confèrent à la décision du législateur l'essentiel de la légitimité politique.

Kelsen est particulièrement conscient de ce choc de légitimités qui peut opposer le législateur positif et le législateur négatif<sup>13</sup>. Sa réponse sur ce point n'apparaît pas en tout point

---

<sup>7</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », p. 224.

<sup>8</sup> C. Eisenmann, « L'«Esprit des lois» et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, rééd., Paris, Duchemin, 1977.

<sup>9</sup> M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, rééd., Paris, LGDJ, 2014.

<sup>10</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », p. 225

<sup>11</sup> C'est pourquoi on peut trouver contestable l'assimilation de Kelsen au sophisme constitutionnaliste dénoncé par Michel Troper (M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste » in M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011).

<sup>12</sup> « Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n'y a qu'une différence quantitative et non qualitative » (H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, trad. S. Baume, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2006, p. 76).

<sup>13</sup> H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1997, p. 317 ; H. Kelsen, « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, 4, 1942, p. 187.

convaincante. Il semble tout d'abord voir dans l'élection des juges par le Parlement un élément de garantie de la légitimation du juge constitutionnel ; l'expérience récente, aux Etats-Unis<sup>14</sup> mais également en Allemagne<sup>15</sup>, montre qu'au contraire la procédure d'élection, de désignation ou de confirmation parlementaire peut avoir pour effet de politiser à l'extrême la procédure de nomination – et, subséquemment l'office même – des juges constitutionnels<sup>16</sup>.

Selon Kelsen, il demeure que le conflit, s'il existe, ne doit pas amener à exagérer la symétrie entre le législateur positif et le législateur négatif, dont les fonctions diffèrent par des aspects importants. Tel le Monsieur Vêto de 1791, le juge constitutionnel ne peut qu'annuler la loi ; il ne peut en adopter une nouvelle. Il s'agit donc d'un législateur uniquement négatif. Ensuite, et c'est plus significatif, le juge constitutionnel ne dispose pas de la pleine compétence de législation négative. Le législateur (le Parlement) est également législateur négatif : il peut abroger une loi pour tout motif d'opportunité politique. Certes, la constitution peut, parfois, encadrer de tels motifs d'abrogation : on peut ainsi songer à l'éphémère théorie de l'effet cliquet adoptée un temps par la Conseil constitutionnel<sup>17</sup>. En revanche l'annulation par le juge constitutionnel d'une loi ne peut se faire que pour des raisons tirées de sa contrariété à la Constitution : « la libre création qui caractérise la législation fait ici presque complètement défaut »<sup>18</sup>. C'est en ce sens que selon Kelsen, la fonction du juge constitutionnel se rapproche de celle d'un juge ordinaire : il est contraint par la règle constitutionnelle qu'il a l'obligation d'appliquer, et il ne peut annuler la loi que sur le fondement d'une inconstitutionnalité. Si le

---

<sup>14</sup> V. par exemple : J. Jeanneney, « Le scandale et la fureur. Sur la confirmation de Brett Kavanaugh à la Cour suprême », *Jus Politicum*, « Actualités », 2018. La politisation des nominations à la Cour suprême n'est d'ailleurs pas récente (en témoigne l'exemple de Robert Bork, juge conservateur fondateur de la mouvance originaliste, dont la nomination à la Cour suprême par le président Reagan a été bloquée en 1987 par le Sénat).

<sup>15</sup> En Allemagne la procédure de nomination des juges constitutionnels a toujours été très politiquement chargée. En dépit de l'exigence (formulée à l'article 94 de la Loi fondamentale) d'une élection par chaque chambre du Parlement, à la majorité des deux tiers, d'une moitié (respectivement) des 16 membres de la Cour constitutionnelle fédérale, la procédure a rapidement été détournée aux fins d'arrangements entre les forces politiques ; on a ainsi pu caractériser chacune des deux chambres (*Senate*) de la Cour de « rouge » et de « noire » en fonction de la coloration politique (sociale-démocrate ou conservatrice) qui en résultait. De surcroît jusqu'à 2015, la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfGG*) disposait qu'au Bundestag, l'élection était confiée à une commission *ad hoc* et non par l'assemblée plénière, ce qui naturellement favorisait les manœuvres d'appareils. (Sur ce point, v. T. Hochmann, « La composition de la Cour constitutionnelle allemande bientôt conforme à la Loi fondamentale », *Constitutions*, 2015.4). La récente élection de Stephan Harbarth (membre CDU du Bundestag de 2009 à 2018) à la vice-présidence de la Cour a fait ressurgir les débats relatifs à la politisation de la Cour, en raison de la part prise par l'impétrant à la vie politique allemande dans les années précédentes ; elle a même fait l'objet d'un recours formé par deux députés d'extrême-droite devant la Cour constitutionnelle fédérale elle-même, qui l'a rejeté dans un arrêt du 2 juillet 2019 (2 BvE 4/19).

<sup>16</sup> Une comparaison avec un type de nomination technocratique (sur recommandation, voire avis conforme, d'une commission indépendante, comme c'est le cas au Royaume-Uni, ainsi que depuis récemment, au Canada mais également en France pour les magistrats judiciaires du siège) est à ce titre intéressante.

<sup>17</sup> Théorie adoptée dans les décisions n° 93-325 DC du 13 août 1993 et n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 ; abandonnée dans la décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

<sup>18</sup> Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », p. 226.

résultat de l'opération est donc législatif, ses modalités (à savoir l'application d'un droit préexistant) et, surtout, l'indépendance de l'organe revêtent un caractère juridictionnel.

Cependant, et c'est ici que se trouve l'apport de la théorie du législateur négatif, la décision d'inconstitutionnalité n'a pas de valeur purement déclarative ; elle est au contraire constitutive<sup>19</sup>. C'est ici que l'argument du législateur négatif revêt une fonction théorique importante. Même si elle ne sera plus mobilisée par Kelsen dans ses écrits plus tardifs, elle demeure à l'arrière-plan d'un certain nombre des thèses les plus importantes, mais aussi les plus problématiques, de la *Théorie pure du droit*.

## B. La fonction théorique de l'argument du législateur négatif

Contrairement à une opinion répandue, la théorie dite de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire de la *Stufenbau* de l'ordre juridique, n'est pas chez Kelsen une théorie du conflit de normes (concernant par exemple la norme qui doit prévaloir lorsque la loi est en conflit avec un traité ou avec la Constitution)<sup>20</sup>. La notion de hiérarchie des normes recouvre en réalité une théorie de la production de validité normative. Pour le dire rapidement, la validité d'une norme c'est son mode d'existence propre : selon Kelsen une norme qui n'est pas valide n'existe tout simplement pas<sup>21</sup>. « Norme invalide » est donc une contradiction *in adjecto*, de la même manière que celle d'entité inexistante (ce qui est discutable). Il y a plusieurs manières pour un système normatif de produire de la validité normative, c'est-à-dire de faire advenir les normes qui en font partie à l'existence. Un mode statique de production normative veut qu'une norme existe à raison de son contenu : soit une norme N1, valide dans un système statique ; une norme N2 existe si son contenu se déduit du contenu de N1. Un mode dynamique de production de la validité normative veut, au contraire, qu'une norme existe, si et seulement si elle a été adoptée de la manière prévue par une norme supérieure. Pour Kelsen, le droit est essentiellement un système normatif dynamique.

Il importe de noter qu'un système dynamique ne repose pas exclusivement sur une validité formelle (fondée sur le respect par le jurislatureur de normes procédurales ou de compétence). Kelsen note que la validité formelle peut être complétée d'une validité

---

<sup>19</sup> Cette formulation entend faire écho à celle employée par H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 368.

<sup>20</sup> Voir sur ce point O. Pfersmann, « Hiérarchie des normes » in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF,

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 13 s. Voir sur ce point DWP Ruiter, « Legal Validity QUA Mode of Existence of Norms », *Law and Philosophy*, 16, 1997.

matérielle<sup>22</sup>, la norme supérieure venant restreindre le contenu de la norme inférieure. La théorie de l'aiguilleur permet alors de nuancer l'opposition formel/matériel : « cette distinction n'est admissible qu'avec cette réserve que l'inconstitutionnalité dite matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle, en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle »<sup>23</sup>. Dans un système dynamique, il n'y a donc de validité que formelle car même la validité matérielle (la « légalité interne » dirait-on en France) n'est qu'un aspect de la compétence de l'auteur de la norme.

Le point important est, pour Kelsen, qu'une norme invalide n'existe pas. Si on s'en tenait là, il faudrait en conclure qu'une loi inconstitutionnelle n'existe pas : il n'y a donc pas de contrôle de régularité possible car il n'y a rien sur quoi faire porter ce contrôle. Kelsen maintiendra cela jusque dans ses textes les plus tardifs : il écrit ainsi dans la *Théorie générale des normes*, qu'en cas de conflit entre deux normes de rang différent, « il n'existe aucun conflit »<sup>24</sup>. Cependant, Kelsen est confronté au dilemme suivant : une loi inconstitutionnelle est bien une loi ; elle est tenue comme telle par la science du droit, par les juges, par les agents publics, par les citoyens. Il y aurait un excès de formalisme à affirmer que cette loi, n'étant pas valide, n'existe pas. De surcroît, une telle loi, adoptée par le législateur, publiée au Journal officiel, diffère de la « loi » adoptée par le fou en hôpital psychiatrique et qui n'a aucune signification normative objective. Or tout l'enjeu de la justice constitutionnelle est de répondre au problème de la *régularité* : il s'agit de trouver une procédure de contrôle de la régularité des actes législatifs. Mais ici Kelsen est confronté à la tension qui existe entre sa notion de régularité, qui suppose l'existence d'un acte à contrôler, et sa notion de validité qui suppose qu'un acte irrégulier, c'est-à-dire qui ne respecte pas les conditions mises par la norme supérieure à son édicition, n'existe tout simplement pas.

---

<sup>22</sup> Voir aussi H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 232, où Kelsen minore également l'importance de la validité matérielle – le contenu des lois étant déterminé uniquement de manière « négative » (ce qui est en soi contestable).

<sup>23</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », p. 206. Dans tous les cas, le mode de production de la validité est dynamique. Le fait que la norme supérieure puisse restreindre le contenu de la norme inférieure n'en fait pas un exemple de production statique de validité. On parle de production statique lorsque la norme inférieure existe lorsque son contenu se déduit du contenu de la norme supérieure : la norme selon laquelle « on ne doit pas voler » se déduit de la norme « on ne doit pas causer de tort de à autrui » et existe (dans un système statique) pour cette raison. (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 258 s.). Dans l'hypothèse de « validité matérielle » évoquée ici, il n'est pas question de *déduction* (un contenu se déduisant de l'autre), mais uniquement de *conformité*, voire de *non-contrariété*. C'est pourquoi la validité matérielle n'est en définitive qu'un élément de la validité formelle venant restreindre la compétence du jurislatureur (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 312)

<sup>24</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 164 ; voir aussi H. Kelsen, « Derogation », p. 272



Quant à la résolution de ce dilemme, Kelsen a varié, mais les éléments de sa réponse définitive, formulée dans la seconde édition de la théorie pure du droit, sont déjà présents dans l'article de 1928, et, donc, dans la théorie du législateur négatif. En 1960, il affirme franchement : il n'y a pas de nullité, mais seulement une annulabilité des normes<sup>25</sup> : la loi contraire à la constitution n'est pas nulle *ab initio*, mais est seulement annulable, parfois avec effet rétroactif. En 1928, il présente les deux hypothèses comme étant également valables d'un point de vue théorique ; la nullité comme l'annulabilité paraissent alors deux garanties objectives également possibles ; cependant, il semble voir dans l'annulabilité une garantie plus pragmatique, même s'il note que la nullité ne « peut jamais être exclue complètement par le droit positif »<sup>26</sup>. Cela ne résout pas le dilemme de la validité et de la régularité : Kelsen le résoudra dans la *Théorie pure du droit* au moyen de la théorie de la disposition – ou de l'habilitation – alternative (*Alternativbestimmung*), qui est déjà esquissée – avec des différences notoires – à la fin de l'article de 1928<sup>27</sup> : le législateur est habilité par la constitution à prendre une loi selon telle procédure ; mais il est également habilité à le faire selon n'importe quelle autre procédure. Tant que cette loi n'a pas été annulée par le juge constitutionnel, elle demeure pleinement valide, car pleinement conforme à la Constitution que pourtant elle viole ! Il écrit ainsi : « les lois dites “inconstitutionnelles” sont en réalité des lois “constitutionnelles” – il faut entendre conformes à la Constitution – mais des lois constitutionnelles annulables par une procédure particulière ». Dans cette perspective, la tâche du juge constitutionnel est d'annuler une loi conforme à l'habilitation alternative (et qui, en ce sens existe bien au sein du système juridique), mais contraire à l'habilitation explicite<sup>28</sup>. En 1928, cette théorie n'est pas vraiment formalisée : Kelsen retient – au détour de considérations très originales sur le rôle explicatif du passage de la monarchie absolue à la monarchie constitutionnelle<sup>29</sup> – la publication au Journal

---

<sup>25</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 367.

<sup>26</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », p. 215. Dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*, il insistera sur le fait que la nullité n'est qu'une annulation rétroactive – et revêt, pour cette raison, une part de fiction (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 368)

<sup>27</sup> Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », p. 251. En 1928, Kelsen, dont la théorie de la validité n'est pas tout à fait fixée, fait de l'habilitation alternative une conséquence fâcheuse de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois. Chez le Kelsen de la maturité, c'est au contraire un élément clé de sa doctrine : lorsque le contrôle est *a posteriori*, la loi demeure valide, conforme à l'habilitation alternative, jusqu'à ce qu'elle soit annulée.

<sup>28</sup> Un passage de la *Théorie générale du droit et de l'Etat* est tout à fait éclairant sur ce point. Lorsqu'il édicte une loi inconstitutionnelle, « le législateur est habilité à agir ainsi ; il est habilité dans un cas concret à ne pas appliquer les dispositions de la constitution. Toutefois la préférence de la constitution va à la première des deux possibilités. Cette préférence se traduit par le fait qu'une loi qui entre en vigueur selon la seconde forme de procédure peut, en tant que “loi dite constitutionnelle” être abrogée par l'organe législatif, mais aussi par un acte de tout autre organe investi du pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois » (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, p. 210)

<sup>29</sup> V. aussi H. Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, p. 67

officiel comme un critère minimal de validité/d'existence, le reste faisant seulement l'objet d'un contrôle de régularité.

Le point important dans notre perspective est le suivant : la décision d'inconstitutionnalité prononcée par le juge constitutionnel n'est pas déclarative ; elle est constitutive. C'est le juge qui fait disparaître la norme irrégulière ; il ne se contente pas de constater l'inexistence<sup>30</sup> d'une norme antérieure. En ce sens, le juge constitutionnel accomplit un acte qui est fonctionnellement analogue à l'acte législatif. C'est pourquoi on peut affirmer que la théorie de la disposition alternative, qui constitue un élément important de la pensée du Kelsen de la maturité, est l'héritière de la notion de législateur négatif qui n'apparaît pourtant pas dans la seconde édition de la *Théorie pure du droit*<sup>31</sup>. La norme, bien qu'irrégulière, existe bien, elle produit ses effets : c'est le juge qui, législateur négatif, la supprime de l'ordre juridique, de la même manière que le législateur lui-même pourrait être amené à le faire. Cette thèse n'équivaut pas à l'idée selon laquelle la conformité de la loi à la constitution est ce que le juge décide qu'elle est. La théorie du législateur négatif n'aboutit pas, du moins en principe, au scepticisme selon lequel la Constitution est ce que le juge dit qu'elle est : on peut à la fois admettre qu'une norme est objectivement irrégulière, objectivement contraire à la Constitution (c'est-à-dire aux dispositions « non alternatives » de cette dernière), et qu'elle demeure pleinement valide jusqu'à ce qu'elle ait été annulée. C'est donc l'annulation par le juge, et non la non-conformité, quelque objective qu'elle soit, qui fait disparaître la norme de l'ordre juridique.

C'est ici que la théorie du législateur négatif trouve cependant ses limites, comme Kelsen lui-même le concède d'ailleurs.

## **II. La pertinence de la théorie du législateur négatif aujourd'hui**

La théorie du législateur négatif n'a donc pas un simple rôle instrumental, visant à promouvoir un certain modèle de justice constitutionnelle, celui de la juridiction constitutionnelle spécialisée exerçant un monopole relatif sur le contentieux constitutionnel ; elle se situe à l'arrière-plan d'un élément central de la théorie kelsénienne de la validité juridique. La fonction de légitimation n'est cependant pas absente. C'est la raison pour laquelle

---

<sup>30</sup> Certes, il y a en droit positif français une notion d'inexistence (en droit administratif, par exemple), mais celle-ci s'entend d'une irrégularité particulièrement grave qui emporte des conséquences juridiques spécifiques (l'inopposabilité des délais de recours, par exemple). Mais ce n'est pas la notion d'inexistence qui est retenue ici.

<sup>31</sup> Elle apparaît dans un certain nombre de textes intermédiaires, notamment dans les passages susmentionnés de la *Théorie générale du droit et de l'Etat*.

on peut percevoir des interférences entre la fonction prescriptive et la fonction descriptive du discours kelsénien : il en résulte tout à la fois une incohérence relative, mais également une valeur explicative et heuristique amoindrie. De fait, le juge constitutionnel est à la fois plus et moins qu'un législateur négatif.

Je vais ici relever trois limites de la théorie kelsénienne, qui permettent de jeter un doute sur sa pertinence.

### 1. Annulation et inapplication

En premier lieu – et Kelsen en est parfaitement conscient –, tout juge constitutionnel n'est pas habilité par le droit positif à annuler une loi, c'est-à-dire à la supprimer de l'ordre juridique. Ici, on a coutume d'opposer le modèle kelsénien/européen au modèle américain où le juge se contente d'écarter l'application de la loi. Cette opposition est trop schématique. Plusieurs cours constitutionnelles européennes ne disposent pas du pouvoir d'abrogation formelle de la loi, mais doivent se contenter de priver la loi inconstitutionnelle d'effets (par exemple la Cour constitutionnelle italienne<sup>32</sup>) ; il est vrai que cette dernière configuration demeure différente (par son effet *erga omnes*) de la situation où, par le biais de l'exception d'inconstitutionnalité *stricto sensu*, le juge résout un conflit de normes dans un cas spécifique. De manière générale la compétence d'annulation est l'effet de dispositions purement contingentes du droit positif. Kelsen fait donc passer pour une nécessité conceptuelle quelque chose qui relève de la contingence du droit positif.

Kelsen est d'ailleurs conscient de cette limite intrinsèque de l'argument du législateur négatif, puisqu'il reconnaît que l'annulabilité ne soit pas nécessairement une conséquence de l'existence d'un juge constitutionnel. « Lorsque tous les tribunaux reçoivent le pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois qu'ils ont à appliquer dans les cas concrets, il ne sont habilités (...) qu'à en refuser l'application dans le cas concret (...) Ils n'ont le pouvoir d'annuler la validité que pour le cas concret sur lequel ils statuent »<sup>33</sup>. Dans ces conditions, bien que les effets soient identiques, il est difficile, d'un point de vue formel, d'identifier cette opération à un acte analogue à l'abrogation législative. D'un point de vue de technique contentieuse, le fait d'écarter l'application d'une norme applicable au litige se rattache pleinement à la fonction juridictionnelle : or il paraît artificiel de distinguer selon les divers modèles de justice constitutionnelle en fonction du critère de l'annulabilité, de l'inapplicabilité *erga omnes* (Italie)

---

<sup>32</sup> Article 136 al. 1 de la Constitution italienne.

<sup>33</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 363.

ou de l'inapplicabilité *inter partes* (Etats-Unis) dès lors que les effets concrets sont souvent identiques (sous l'effet, par exemple, de la règle du précédent). Dès lors que le caractère annulable (plutôt que « non applicable ») de la loi inconstitutionnelle est purement contingent, l'analogie avec le législateur est remise en cause. Kelsen répond à cette objection en indiquant que lorsque le juge n'est habilité qu'à écarter l'application au cas d'espèce de la loi inconstitutionnelle, il légifère toujours, mais pour un seul cas déterminé<sup>34</sup>. Cette solution n'apparaît pas pleinement convaincante dans la mesure où elle échoue à faire le départ entre la situation où le juge effectue un contrôle de régularité et celle où le juge résout un conflit de normes sur la base du principe *Lex Superior*<sup>35</sup>. Si l'on part du principe que le juge légifère dans les deux cas, on s'expose à une extension maximale de la théorie du juge comme législateur, puisque rien n'empêche qu'on l'on caractérise de législateur négatif le juge qui résout un conflit de normes de quelconques par l'application des principes *Lex Posterior* et *Lex Specialis*. La spécificité de la fonction juridictionnelle (déterminer la norme applicable en écartant les normes contraires) semble alors se dissoudre complètement, tout autant que celle de la notion de législateur négatif qui semble pouvoir être appliquée à l'ensemble des juges dans l'exercice de leurs fonctions les plus routinières.

Pour résumer : soit on réserve la théorie du législateur négatif aux cas où le juge est habilité à annuler (à supprimer) la loi inconstitutionnelle, voire à la rendre inapplicable *erga omnes*, et alors on laisse de côté les situations d'applicabilité *inter partes*, qui, dans les faits, produisent à peu près les mêmes effets ; soit on l'étend à l'ensemble des cas où un juge confronte la loi à la Constitution, mais alors la théorie du législateur négatif cesse d'être propre à la justice constitutionnelle.

## 2. Le juge constitutionnel, législateur positif

La seconde limite tient au fait que le juge constitutionnel est bien souvent un législateur positif<sup>36</sup>. Christian Behrendt l'a ainsi décrit dans sa thèse comme un « législateur-cadre positif »<sup>37</sup>, expression par laquelle il entend capturer l'influence que (*de jure* ou *de facto*) le juge constitutionnel est susceptible d'exercer sur le législateur futur. De manière générale on

---

<sup>34</sup> H. Kelsen, *Qui doit être la gardien de la constitution ?*, p. 87.

<sup>35</sup> Sur ce point on se permet de renvoyer à M. Carpentier, « Kelsen on Derogation and Normative Conflicts », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2019 (à paraître)

<sup>36</sup> On renvoie ici au panorama très complet élaboré par B. Mathieu, « Le Conseil constitutionnel "législateur positif" ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC*, 62, 2010.

<sup>37</sup> C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2006.

peut relever plusieurs aspects à l'aune desquels on peut affirmer le juge constitutionnel est amené à « légiférer » de manière positive. Ces aspects sont présents à divers degrés selon les systèmes juridiques, et le Conseil constitutionnel, dont le *mantra* bien connu est qu'il ne dispose pas d'« un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »<sup>38</sup>, n'apparaît pas le plus activiste en matière. On en relèvera deux ici, sans prétendre nullement à l'exhaustivité<sup>39</sup>.

Un premier aspect de cette législation positive tient à la technique de l'interprétation conforme. Il est bien connu que le juge constitutionnel, par le biais de la technique de l'interprétation conforme (ou des réserves d'interprétation) en droit français réécrit la loi ; de la même manière qu'il réécrit (comme, par exemple, en France depuis la QPC *Adoption au sein d'un couple non marié* de 2010)<sup>40</sup> l'interprétation jurisprudentielle constante de la loi effectuée par les juridictions ordinaires ou inférieures. On a assez parlé de l'importance et de la portée des réserves d'interprétation<sup>41</sup>. Un aspect peut-être plus récent en France est consécutif à la QPC, et le fait que le Conseil constitutionnel doit souvent aménager un régime transitoire permettant soit d'assurer un effet utile à sa décision<sup>42</sup>, soit d'éviter que les effets de la loi constitutionnelle perdurent à l'avenir, soit même, en cas d'abrogation immédiate, de créer une sorte de vide juridique<sup>43</sup>.

Un second aspect tient à la mise en œuvre d'un test robuste de proportionnalité<sup>44</sup>, tel le « triple test » inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, et

---

<sup>38</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*.

<sup>39</sup> On pourrait ainsi également mentionner le rôle du juge constitutionnel en matière de contrôle d'incompétence négative du législateur qui l'amène souvent à légiférer positivement pour combler l'omission législative. Sur ce point on renvoie à l'étude de J. Arlettaz, « L'incompétence négative à l'étranger », *NCCC*, 46, 2015, p. 70 et sq.

<sup>40</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010.

<sup>41</sup> On se contentera de renvoyer (parmi une importante littérature) aux thèses désormais classiques d'A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, et de M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010.

<sup>42</sup> Par exemple la récente décision Cédric H. (2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018) où le Conseil constitutionnel étend l'exemption au délit d'aide au séjour à l'aide à la circulation des étrangers en situation irrégulière et crée une réserve transitoire permettant, dans le délai laissé au législateur, aux personnes jugées pour aide à la circulation d'invoquer la décision d'inconstitutionnalité. Dans certains cas, cependant, la réserve transitoire n'a pas pour objet de préserver l'effet utile de la décision. Par exemple, dans la décision 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, le Conseil, qui a modulé dans le temps l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle vient créer de toutes pièces une voie de recours à l'encontre des décisions de refus d'autorisation de correspondance des prévenus placées en détention provisoire, voie de recours qui ne peut être actionnée que contre les décisions de refus *postérieures* à la décision du Conseil.

<sup>43</sup> Voir de manière très frappante la décision 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 où le Conseil, ayant abrogé avec effet immédiat les dispositions relatives à la composition des tribunaux maritimes commerciaux, abrogation applicable aux instances en cours, a créé de toute pièce une nouvelle règle législative, disposant que les tribunaux maritimes siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun. Ici le régime législatif n'est même pas à proprement parler transitoire...

<sup>44</sup> V. notamment V. Goesel-Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? » *Jus Politicum*, n°7, 2012 ; ainsi que la thèse de de J.-B. Duclercq,

adopté en France par le Conseil constitutionnel depuis la décision *Rétention de sûreté*<sup>45</sup>. Ce n'est pas ici le lieu de revenir sur les enjeux de la proportionnalité en matière constitutionnelle ni sur les critiques récurrentes qui sont adressées à l'usage parfois immodéré qui en est fait par le juge constitutionnel<sup>46</sup>. Ici encore, le juge constitutionnel français n'apparaît pas, par son usage quelque peu timoré du triple test<sup>47</sup>, le plus activiste. Il demeure qu'il a pu être accusé de substituer son appréciation positive à celle du législateur par le biais de la mise en œuvre de ce test. Le cas d'école est la saga de la pénalisation de la consultation de sites faisant l'apologie du terrorisme<sup>48</sup>. Le Conseil constitutionnel a été amené à deux reprises – le législateur ayant cru opportun de réintroduire des dispositions analogues à celles censurées une première fois par le Conseil – à contrôler le caractère nécessaire, adapté et proportionné (*stricto sensu*) de l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication par les dispositions réprimant la consultation habituelle de sites internet terroristes, et à chaque fois, a conclu à la contrariété à la Constitution de ces dispositions. Ce qui a notamment interpellé les commentateurs – ainsi que les parlementaires ayant tenté une forme de lit de justice – est notamment l'application par le Conseil de la première étape du triple test, à savoir le contrôle de la nécessité. Le Conseil écrit ainsi : « la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par [les dispositions contestées] et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme ». Autrement dit, pour contrôler le caractère nécessaire, au regard de l'objectif poursuivi, de l'atteinte portée aux droits, le Conseil examine l'environnement législatif dans lequel la disposition contestée s'insère et en jauge la nécessité à l'aune de cet environnement. Il est ici difficile (quoi qu'on pense du fond de la solution retenue) de ne pas y voir une forme de jugement en opportunité déguisé.

---

*Les Mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2015.

<sup>45</sup> Décision n°2008-562 du 21 février 2008.

<sup>46</sup> Dans la littérature récente, on peut renvoyer à G. Webber, *The Negotiable Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 87 *et sq.* ; S. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; G. Huscroft, B. Miller, G. Webber (dir.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. De manière générale, les critiques vont dans deux directions différentes : d'un côté certains affirment que le contrôle de proportionnalité amène à restreindre indûment les droits par la prise en compte d'autres intérêts à protéger ; de l'autre côté, on affirme que le contrôle de proportionnalité amène le juge à substituer son appréciation à celle du législateur et à juger en opportunité.

<sup>47</sup> V. pour un point de vue nuancé : R. Fraisse, Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité, *Petites Affiches*, 2009.46, p. 74 *et sq.* ; et pour une perspective plus critique V. Champeil-Desplats « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012.

<sup>48</sup> Conseil constitutionnel, Décisions n° 2016-611 QPC du 10 février 2017 et n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017. V. à ce sujet A. Ponceille, « Quand le législateur récidive, le Conseil constitutionnel bégaye », *Constitutions*, 2018.1, ainsi que le débat entre Denis Baranger (D. Baranger, « Consultation de sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence », *JP Blog*, 16 février 2017, accessible sur le site [blog.juspoliticum.com](http://blog.juspoliticum.com)) et l'auteur de ces lignes (M. Carpentier, « Un "lit de justice" contestable : la réintroduction du délit de consultation de sites terroristes », *JP Blog*, 13 mars 2017).

Certes, on pourrait arguer de ce que le juge constitutionnel, lorsqu'il tient un tel raisonnement, demeure bien un législateur *négatif*. Cependant, il apparaît clairement que les contraintes qui sont censées selon Kelsen peser sur la décision du juge, et qui excluent tout jugement en opportunité, toute « libre création de droit » paraissent quelque peu émoussées par un contrôle qui revient à indiquer au législateur ce sur quoi il doit ou non légiférer.

### 3. Le juge constitutionnel, constituant positif ?

La dernière limite du modèle du législateur négatif tient au fait que le juge constitutionnel n'est pas uniquement un législateur positif ; c'est également un constituant positif. On connaît la formule venue d'Outre-Atlantique (d'ailleurs initialement conçue pour être élogieuse<sup>49</sup>), qui est une forme d'étendard des divers scepticismes américains<sup>50</sup> : « la Constitution est ce que le juge dit qu'elle est ». Cette formule est, à bien des égards, simpliste. D'une part, elle minimise la part de détermination que conservent de nombreuses dispositions constitutionnelles, de sorte que le départ du constitutionnellement licite et de l'illicite n'est pas laissé à la seule discrétion des interprètes. D'autre part, elle surévalue le rôle du juge constitutionnel comme seul interprète authentique de la Constitution, passant par pertes et profit le rôle joué par les autres organes constitutionnels (et notamment les organes politiques) dans le modelage des règles constitutionnelles. Il demeure néanmoins un fond de vérité dans cette formule, quelque excessive qu'elle soit par ailleurs. Le juge constitutionnel participe à la formation de la règle constitutionnelle en marge (et parfois à l'encontre) de la procédure de révision de la Constitution<sup>51</sup>. Les facteurs en sont multiples ; ils tiennent à l'indétermination inhérente à la norme constitutionnelle « substantielle » ; à la rigidité de la procédure de révision ; ou encore au rôle croissant des juges au sein de l'édifice politique *via* la consécration de l'Etat de droit comme destin inévitable (tout autant que tempérament nécessaire) des régimes démocratiques.

C'est d'ailleurs un élément que Kelsen lui-même avait perçu lorsqu'il met en garde contre l'inscription de principes « superpositifs » dans la Constitution. Certes, Kelsen admet qu'à la validité formelle, s'ajoute une validité matérielle découlant, par exemple, d'un catalogue de droits fondamentaux. Mais Kelsen est sensible au fait que la mobilisation de grands principes

---

<sup>49</sup> C.E. Hughes : « We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution. » (C.E. Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1908, p. 139)

<sup>50</sup> V. notamment R. Posner, *How Judges Think*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2009, p. 269 ; E. Segall, « The Constitution Means What the Supreme Court Says It Means » *Harv. L. Rev. F.* 129, 2016

<sup>51</sup> On laisse de côté ici la question spécifique du contrôle par le juge constitutionnel des révisions constitutionnelles elles-mêmes.

(l'égalité, la justice, on pourrait également dire la dignité) va bien au-delà de droits individuels qui doivent certes toujours faire l'objet d'une concrétisation à raison de leur application à un cas précis, mais qui néanmoins peuvent fournir, selon lui, une limite précise à l'action du législateur. Dans une telle hypothèse, Kelsen est très conscient de la dangerosité potentielle du juge constitutionnel, qui est amené, en fixant le sens de la Constitution, à élaborer des normes constitutionnelles générales.

Ceci est bien connu. On connaît des exemples célèbres en droit français<sup>52</sup> : le Conseil constitutionnel qui dans sa décision de 1994, *Loi de Bioéthique*, dérive un principe constitutionnel du respect de la dignité de la personne humaine d'une interprétation extrêmement constructive de l'incipit du préambule de la Constitution de 1946. Il en va de même lors de l'élaboration de PFRLR, pour lequel le juge constitutionnel dispose d'une importante marge de manœuvre, étant lui-même amené à préciser la méthode d'invention (au sens spéléologique... ou pas) de ces principes. Mais il serait illusoire d'opposer le vague des grands principes dégagés par le juge à la fixité des dispositions écrites. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à aller chercher dans les articles de la DDHC des choses qui ne s'y trouvent pas forcément, par exemple lorsqu'il dégage en 2006 de l'article 16 un droit à un procès équitable.

Cela tient certes au vague et à la texture ouverte inhérente à la plupart des normes constitutionnelles substantielles. Non seulement les normes constitutionnelles doivent être concrétisées, mais de surcroît le juge constitutionnel n'hésite pas à élaborer des normes supplémentaires lorsque le besoin s'en fait sentir. Ici encore, le Conseil constitutionnel n'est d'ailleurs certainement pas le plus activiste à cet égard, et il se rapproche bien plus de la théorie du législateur négatif que certaines cours suprêmes ou constitutionnelles.

## **Epilogue**

En définitive, ces deux dernières insuffisances de la théorie du législateur négatif apparaissent comme la conséquence de son ambiguïté constitutive : le juge constitutionnel prend part à l'exercice d'une fonction politique de l'Etat (la fonction législative) mais cette dimension politique est supposée neutralisée par le fait que son rôle est à la fois purement négatif et limité par l'obligation juridique de n'y prendre part que lorsque la Constitution le commande. Le ver politique est pour ainsi dire déjà dans le fruit juridictionnel, ce qui fait

---

<sup>52</sup> Pour une étude générale, on renvoie à la remarquable thèse de M. Heitzmann-Patin, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.



l'originalité de la thèse kelsénienne au regard de ce que Michel Troper a appelé le sophisme constitutionnaliste. Par la force des choses le juge constitutionnel est amené à remplir une fonction politique. C'est pourquoi Kelsen fait en définitive reposer le strict respect par le juge constitutionnel de son rôle de législateur négatif sur la sagesse de l'ingénieur constitutionnel et sur la retenue du juge. De tels garde-fous paraissent bien peu propices à prémunir tout à la fois le législateur contre l'activisme judiciaire et le juge contre l'instrumentalisation politique.

Qu'il nous soit permis, pour illustrer ce point, de conclure notre propos par une anecdote. En 1930, Kelsen est évincé de la Haute Cour constitutionnelle autrichienne où il siège depuis sa création. Alors même que la Constitution de 1920 ne comprend pas de catalogue de droits fondamentaux, la Cour est accusée par le parti chrétien-social d'agir en un sens trop libéral et d'être trop proche des positions du parti social-démocrate. La coalition menée par le parti chrétienne-sociale entreprend alors de « dépolitiser » la Cour et adopte en 1929 une nouvelle loi sur la Cour constitutionnelle qui (alors même que les juges exercent en principe leurs fonctions jusqu'à leur 70<sup>e</sup> anniversaire) impose un renouvellement complet de la cour. Il va de soi que la « dépolitisation » (*Entpolitisierung*) n'est qu'une façade et qu'il s'agit en réalité d'orienter sa jurisprudence en un sens plus conservateur<sup>53</sup>.

Kelsen cesse donc d'être juge constitutionnel à compter du 15 février 1930. Le 10 février paraît dans le journal *Der Morgen* une caricature<sup>54</sup> représentant Kelsen tentant d'entrer dans le bâtiment de la Cour constitutionnelle. On lit : « Le professeur Hans Kelsen n'a pas été nommé membre de la nouvelle Cour constitutionnelle, bien qu'il soit le créateur de cette haute juridiction ». Kelsen a la main sur la poignée de la porte, mais il est arrêté par le portier qui lui explique, avec une grande lucidité : « Oui, mais Monsieur le professeur, que venez-vous donc faire à la Cour constitutionnelle dépolitisée ? Vous n'êtes pourtant qu'une autorité ; vous n'êtes pas membre d'un parti ».

---

<sup>53</sup> Toute ressemblance avec des événements plus récents n'est pas fortuite.

<sup>54</sup> Reproduite dans C. Neschwara, « Kelsen als Verfassungsrichter » in S.L. Paulson et M. Stolleis (dir.) *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechts theoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 354.